

**JUSTICIA TRANSICIONAL
PARA COLOMBIA**
de la delincuencia a la convivencia

Sneider Rivera

JUSTICIA TRANSICIONAL PARA COLOMBIA
de la delincuencia a la convivencia

Sneider Rivera

Todos los derechos reservados
Fundación OIKOS
Sneider Rivera

ISBN 978-958-58106-0-0

Diagramación e impresión:
Editorial Kimpres S.A.S.
PBX: 413 6884
Bogotá, D. C., Colombia
Junio 2016

En reconocimiento a

Alessandro Baratta: la vigencia del pensamiento crítico, su mejor legado;

Juan Bustos Ramírez: la defensa de las víctimas y del derecho penal de alternativas;

Louk Hulsman: las alternativas al derecho penal;

Alfonso Reyes Echandía: la independencia plena del juez, un homenaje a su memoria;

y Emiro Sandoval Huertas: la crítica del sistema penal colombiano.

Prólogo	9
Presentación	13
Capítulo I LA JUSTICIA TRANSICIONAL. EXPERIENCIAS RECIENTES Y LECCIONES	15
Capítulo II LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DEL SISTEMA PENAL. DE LA DELINCUENCIA A LA CONVIVENCIA	47
Capítulo III JUSTICIA PARA LA CONVIVENCIA	93
Bibliografía	115

Índice de cuadros y gráficos

Capítulo I

LA JUSTICIA TRANSICIONAL. EXPERIENCIAS RECIENTES Y LECCIONES

19

Cuadro 1.1. Comisiones de la verdad

31

Cuadro 1. 2. Procesos transicionales según el contenido
de la fórmula de transición adoptada

40

Capítulo II

LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DEL SISTEMA PENAL. DE LA DELINCUENCIA A LA CONVIVENCIA

53

Cuadro 2.1. Gasto en familia 2006 (% GS y PIB)

75

Gráfico 2.1. Public spending on family benefits in cash,
services and tax measures, in per cent of GDP, 2005

76

Cuadro 2.2 Transferencia universal a las familias
(renta mínima % PIB) 2003-2005

77

Cuadro 2.3 Indicadores de convivencia. Cuadro comparativo
Europa - Estados Unidos

80

Cuadro 2.4. Racionalidad europea y estadounidense.
Características principales

85

Cuadro 2.5 Actuaciones de la justicia frente a los homicidios	89
Cuadro 2.6 Indicadores de convivencia - Colombia	90
Cuadro 2.7. Evolución del gasto público en justicia en Colombia	92

ES LA JUSTICIA TRANSICIONAL EFECTIVA EN LA CONSOLIDACION DE LOS PROCESOS DEL POST-CONFLICTO?

Amadeo González Triviño

En todo proceso de transición política, en medio de la cual ha surgido confrontación, desestabilización social, conflicto armado y/o procesos de dictaduras militares, ha hecho carrera el establecimiento de normas o leyes, que buscan establecer la verdad de todo lo ocurrido, se han creado comisiones direccionadas a ese propósito y se han formulado normas de transición, de regulación de los crímenes cometidos por unos y otros al igual que leyes de punto final o como la que por estos días se viene discutiendo en Colombia a la luz de la denominada justicia transicional.

Las Comisiones de La Verdad y los sistemas de justicia para la transición constituyen en el fondo un cuestionamiento serio al poder judicial. La función jurisdiccional es fundamentalmente una actividad de carácter cognoscitivo, sujeta a pruebas y contra pruebas, por lo que la verdad constituye, o debe constituir, el fundamento central de su accionar y de su independencia. La incapacidad para llegar a la verdad y someter a la legalidad los poderes públicos y privados cuestiona profundamente la administración de justicia.

Colombia ha vivido una etapa de crisis, de conflicto armado, y amén de todo este proceso, la justicia ha estado salpicada de tal forma, que ha perdido identidad respecto de la función que debe cumplir, ha sido la gran generadora de impunidad y por qué no decirlo, ha sido el eslabón inescindible para que parte de ese proceso de descomposición social que se vive en los actuales momentos, haya alcanzado unos momentos culminantes para hacer posible que la corrupción se arrope por doquier en todas las instituciones del Estado de Derecho y consecuente con ello, que los crímenes que surgen desde las entrañas del poder, queden a la deriva en el más completo silencio.

Tal como se pone al descubierto en este libro, las experiencias de justicia transicional no sólo son pobres en resultados, sino que se han llevado a cabo sin la debida reforma al sistema judicial.

Consideramos, según nuestra visión de la realidad, nuestra percepción del mundo que nos rodea, que antes de poder encontrar políticas de Justicia Transicional, en uno u otro sentido, esto es, como justicia restaurativa o justicia represiva, se debe empezar por una recomposición de nuestra organización judicial colombiana, una refrendación de que se han cometido muchos errores y que es necesario devolverle la confianza a ésta institución.

Vale la pena citar aquí la declaración pública de los magistrados y jueces chilenos que pidieron perdón a la sociedad por el mal funcionamiento del sistema judicial durante la dictadura militar: “ Sin ambigüedades, ni equívocos, estimamos que ha llegado la hora de pedir perdón a las víctimas, a sus deudos, y a la sociedad chilena por no haber sido capaces en este trance crucial de la historia de orientar, interpelar y motivar a nuestra institución y a sus miembros en orden a no desistir de la ejecución de sus deberes mas elementales e inexcusables, a saber, el cumplimiento de la función cautelar que en si mismo justifica y expresa la existencia de la jurisdicción. No es posible eludir nuestra responsabilidad histórica en la vulneración de los derechos humanos producida durante la dictadura. E invitamos a la academia, a los jueces, magistrados y abogados a hacer una profunda reflexión sobre el poder judicial, su pasado y su futuro”.

Igualmente, como lo hemos expresado en muchas ocasiones, consideramos que si a este proceso que se adelanta, se pretende cobijar con elementos de beneficio procesal y reducción de penas a quienes hayan sido protagonistas en los procesos de violencia, de conflicto social y de guerra de guerrillas que han salpicado nuestra patria, no lo es menos, que a su vez, tal situación debería replantearse al igual para toda clase de delitos en forma general, porque no podemos negar de ninguna manera, que hemos sido herederos de esos procesos de conflicto, que nuestras cárceles han sido el epicentro donde la represión ha llegado por delitos económicos o atentatorios

de la vida y la dignidad humana, determinados por las condiciones sociales que se han vivido.

En este libro también se propone la construcción de un sistema de justicia de nuevo tipo que trascienda de la gestión de la delincuencia a la construcción de convivencia. Y de la misma forma como lo expresaran los jueces y magistrados chilenos, tal propuesta constituye una oportunidad para que hagamos entre todos una profunda reflexión sobre la administración justicia, su pasado y su futuro.

Garzón, Huila, Colombia, junio de 2016

Presentación

Como justicia transicional se conoce tradicionalmente el tipo de justicia puesto en marcha para hacer frente al tránsito de una dictadura a una democracia o el de un conflicto armado a la paz. Su propósito fundamental es lograr un equilibrio entre los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos acaecidas durante el conflicto o la dictadura, con las exigencias políticas que requiere la construcción de la paz y la democracia.

En varios de nuestros últimos trabajos hemos puesto en evidencia que la paz de Colombia requiere pensamiento y acción social, cultural e institucional de nuevo tipo; que es necesario ir más allá del esquema diálogo-guerra que acompaña la política y la cultura de paz del país, así como someter a revisión una serie de ideas y conceptos sobre la política, la democracia, el derecho, la justicia y la paz misma.

Uno de los temas en la que tal tarea aparece como prioritaria es precisamente el de la *justicia transicional*. Conocido el texto definitivo del acuerdo que en este ámbito han suscrito en Cuba el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP), se ponen de manifiesto todas las dificultades teóricas y empíricas por las que atraviesa el proceso de paz colombiano, de manera que una de las finalidades de este trabajo es precisamente describirlas y caracterizarlas, pues la superación de ellas es condición fundamental, no solo para el diseño de un verdadero sistema de justicia para la transición, sino también para alcanzar la paz y la convivencia.

El primer capítulo está dedicado al estudio de un buen número de experiencias recientes en materia de justicia transicional, así como a extraer las principales lecciones que trascienden para nosotros. En la medida en que vayamos describiéndolas, nos ocuparemos de ir presentando tanto los desarrollos teóricos alcanzados en la materia

como el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición pactado en La Habana.

En el segundo, al tener en cuenta que la justicia transicional es en buena medida una justicia penal para la transición, centramos nuestro esfuerzo en mostrar las dos principales formas como se ha construido la realidad social e institucional del sistema de la justicia penal, así como las particularidades propias que tal proceso adquiere en Colombia.

En el tercer y último capítulo tratamos de unir experiencia y reflexión teórica a fin de introducirnos en la no fácil tarea de proponer un sistema de justicia para la convivencia y la transición.

Introducción

El concepto de justicia transicional, tal como lo afirma Rama Mani, se define con claridad en la década de los noventa, después de la caída del Muro de Berlín:

Los países que habían sufrido guerras calientes y crisis políticas violentas durante la Guerra Fría y en el periodo inmediatamente posterior comenzaron transiciones hacia la paz o la democracia, miraron simultáneamente hacia atrás, con el propósito de enfrentar el legado de su pasado brutal, y hacia adelante, para, a la manera del ave fénix, renacer de sus cenizas.¹

Siguiendo a Valencia Villa, el concepto guarda relación con el conjunto de teorías y prácticas derivadas de los procesos políticos de transición por medio de los cuales las sociedades han tratado de ajustar cuentas con un pasado reciente de violaciones a los derechos humanos e impunidad, hacer justicia a las víctimas y recuperar o establecer la democracia política.²

Se caracteriza por una combinación de mecanismos judiciales y no judiciales tales como las comisiones de la verdad o de investigación del pasado reciente de violaciones a los derechos humanos; sistemas judiciales especiales; acciones penales contra los principales responsables; reparación de las víctimas; preservación de la memoria; reformas de instituciones como la Policía, los servicios secretos, la Justicia, el Ejército, y la creación de mecanismos de protección de los derechos humanos.

Si bien ha alcanzado un elevado desarrollo teórico y práctico, lo cierto es que se trata de experiencias recientes construidas principalmente como respuestas a cambios

1 Mani, R. (2011), “La reparación como un componente de la justicia transicional: la búsqueda de la ‘justicia reparadora’ en el posconflicto”, en Minow, M., Crocker, D. y Mani, R. (2011), *Justicia transicional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes - Pontificia Universidad Javeriana.

2 Valencia Villa, H. (2007), “Introducción a la justicia transicional”, en *Claves de razón práctica*, núm. 180, pp. 76-82.

políticos y demandas de justicia en América Latina y Europa a partir de segunda mitad del siglo XX. Se define, asimismo, como un nuevo campo de estudios en que convergen la ética, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho constitucional, el derecho penal y la ciencia política.³

A la par de los desarrollos teóricos y normativos que han alcanzado los derechos de las víctimas en el ámbito de los derechos humanos, se han presentado desarrollos académicos en materia de justicia transicional, e incluso se ha llegado a construir modelos o tipologías. También merece mencionarse el surgir de una disciplina académica conocida como victimología y resulta pertinente destacar aquí, además, que este tema constituyó el objeto de trabajo del quinto punto de la agenda de negociación de paz entre el Gobierno y las FARC.

Los derechos a la verdad, a la reparación y la justicia se encuentran reconocidos en varios instrumentos jurídicos, en la jurisprudencia de los órganos judiciales y en la doctrina nacional e internacional. El primero, reconoce que las víctimas y la sociedad tienen derecho a saber lo que pasó en una comunidad, en un país, y a conocer el porqué ocurrió; el segundo, las faculta a exigir al Estado que investigue los hechos violatorios de los derechos humanos, juzgue y sancione a los responsables; el tercero, la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido, considerada la parte más elaborada y novedosa de la nueva doctrina de Naciones Unidas, legitima a las víctimas para exigir el cumplimiento de cinco tipos de prestaciones: la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición.⁴

Seguidamente nos ocupamos de presentar las experiencias nacionales contemporáneas de justicia transicional, que consideramos más importantes para nosotros, y extraer de estas un conjunto de lecciones a tener en cuenta para la construcción de la paz y la convivencia en Colombia. Los derechos de las víctimas, producto de las luchas sociales y el trabajo del movimiento de derechos humanos por muchos

3 Valencia Villa, H. (2008), ob. cit.

4 En el año 2005 Naciones Unidas aprobó por unanimidad la Resolución 60/147, del 16 de diciembre de 2005, por medio de la cual se reconocen los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario. Se considera *opinio juris communitalis* (opinión jurídica de la comunidad internacional) de carácter general y obligatoria. En Colombia la Ley 1448 de 2011 es conocida como la Ley de Víctimas. Véanse también, la Cuarta Convención sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra, de 1907; la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948; la Convención Contra la Discriminación Racial, de 1965; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966; el Protocolo I de Ginebra, de 1977; la Convención contra la Tortura, de 1984 (artículo 14); la Convención de los Derechos del Niño, de 1989, y el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, en normativas regionales como la Convención Europea de Derechos Humanos, de 1950; la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981.

años, están ocasionando cambios en las transiciones, así como en la cultura política y jurídica de los países.

Experiencias recientes de justicia transicional

América Central

Firmados los Acuerdos de Esquipulas II en Centroamérica, uno de los primeros temas de relevancia social, política y técnica gira en torno a la tensión que se produce entre las formas de abordar la reconciliación nacional y el pasado reciente de violaciones a los derechos humanos.

Para resolver esta tensión no son muchos los mecanismos con que cuentan las sociedades; por eso, aunque cada país construyó los propios, subyace una lógica común a todos:⁵ leyes de reconciliación nacional, amnistías, indultos, reparación a las víctimas, verdad y acceso a la justicia, constituyen los principales.

En Nicaragua, país donde empieza la paz de la región, la tensión entre reconciliación y pasado, fue resuelta a favor de la reconciliación. Por relacionada que esté la amnistía con el tratamiento al pasado, en el caso de Nicaragua su propósito central fue alcanzar un principio de reconciliación nacional, presupuesto básico para avanzar en la construcción de la democracia. Cansados de la violencia y de la guerra, el objetivo prioritario de aquel momento no era otro que construir las bases de la democracia en la que el pasado no constituyera un obstáculo para la convivencia ni volviera a repetirse.

La amnistía fue utilizada antes de la firma de la paz, durante el proceso de negociación, en la transición de un gobierno a otro, y como política de gobierno. En más de diez oportunidades se recurrió a este instrumento jurídico. En ocasiones fue limitada y condicional; en otras, amplia e incondicional; unas veces estuvo dirigida a los nicaragüenses involucrados en actividades contrarrevolucionarias y otras a quienes hubiesen atentado contra el orden y la seguridad pública. También cobijó a autores o cómplices de delitos políticos o comunes conexos.⁶

5 Barahona de Brito, A., Aguilar Fernández, P. y González Enríquez, C. (eds.) (2002), *Las políticas hacia el pasado. Juicios, perdón y olvido en las nuevas democracias*, España, Istmo, Tres Cantos.

6 Durante el gobierno del Frente Sandinista se hizo uso por lo menos cuatro veces del recurso a la amnistía. En el gobierno de la Unión Nacional Opositora (UNO) se expidieron dos nuevas leyes, y en el del Partido Liberal se promulgó una amnistía especial. Véanse, entre otras, las siguientes leyes:

Ley 1, Ley de Amnistía (Managua, Nicaragua, 22 de enero de 1985; *La Gaceta*, núm. 21, 29 de enero de 1985).

Ley 20, Prórroga a la Ley de Amnistía (Managua, Nicaragua, 29 de julio de 1986; *La Gaceta*, núm. 177, 20 de agosto de 1986).

Vale la pena señalar que la amnistía decretada por el gobierno sandinista como consecuencia directa de los Acuerdos de Esquipulas II supuso también obligaciones para otros gobiernos centroamericanos; mientras el de Nicaragua se comprometía a decretarla por ley, los otros se obligaban a impedir el uso de su territorio para tareas militares y logísticas de apoyo a las organizaciones que intentaban desestabilizar al gobierno nicaragüense.⁷

La siguiente amnistía, además de honrar los compromisos de Esquipulas II, es producto de un acuerdo suscrito entre el Gobierno de Nicaragua y la Resistencia Nicaragüense, conocido como Acuerdo de Sapoá.⁸

Algo similar sucedió con la Ley de Amnistía General y Reconciliación Nacional, de marzo de 1990, resultado de los compromisos del gobierno con todas las fuerzas políticas del país.⁹

Empero, en mayo de 1990 el nuevo gobierno de Nicaragua deroga la Ley de Amnistía General y Reconciliación Nacional y promulga una nueva ley en la que se otorga amplia e incondicional amnistía por todos los delitos políticos y comunes

Ley 25, Prórroga a la Ley de Amnistía (Managua, Nicaragua, 15 de julio de 1987; *La Gaceta*, núm. 167 de 27 de julio de 1987).

Ley 33, Ley de Amnistía para Detenidos por Violación de la Ley de Mantenimiento del Orden y la Seguridad Pública (Managua, Nicaragua, 30 de noviembre de 1987; *La Gaceta*, núm. 267, 14 de diciembre de 1987).

Ley 36, Ley de Amnistía General (Managua, Nicaragua, 26 de marzo de 1988; *La Gaceta*, núm. 78, 27 de abril de 1988).

Ley 52, Prórroga a la Ley de Amnistía (Managua, Nicaragua, 24 de noviembre de 1988; *La Gaceta*, núm. 244, 23 de diciembre de 1988).

Ley 58, Prórroga a la Ley de Amnistía (Managua, Nicaragua, 14 de julio de 1989; *La Gaceta*, núm. 146, 3 de agosto de 1989).

Ley 81, Ley de Amnistía General y Reconciliación Nacional (Managua, Nicaragua, 13 de marzo de 1990; *La Gaceta*, núm. 53, 15 de marzo de 1990).

Ley 100, Ley de Amnistía (Managua, Nicaragua, 10 de mayo de 1990; *La Gaceta*, núm. 98, 23 de mayo de 1990).

Ley 63, Ley de Amnistía (Managua, Nicaragua, 17 de agosto de 1993; *La Gaceta*, núm. 179, 29 de septiembre de 1993).

Ley 357, Ley de Amnistía Especial (Managua, Nicaragua, 12 de julio de 2000; *La Gaceta*, núm. 133, 13 de julio de 2000).

7 Ley 33, Ley de Amnistía para Detenidos por Violación de la Ley de Mantenimiento del Orden y la Seguridad Pública (Managua, Nicaragua, 30 de noviembre de 1987; *La Gaceta*, núm. 267, 14 de diciembre de 1987).

8 Ley 36, Ley de Amnistía General (Managua, Nicaragua, 26 de marzo de 1988; *La Gaceta*, núm. 78, 27 de abril de 1988).

9 Ley 81, Ley de Amnistía General y Reconciliación Nacional (Managua, Nicaragua, 13 de marzo de 1990; *La Gaceta*, núm. 53, 15 de marzo de 1990).

conexos, la cual cubre a quienes estuviesen detenidos, procesados, condenados o pendientes de proceso, y a quienes han sido favorecido de la gracia del indulto.¹⁰

Finalmente, ante los rebrotes de violencia que vivió el país, sobre todo en la zona norte, donde aparecieron nuevos sujetos armados, el gobierno expidió en 1993 una nueva ley de amnistía como última oportunidad para la reconciliación nacional ofrecida a un grupo de rearmados con presencia en la zona.¹¹

Mediante esta ley se logró la desmovilización de cerca de 22.000 miembros de la Resistencia Nicaragüense, la reducción gradual del Ejército y la desmovilización y desarme de miles de excombatientes integrantes tanto del Ejército Sandinista como de la Resistencia Nicaragüense que se habían vuelto a alzar en armas.

En este país también se hizo uso del indulto y de leyes para proteger derechos y otorgar beneficios a los lesionados y discapacitados de guerra;¹² sin embargo, no se creó ninguna comisión para investigar la verdad sobre la violencia política.¹³

La tensión entre reconciliación nacional y pasado, entre paz y justicia, fue resuelta, o al menos intentado resolver, de forma diferente en El Salvador. Aquí se expidieron seis leyes de amnistía¹⁴ y se creó, como resultado directo de los Acuerdos de Paz, una

10 Ley 100, Ley de Amnistía (Managua, Nicaragua, 10 de mayo de 1990; *La Gaceta*, núm. 98, 23 de mayo de 1990).

11 Ley 163, Ley de Amnistía (Managua, Nicaragua, 17 de agosto de 1993; *La Gaceta*, núm. 179, 29 de septiembre de 1993).

12 Ley 94, Ley que concede beneficios a los nicaragüenses combatientes y civiles lesionados por causa de la guerra (Managua, Nicaragua, 6 de abril de 1990; *La Gaceta*, núm. 78, 23 de abril de 1990); Ley 98, Ley que garantiza los derechos y beneficios a los discapacitados de guerra pertenecientes al Ejército Popular Sandinista y a los cuerpos de seguridad y orden interior del Estado (Managua, Nicaragua, 20 de abril de 1990; *La Gaceta*, núm. 97, 22 de mayo de 1990); Ley 70, Ley de Indulto (Managua, Nicaragua, 9 de marzo de 1999; *La Gaceta*, núm. 57, 23 de marzo de 1999).

13 Barahona de Brito, A., Aguilar Fernández, P. y González Enríquez, C. (eds.), *Las políticas hacia el pasado. Juicios, perdón y olvido en las nuevas democracias*, ob. cit.

14 DLN 805, Ley de Amnistía para el Logro de la Reconciliación Nacional (San Salvador, El Salvador, 27 de octubre de 1987; *Diario Oficial*, núm. 199, tomo 297, 28 de octubre de 1987).

DLN 347, Ley Temporal de Amnistía para Lisiados (San Salvador, El Salvador, 6 de octubre de 1989; *Diario Oficial*, núm. 185, tomo 385, 6 de octubre de 1989).

DLN 368, Ley Temporal de Amnistía para Lisiados (San Salvador, El Salvador, 22 de septiembre de 1989; *Diario Oficial*, núm. 216, tomo 305, 22 de septiembre de 1989).

DLN 435, Ley Temporal de Amnistía para Lisiados (San Salvador, El Salvador, 1 de febrero de 1990; *Diario Oficial*, núm. 22, 1 de febrero de 1990).

DLN 147, Ley de Reconciliación Nacional (San Salvador, El Salvador, 10 de enero de 1992; *Diario Oficial*, núm. 14, tomo 314, 23 de enero de 1992).

DLN 164, Interpretación auténtica de la Ley de Reconciliación Nacional (San Salvador, El Salvador, 6 de febrero de 1992; *Diario Oficial*, núm. 26, tomo 314, 10 de febrero de 1992).

DLN 486, Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz (San Salvador, El Salvador, 20 de marzo de 1993; *Diario Oficial*, tomo 318, 22 de marzo de 1993).

Comisión de la Verdad, dirigida por Naciones Unidas, encargada “de investigar los graves hechos de violencia ocurridos desde 1980, cuyo impacto sobre la sociedad reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad”.¹⁵

Con el propósito de lograr la reconciliación nacional y garantizar a todos los habitantes de la República el normal desarrollo de sus actividades en un ambiente de armonía, respeto y confianza para todos los sectores sociales, se concedió la gracia de la amnistía absoluta a favor de las personas imputadas de haber participado en la comisión de delitos políticos, comunes conexos o comunes en los que hubiera participado un número de personas no inferior a veinte.

Esta primera amnistía, consecuencia expresa de los compromisos adquiridos por el Gobierno de El Salvador, con la iniciativa denominada “Procedimiento para establecer la paz firme y duradera en Centroamérica”, estaba dirigida a lograr que los alzados en armas contra el gobierno las depusieran.

Aunque era una amnistía absoluta, no fue general. En el texto de la ley se consagra una serie de excepciones; la primera, relacionada con el delito de homicidio cometido en la persona del arzobispo de San Salvador; la segunda, con la aparición del ánimo de lucro personal en la comisión de delitos políticos, y la tercera, para los delitos de secuestro, extorsión y comercio clandestino o fraudulento de drogas.¹⁶

También se expidieron tres leyes de amnistía para los lisiados de guerra, cuyo propósito era facilitarles, tanto su incorporación a la vida social y económica del país, como su salida al exterior.¹⁷

Posteriormente, y como consecuencia de la firma de los Acuerdos de Paz en Chapultepec, México, entre el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), se expidió la Ley de Reconciliación Nacional.¹⁸

En esta ley se señalaba que para reconstruir la sociedad, además del importante papel atribuido al perdón, era conveniente establecer un plazo prudencial para que los ciudadanos que se sintieran víctimas de los hechos acaecidos durante estos años pudieran pedir el esclarecimiento de los mismos. Se reconocía, asimismo, la necesidad de dar a la Comisión de la Verdad el tiempo para que realizara sus averiguaciones y

15 Las atribuciones de la Comisión de la Verdad aparecen expresadas en los siguientes documentos políticos y jurídicos: Acuerdos de México, 27 de abril de 1991; Documento anexo a los Acuerdos de México, 27 de abril de 1991; Acuerdos de Paz, Chapultepec, México, 16 de enero de 1992; Decreto Legislativo 147, Ley de Reconciliación Nacional, y Decreto Legislativo 486, Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz.

16 DLN 805/87, Ley de Amnistía para el Logro de la Reconciliación Nacional.

17 DLN 347/89, DLN 368/89 y DLN 435/90: Ley Temporal de Amnistía para Lisiados.

18 DLN147/92, Ley de Reconciliación Nacional.

el ser especialmente importante evitar que quedara gravitando sobre la sociedad la incertidumbre de la persecución judicial por un tiempo indefinido.

La gracia de la amnistía se otorgó a favor de todas las personas que hubiesen sido cómplices o participado como autores inmediatos o mediatos en la comisión de delitos políticos comunes o conexos con estos y en delitos comunes cometidos por un número de personas no menor de veinte; se exceptuaba el delito común de secuestro.

En el artículo 6.º de la referida ley se estableció que no gozarían de la amnistía las personas que, según el informe de la Comisión de la Verdad, hubieran participado en los graves hechos de violencia que afectaron al país.

Producido el informe de la Comisión de la Verdad, se promulgó la última ley de amnistía, conocida como Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, cuyo propósito central era evitar justamente las posibles consecuencias legales del mencionado informe.¹⁹

La libertad inmediata, el cese de órdenes de captura, la extinción de la acción penal, la eliminación de los antecedentes penales y la desaparición de la responsabilidad civil por estas causas son, entre otras, las consecuencias o efectos inmediatos de las leyes de amnistía.

Hubo cese del enfrentamiento armado y se alcanzó a investigar la verdad, pero no fue posible la justicia. La correlación de fuerzas políticas presente en la Asamblea Legislativa de la época cambió el sentido dado a la Ley de Reconciliación Nacional y al trabajo de la Comisión de la Verdad; no hubo instrumento jurídico ni poder político suficiente para mantener el espíritu que los Acuerdos de Paz tenían en la materia.

La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos humanos han venido ocupándose de la Ley de Amnistía salvadoreña y ordenado al Estado salvadoreño que dicha ley no constituya obstáculo para la justicia. En 2013 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del país admitió una demanda contra dicha ley y en 2015 el Gobierno de El Salvador se comprometió con Naciones Unidas a revisarla.

En Guatemala, también como producto de los Acuerdos de Paz, se creó, bajo la dirección de Naciones Unidas, como en El Salvador, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, responsable de dilucidar las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimiento a la población guatemalteca. Y se expidió igualmente una ley de amnistía, llamada Ley de Reconciliación Nacional, la que, a diferencia de El Salvador y Nicaragua, no fue de carácter general, pues excluyó los crímenes contra la humanidad y no eliminó la responsabilidad civil.²⁰

19 DLN 486/93, Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz.

20 Por medio del Decreto Legislativo 21/98 se aprobó el acuerdo entre Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala relativo a inmunidades y prerrogativas para los miembros de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico y personal de apoyo (Ciudad de Guatemala, Guatemala, 25 de marzo de 1998; *Diario de Centro*

Mediante esta ley se decretó la extinción total de la responsabilidad penal por los delitos políticos y comunes conexos cometidos en el enfrentamiento armado interno.

Exentas de responsabilidad quedaron las autoridades del Estado, los miembros de las instituciones o cualquier otra fuerza establecida por ley que hubieran cometido delitos, con el fin de prevenir, perseguir o reprimir los delitos políticos comunes o conexos. De forma similar se procedió con los miembros de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG).

Y como ha sido advertido, la gracia de la amnistía no cubrió los delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada, así como tampoco aquellos delitos imprescriptibles o que no admitieran la extinción de la responsabilidad penal, de conformidad con el derecho interno o los tratados internacionales ratificados por Guatemala.

En esta ley apareció por primera vez como deber humanitario del Estado asistir a las víctimas de violaciones a los derechos humanos producidas durante el conflicto armado, y con el propósito de evitar que los hechos de violencia se repitieran, se encargó a la Comisión para el Esclarecimiento Histórico el diseño de los medios encaminados a hacer posible el conocimiento y reconocimiento de la verdad histórica del periodo que abarcó el enfrentamiento armado interno.

Vale la pena mencionar que con anterioridad a la Ley de Reconciliación Nacional se habían promulgado dos leyes de amnistía, las que fueron expresamente derogadas por una ley especial expedida para tal fin, toda vez que en la de Reconciliación no se hizo mención alguna.²¹

En estos países, como ha venido sucediendo en casi todos los de América Latina que la han utilizado como recurso frente al pasado, la amnistía ha dado origen a una dinámica de carácter legal nacional e internacional que ha abierto camino al derecho a la verdad; a su vez, los derechos de las víctimas abren paso a una alternativa a la llamada correlación de fuerzas políticas: la legalidad internacional y su sistema de protección.

En el análisis de los mecanismos que para hacer frente al pasado tomaron los países de la región vale la pena intentar caracterizar el trabajo, tanto de la Comisión

América, núm. 82, 17 de abril de 1998), y el DLN 145/96, Ley de Reconciliación Nacional.

²¹ DN133, Ley derogatoria de la Ley de Amnistía (Ciudad de Guatemala, Guatemala, 10 de diciembre de 1997; *Diario de Centro América*, núm. 16, 13 de enero de 1998). Mediante esta ley se derogó el DN 32/88 y cualquier otra ley anterior a 1996 que concediera amnistía por delitos políticos y comunes conexos a cualquier persona y en cualquier tiempo.

DN32, Ley de Amnistía (Ciudad de Guatemala, Guatemala, 23 de junio de 1988; *Diario de Centro América*, núm. 13, tomo TCCXXXIV, 8 de julio de 1988). Se trata de una ley de amnistía por delitos políticos y comunes promulgada con fundamento en los Acuerdos de Esquipulas II.

DN0071, Ley de Amnistía (Ciudad de Guatemala, Guatemala, 28 de octubre de 1987; *Diario de Centro América*, núm. 44, tomo TCCXXXII, 5 de noviembre de 1987).

de la Verdad de El Salvador, como el de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH) de Guatemala.

Las comisiones de la verdad son instancias creadas para investigar el pasado, que aparecieron en América Latina a comienzos de la década de los ochenta. Argentina fue el primer país en establecer una comisión de este tipo; en 1983 se creó la Comisión Nacional sobre la Desaparición Forzada de Personas (Conadep) con el propósito de investigar la verdad sobre la represión militar y en 1984 esta comisión presentó el conocido informe *Argentina, Nunca Más*;²² en Brasil la Iglesia católica publicó *Brasil, Nunca Mais*; en Uruguay se crearon algunas comisiones por parte del Congreso y el Servicio Paz y Justicia (Serpaz) empezó a preparar el informe *Nunca Más uruguayo*;²³ en Chile se creó la Comisión para la Verdad y la Reconciliación el 24 de abril de 1990, encargada de investigar las violaciones a los derechos humanos con resultado de muerte o desaparición;²⁴ Paraguay dio origen a unas comisiones de carácter parlamentario en 1992; Ecuador creó su propia comisión en 1996, y hubo comisiones de la verdad creadas por organismos no gubernamentales en casi todos los países.²⁵

La experiencia se fue extendiendo de América del Sur a Centroamérica y a otros lugares del mundo.²⁶ En todo caso, fue en América Central donde surgieron como

22 La Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas fue creada por el presidente Raúl Alfonsín mediante Decreto 187 del 15 de diciembre de 1983. La Comisión estuvo compuesta por trece miembros, diez de los cuales fueron elegidos por el presidente y tres por el Congreso; contó con un equipo compuesto por sesenta funcionarios, que analizó el período comprendido entre 1976 y 1983. Se comprobó la desaparición de más de 8.963 personas y la existencia de 340 centros de detención clandestina; otros estiman que la cifra ascendió a 12.000: Amnistía Internacional, por ejemplo, calcula en 30.000 los desaparecidos. La Comisión no hizo pública lista alguna de responsables.

23 En 1985 se estableció la Comisión investigadora sobre la situación de personas desaparecidas y hechos que la motivaron, durante 1973-1982, de origen gubernamental y carácter parlamentario. Una vez presentado el informe, el Parlamento aprobó la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, que fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia, pero aprobada por referéndum. En Uruguay no hubo procesos penales ni depuración de las Fuerzas Armadas; el gobierno, por iniciativa propia, ha decidido velar por la suerte de los desaparecidos.

24 La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación fue creada por el poder ejecutivo mediante el Decreto Supremo 355 de 1990. Integrada por ocho personas de prestigio reconocido y autoridad moral, elegidas por el presidente Patricio Alwyn, analizó el período comprendido del 11 de septiembre de 1973 al 11 de marzo de 1990 y logró investigar más de 3.000 casos. No hizo pública lista alguna de responsables.

25 Barahona de Brito, A., Aguilar Fernández, P. y González Enríquez, C. (eds.), *Las políticas hacia el pasado. Juicios, perdón y olvido en las nuevas democracias*, ob. cit., pp. 33 y ss.

26 Alemania creó una Comisión de Investigación para la Valoración de la Historia 1992-1994, establecida por el Parlamento y encargada de investigar las violaciones ocurridas en un período de cuarenta años. En Sudáfrica el Parlamento creó, por medio del Acta de Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación, la Comisión de la Verdad y Reconciliación, presidida por monseñor Desmond Tutu (Acto Nacional 34 de 1995), la cual estuvo compuesta por diecisiete miembros. Contó con trescientos empleados e investigó treinta y cuatro años, período 1960-1994; el núcleo central del trabajo de la Comisión en este país lo constituyó el binomio perdón y verdad. Perú creó la Comisión de la Verdad y Reconciliación mediante los decretos supremos 65

consecuencia de acuerdos de paz y donde, por primera vez, la dirección y conducción estuvo a cargo de Naciones Unidas.

Además de una instancia creada como resultado de los acuerdos políticos que ponen fin a un conflicto armado, la tarea de comisiones de este tipo en América Central resulta de otra envergadura, pues el número de víctimas de desaparición forzada y violaciones a los derechos humanos es considerablemente superior al que exponen, por ejemplo, Chile y Argentina. En el Cuadro 1.1 se pueden apreciar las características, mandato, funciones, estructura, metodología de trabajo de cada una de las dos comisiones, así como un resumen de cada informe y sus principales recomendaciones.²⁷

y 101 de 2001, conformada por catorce miembros designados por el presidente de la República, y tuvo a su cargo analizar el período comprendido entre mayo de 1980 y noviembre del 2000; denunció el asesinato o desaparición de 65.000 personas. Bolivia estableció en 1982 la Comisión Nacional de Investigación de Desapariciones Forzadas ocurridas entre 1967 y 1982; todos sus integrantes eran bolivianos y se desintegró por falta de apoyo político y económico antes de presentar su informe.

²⁷ Para el caso de El Salvador véanse, entre otros, los siguientes documentos: *De la locura a la esperanza. Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador* (Nueva York, Naciones Unidas, 1993) y *Acuerdos de México*, 27 de abril de 1991, que crearon la Comisión y en cuyo documento anexo se estableció el funcionamiento y sus facultades. También se hace referencia al mandato de la Comisión en los *Acuerdos de Paz* de El Salvador, firmados en Chapultepec, México, el 16 de enero de 1992. En Guatemala la Comisión para el Esclarecimiento Histórico fue tema exclusivo de uno de los acuerdos para la paz; la Comisión publicó su informe en doce tomos bajo el título *Memoria del silencio* (Ciudad de Guatemala, 1999, F y G Editores, Unops).

Cuadro 1.1. Comisiones de la verdad

Comisión de la Verdad El Salvador	Comisión para el Esclarecimiento Histórico Guatemala
<p>Mandato</p> <ul style="list-style-type: none"> • Investigar los graves hechos de violencia ocurridos desde 1980, cuyo impacto sobre la sociedad reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad. • Esclarecer y superar todo señalamiento de impunidad de oficiales de las Fuerzas Armadas. • Elaborar recomendaciones de orden legal, político y administrativo, tanto para los casos investigados, como para prevenir la repetición de los hechos de violencia y contribuir a la reconciliación nacional. 	<p>Mandato</p> <ul style="list-style-type: none"> • Esclarecer con toda objetividad, equidad e imparcialidad las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca, vinculados con el enfrentamiento armado. • Elaborar un informe que contenga los resultados de las investigaciones realizadas, ofrezca elementos objetivos de juicio sobre lo acontecido durante ese periodo y abarque todos los factores internos y externos. • Formular recomendaciones específicas encaminadas a favorecer la paz y la concordia nacional en Guatemala. La Comisión recomendará, en particular, medidas para preservar la memoria de las víctimas, a fin de formular una cultura de respeto mutuo y observancia de los derechos humanos y para fortalecer el proceso democrático.
<p>Estructura</p> <ul style="list-style-type: none"> • La Comisión fue integrada por tres personas designadas por el secretario general de Naciones Unidas, oída la opinión de las partes. • Contó con equipo de trabajo integrado por: cuatro asesores, diecisiete consultores e investigadores, una directora ejecutiva, tres asistentes personales de los comisionados, catorce expertos y peritos, un equipo de codificación integrado por diez expertos, más funcionarios administrativos y de seguridad. 	<p>Estructura</p> <ul style="list-style-type: none"> • Integrada por tres miembros: i) el moderador actual de las negociaciones de paz, cuya designación se solicitará al secretario general de las Naciones Unidas; ii) un miembro, ciudadano de conducta irreprochable, designado por el moderador, de común acuerdo con las partes; iii) un académico elegido por el moderador, de común acuerdo con las partes, de una terna propuesta por los rectores universitarios. • Contó con un equipo de trabajo compuesto por más de doscientos sesenta profesionales.
<p>Principales atribuciones y funciones</p> <ul style="list-style-type: none"> • Investigar los graves hechos de violencia. A tal fin podrá recopilar y utilizar toda la información que considere pertinente, realizar entrevistas, visitar libremente cualquier establecimiento o lugar sin previo aviso, y practicar cualquier otra diligencia que considere útil para el cumplimiento del mandato. • Hacer recomendaciones. • Remitir casos al fiscal general de la República para trámite por vía judicial. 	<p>Principales atribuciones y funciones</p> <ul style="list-style-type: none"> • Recoger testimonios y documentos para esclarecer el papel de las instituciones del Estado, de la insurgencia y de la estructura social, factores internos y externos, en el surgimiento y mantenimiento de la violencia. • Producir un informe. • Hacer recomendaciones.

Comisión de la Verdad El Salvador	Comisión para el Esclarecimiento Histórico Guatemala
<p>Características principales</p> <ul style="list-style-type: none"> • Creada por acuerdo de paz. • Independiente e internacional. Se previó en los acuerdos, como efectivamente se hizo, que la Comisión estaría integrada por personal internacional. • Participación de Naciones Unidas. Bajo la dirección del secretario general, la ONU es la institución responsable del trabajo de la Comisión. • Las actuaciones de la Comisión no son jurisdiccionales. • Autonomía. La Comisión fue ampliamente facultada para organizar su trabajo y funcionamiento. • Compromiso de las partes. El Gobierno de El Salvador y el FMLN se comprometieron a cumplir las recomendaciones de la Comisión. • No suspende la actividad jurisdiccional. 	<p>Características principales</p> <ul style="list-style-type: none"> • Creada por acuerdo de paz. • Nacional e internacional. Contar con la participación de personalidades guatemaltecos y favorecerse del estatus jurídico atribuido a la ONU. • Participación de la ONU. La Comisión fue implementada bajo la dirección de la ONU. • Los trabajos, recomendaciones e informes de CEH no individualizarán responsabilidades ni tendrán propósitos ni efectos judiciales. • Autonomía. • Compromiso de las partes. Las partes se comprometieron a colaborar con la Comisión y a crear las condiciones indispensables para que pueda cumplir el mandato.
<p>Metodología de trabajo</p> <ul style="list-style-type: none"> • Invitación abierta a la sociedad para que denuncie ante la Comisión los casos de su conocimiento bajo estricta confidencialidad y reserva. • Procedimiento de investigación sin los trámites y reglas de la actuación judicial. • Prueba de confiabilidad: verificación, comprobación, reexamen, cotejo. • Grados de certeza: i) pruebas abrumadoras: pruebas contundentes o altamente convincentes en apoyo de las conclusiones de la comisión; ii) pruebas sustanciales: pruebas muy sólidas en apoyo a las conclusiones de la Comisión; iii) pruebas suficientes: más pruebas en apoyo que en contradicción de las conclusiones de la Comisión. • No había resolución si las pruebas eran menos que suficientes. • Las decisiones de la Comisión deberían ser tomadas por unanimidad. En su defecto, por mayoría. • Ninguna prueba por sí sola se consideraba confiable. • Publicación de los nombres de las personas implicadas. 	<p>Metodología de trabajo</p> <ul style="list-style-type: none"> • Selección del periodo a investigar 1962-1996. • Se seleccionó las violaciones al derecho a la vida y a la integridad personal como los temas a investigar por parte de la Comisión. • Invitación a la sociedad. • Recopilación de testimonio y de documentos. • No menciona nombres de personas responsables
<p>Derecho aplicable</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ante la ausencia de leyes y principios que orientaran el trabajo de la Comisión en los acuerdos de paz, la Comisión optó por trabajar con fundamento en los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario. 	<p>Derecho aplicable</p> <ul style="list-style-type: none"> • Derecho internacional de los derechos humanos. • Derecho internacional humanitario. • Principios comunes. Los instrumentos de derechos humanos y de derecho internacional humanitario comparten un núcleo común de estándares fundamentales que son aplicables en todo momento, en todas las circunstancias y en toda parte.

Comisión de la Verdad El Salvador	Comisión para el Esclarecimiento Histórico Guatemala
<p>Resumen del informe</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se hace una cronología de los hechos de violencia que vivió el país. Se presenta el número de denuncias que conoció la Comisión. • Se refiere un panorama general sobre los casos y patrones de violencia. • Se caracteriza y ejemplifica la violencia contra los opositores por parte de los agentes del Estado. Se presentan casos ilustrativos y las formas como se manifestó la violencia. En este apartado se estudiaron las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, las masacres de campesinos y los asesinatos por parte de los escuadrones de la muerte. • Se caracteriza y ejemplifica la violencia contra los opositores por parte del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional; se presentan, asimismo, casos ilustrativos y se analizan ejecuciones extrajudiciales, secuestros y asesinatos de jueces. • Se identificaron las víctimas y se mencionaron los nombres de las personas involucradas o comprometidas en cada caso. • Alrededor del 90% de las violaciones a los derechos humanos fueron atribuidas a los agentes del Estado, particularmente las Fuerzas Armadas. 	<p>Resumen del informe</p> <ul style="list-style-type: none"> • Informe extenso, doce volúmenes: • I y II. Causas y orígenes del enfrentamiento armado interno. • III. Las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia. • IV y V. Consecuencias y efectos de la violencia. • VI. Conclusiones y recomendaciones. • VII y VIII. Casos ilustrativos. • IX, X y XI. Casos presentados. • XII. Documento CEH. • El saldo de muertos y desaparecidos supera los 200.000; más de 500.000 desplazados y refugiados. • Se responsabiliza al Estado, a las Fuerzas Armadas y a los distintos gobiernos. • Un 93% de los hechos de violencia fueron atribuidos a las Fuerzas Armadas y cerca del 3% a la URNG. • Se analizó el papel de Estados Unidos y Cuba. • Se reconoció como genocidio la sistemática violación de los derechos de la población maya. • La impunidad, un problema grave en la Administración de Justicia.
<p>Recomendaciones</p> <ul style="list-style-type: none"> • Recomendaciones derivadas directamente del resultado de la investigación. • Separación de la institución de los oficiales de las Fuerzas Armadas señalados por la Comisión. • Separación de la administración pública y judicial de las personas comprometidas en los hechos de violencia. • Inhabilitación para el ejercicio de cualquier cargo público durante diez años por lo menos a las personas implicadas en los hechos de violencia, sean del FMLN o de las Fuerzas Armadas. • Erradicación de las causas estructurales directamente vinculadas con los hechos examinados. • Reforma a las Fuerzas Armadas para fortalecer su sometimiento al poder civil y para mejorar la formación en derechos humanos. • Investigar la existencia de grupos ilegales. • Reformas institucionales para prevenir la repetición de hechos semejantes. • Independencia del poder judicial. • Garantías procesales. • Formación judicial. 	<p>Recomendaciones</p> <ul style="list-style-type: none"> • Devolver la dignidad a las víctimas. Reparación moral y material. • Que el presidente de la República reconozca lo sucedido y pida perdón a las víctimas, a sus familiares y a la sociedad. • Definición de una política de reparación a las víctimas que priorice a los beneficiarios. • Que se inicien las investigaciones sobre la desaparición forzada de personas. • Política activa de exhumaciones. • Crear una comisión para evaluar la conducta de los funcionarios públicos, particularmente de los oficiales de las Fuerzas Armadas, en relación con el conflicto armado y las violaciones a los derechos humanos. • Iniciar las investigaciones penales de conformidad con la Ley de Reconciliación Nacional. • Que el Congreso Nacional apruebe la creación de una Fundación para la Paz y la Concordia, encargada de dar seguimiento a las recomendaciones de la CEH.

Comisión de la Verdad El Salvador	Comisión para el Esclarecimiento Histórico Guatemala
<ul style="list-style-type: none"> • Fortalecimiento de los recursos de amparo y hábeas corpus. • Fortalecimiento de las garantías legales para proteger la libertad y evitar las detenciones arbitrarias e ilegales. • Fortalecimiento de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. • Aceptar la competencia obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. • Medidas tendientes a la reconciliación nacional • Creación de un fondo especial para resarcir materialmente a las víctimas. • Construcción de un monumento y establecimiento de un feriado nacional en homenaje a las víctimas. • Foro de la verdad y la reconciliación. 	

Fuente: elaboración del autor con datos de la ONU (1993-1999).

La política hacia el pasado puesta en marcha en América Central tuvo como propósitos centrales conocer la verdad, poner fin a la impunidad y al encubrimiento, dirimir las discrepancias políticas y sociales por medios pacíficos, y reparar e indemnizar a las víctimas.²⁸

Pese al esfuerzo y a la magnitud del trabajo realizado, más allá del valor pedagógico de la verdad y del impacto que produjo la publicación del informe, lo cierto es que muy poco de lo propuesto se ha logrado conseguir efectivamente. No se conoce la verdad a cabalidad, excepción hecha del perdón-responsabilidad asumido por el presidente en El Salvador;²⁹ no ha existido el debido reconocimiento de la

28 Aunque constituyen dos propuestas diferentes y excluyentes, citamos aquí dos ejemplos de reparación moral a las víctimas que se produjeron en Guatemala: DLN 6, Ley que conmemora el 25 de febrero de cada año como el Día Nacional de la Dignidad de las Víctimas del Conflicto Armado Interno (Ciudad de Guatemala, Guatemala, 25 de febrero de 2004; Diario de Centro América, núm. 89, tomo TCCLXXIII, 29 de marzo de 2004) y es resultado de las recomendaciones de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico; el 25 de febrero se presentó el informe de la Comisión; deroga el Decreto Legislativo 61 de 2002; y el DLN 61, Ley que declara el Día Nacional de la Dignidad de las Víctimas de la Violencia (Ciudad de Guatemala, Guatemala, 9 de octubre de 2002; Diario de Centro América, núm. 3, 28 de octubre de 2002). Se tiene en cuenta que los acuerdos de paz y el Informe de la Comisión del Esclarecimiento Histórico recomienda al Estado preservar la memoria de las víctimas del conflicto armado. Se considera como una forma de reparación moral a los directamente afectados, a sus familiares y a la sociedad guatemalteca, inscrita en una política de reconciliación nacional, se dirige prioritariamente a las madres víctimas del conflicto armado y establece el 31 de marzo como el Día Nacional de la Dignidad de las Víctimas. Posteriormente fue derogada.

29 El presidente Mauricio Funes, de El Salvador, pidió perdón a las víctimas de la guerra dieciocho años después de la firma de los acuerdos de paz el 16 de enero del 2010 y creó una comisión encargada de formular las

responsabilidad por parte del Estado, la impunidad y el encubrimiento continúan, no se ha logrado reparar a las víctimas debidamente, la justicia ordinaria no mejora significativamente y la utilización de métodos violentos para resolver las discrepancias sociales está al orden del día.

Aunque no es poco, la política hacia el pasado puesta en marcha en América Central ha contribuido al sometimiento del poder militar al poder civil y a la realización de un nuevo tipo de investigaciones históricas. La historia deja de ser dominio exclusivo de los historiadores y abre paso para que los diversos grupos sociales participen en la búsqueda de su significado.

Sudáfrica: Comisión de la Verdad y justicia restaurativa

La Comisión de la Verdad en Sudáfrica fue producto de un proceso de paz política que tuvo características particulares. Su propósito fundamental fue terminar el *apartheid* y permitir la participación en política legal de los alzados en armas del Congreso Nacional Africano (CNA). Es de destacar que este sistema de discriminación racial ya había sido condenado por la comunidad internacional, con instrumentos como la Convención de Naciones Unidas contra el *Apartheid*, suscrita en 1973.

Activos en política, los miembros del CNA acordaron con el Partido Nacional la creación de un gobierno de transición y la convocatoria a elecciones democráticas y a una asamblea nacional constituyente. En Sudáfrica también se puso en marcha un mecanismo de participación ciudadana conocido como Acuerdo de Paz, compuesto por una comisión y un secretariado nacional, que actuó de forma parecida a la Asamblea de la Sociedad Civil de Guatemala, que debatió durante tres años, en la mayoría del territorio sudafricano, los temas de la paz y la negociación. Se formó asimismo una conferencia nacional denominada Sudáfrica Democrática, con cinco grupos de trabajo orientados a discutir e identificar desde el punto de vista técnico y político los desafíos democráticos del país. Finalmente, se conformó una instancia de diálogo multipartidista que permitió la negociación permanente entre los partidos políticos y el gobierno.

La victoria electoral de Mandela en 1994 puso fin al régimen de discriminación racial vigente en Sudáfrica desde 1948 y dio origen a la Ley de Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación, que estableció la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR) con el mandato de investigar y documentar los crímenes y actos de violencia política de la etapa del *apartheid* que abarcó el periodo comprendido

recomendaciones para tomar las medidas que permitieran reparar moral, simbólica y materialmente a las víctimas del conflicto armado; el 24 de marzo de ese mismo año pidió perdón por el asesinato de monseñor Oscar Arnulfo Romero, ocurrido treinta años antes.

entre 1960 y 1994. Su tarea consistía en preparar un informe sobre las graves violaciones a los derechos humanos, emitir recomendaciones en materia de reparación a las víctimas y conceder amnistía individualmente a cada imputado que reconociese públicamente su responsabilidad; cumplidas estas condiciones, el Estado renunciaba a la acción penal en contra del individuo y asumía la obligación de indemnizar a la víctima o a su familia.

La CVR se organizó en tres comités: uno que escuchó a las víctimas para reconstruir la verdad sobre los crímenes del *apartheid*; otro, que tramitó las amnistías, y un tercero formuló recomendaciones para la reparación.

En cuanto a su composición, la Comisión estuvo integrada por diecisiete miembros representativos del conjunto de la sociedad sudafricana; la conformaron siete negros, seis blancos, dos mestizos y dos indios, el arzobispo anglicano Desmond Tutu fue nombrado su presidente. Una de sus características más relevantes tiene que ver con la amplia participación pública que se promovió tanto para la formulación de su mandato como para la selección de sus miembros, quienes no debían tener vinculación alguna con el gobierno anterior ni con el movimiento de liberación.

La Comisión realizó la tarea asumiendo la perspectiva de la justicia restaurativa que media entre víctimas y agresores y busca contribuir a la reconstrucción del tejido social; producto de su trabajo, recibió 90.000 solicitudes de reconocimiento como víctimas, de las que admitió 22.000 y recomendó reparar a 17.100; recibió además alrededor de 7.000 solicitudes de amnistía, de las que concedió 849.

En su informe final presentó más de doscientas recomendaciones, entre las que destacan una política sustancial de reparación a las víctimas y la construcción de monumentos públicos a su memoria y dignificación; en suma, esclarecimiento, reparación y renuncia de la pretensión punitiva del Estado constituyen los elementos principales de esta experiencia.

La Comisión fue disuelta en 2003, el informe no obtuvo la importancia político-social que se esperaba y las recomendaciones no han sido cumplidas a cabalidad; existen valoraciones diversas tanto sobre su trabajo como del efecto que produjo en la sociedad, se estima que en la actualidad hay más de 100.000 víctimas no reconocidas que luchan por sus derechos y un sinnúmero considerable de las reconocidas que reclaman se cumplan las reparaciones. A ello se agrega que, tal vez lo más inquietante, es que en este caso, como en los de El Salvador y Guatemala, tampoco los esfuerzos de paz política ni los de la CVR han contribuido a mejorar significativamente la convivencia: Sudáfrica sufre hoy por hoy una alta tasa de criminalidad y violencia.

Argentina y Chile: el cuestionamiento jurídico y político de las leyes de amnistía

En 1984, como ya fue señalado, en Argentina el primer gobierno de la transición democrática creó la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Conadep), presidida por el escritor Ernesto Sábato, que documentó más de 9.000 desapariciones forzadas imputables a servidores públicos y promovió la persecución judicial de los principales responsables del régimen militar, que fueron procesados y condenados a largas penas de prisión.

La correlación de fuerzas políticas, la presión del Ejército y la debilidad de la democracia dieron pie a las leyes de “punto final” (1986) y “obediencia debida” (1987), y al indulto de los mandos militares (1990).

Los movimientos sociales y derechos humanos prosiguieron la lucha contra la impunidad hasta lograr que el Congreso y la Corte Suprema de Justicia invalidaran las leyes que propiciaban la impunidad, se reabrieran procesos judiciales para esclarecer la suerte de los ejecutados y desaparecidos, se profirieran sentencias condenatorias y se pagaran indemnizaciones a muchas de las víctimas y sus familias.

En Chile, como en Argentina y Uruguay, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos condenó la impunidad y la ley de amnistía general que la dictadura (1973-1990), responsable de casi 4.000 víctimas de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, había decretado en 1978.

En 1990, después de la derrota electoral de Pinochet, el primer gobierno de la transición a la democracia estableció la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, o Comisión Rettig, de ocho miembros, que documentó más de 2.000 violaciones individuales de los derechos humanos imputables al régimen militar. En 2004 se creó la Comisión para la Prisión Política y los Torturados, bajo la consigna de “No hay mañana sin ayer”, que verificó la práctica de torturas en 28.000 casos y sirvió de base para un plan oficial de indemnizaciones en favor de las víctimas. En este país ha habido avances en materia de verdad y reparación, al igual que de justicia.

Otros aspectos relevantes del caso chileno lo constituyen la intervención de la justicia internacional contra la impunidad y la actitud de jueces y magistrados del país, que pidieron perdón a los miles de víctimas y familiares por no haber hecho más en la protección de los derechos humanos durante la dictadura.

España: la transición revisada

La primera transición española optó por una política de reconciliación nacional que otorgó amnistía a los antifranquistas y amnesia para los franquistas. Casi treinta años después se aprobó la Ley de la Memoria Histórica (Ley 52 de 2007), que ha

avanzado un poco en el reconocimiento y protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Irlanda del Norte: justicia y reconciliación

El conflicto norirlandés, uno de los más antiguos y enconados del mundo contemporáneo, pues se remonta al siglo XIX y combina la lucha contra el colonialismo británico con la pugna entre católicos y protestantes, ha vivido su última etapa a partir de 1969. Tras miles de víctimas y años de negociaciones, la guerrilla independentista del Ejército Republicano Irlandés (IRA) decretó una tregua en 1994 que permitió la firma del Acuerdo de Belfast o del Viernes Santo en 1998, por el cual se adoptó un esquema de gobierno autonómico con la participación de los unionistas protestantes y los independentistas católicos, se estableció un tribunal especial para investigar la matanza del Domingo Sangriento (1972), y se crearon una comisión de derechos humanos y otra de igualdad para atender las reivindicaciones de las víctimas y restablecer el Estado de derecho, con énfasis en la cuestión de la discriminación de las dos comunidades religiosas de Ulster. En el 2007 se constituyó un gobierno de reconciliación nacional.

Colombia: la búsqueda de un sistema de justicia para la transición

En Colombia, si bien han existido procesos de negociación política con grupos insurgentes, la mayoría de ellos han estado cobijados por estrategias de perdón y olvido.

La primera experiencia aparente de justicia transicional de que puede hablarse, en principio, es el proceso de desmovilización de los escuadrones de la muerte o grupos paramilitares, que consagró la Ley 975 de 2005, conocida como la Ley de Justicia y Paz; proceso que Uprimny califica como de justicia transicional sin transición³⁰ y que ha sido altamente cuestionado, pues los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y la reparación siguen sin cumplirse; se reconoce, sin embargo, como un avance, el desencadenamiento del llamado escándalo de la “parapolítica” o infiltración de los grupos paramilitares en los partidos políticos y en la Administración Pública.

Conviene advertir en todo caso que el proceso de desmovilización de los paramilitares no es en estricto sentido un proceso de paz política, es decir, un proceso de negociación y acuerdos entre actores políticos, que tiene como finalidad lograr la

30 Uprimny, R. (2006), “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”, en *¿Justicia transicional sin transición?*, Bogotá, DeJusticia, pp. 17 y ss.

participación en política de los actores armados, se parece más bien a un programa de sometimiento a la justicia.

En el escenario del proceso de paz que actualmente adelantan el gobierno y la insurgencia se conformó, mediante acuerdo de ambas partes, una comisión de juristas, representativa de cada una de ellas, encargada de elaborar la propuesta de justicia para la transición.³¹ El acuerdo sobre víctimas del conflicto se ocupa del denominado Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. Como es de suponerse, toda la estructura del sistema dice fundamentarse en los derechos de las víctimas y está compuesta de cinco elementos: la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad especial para la búsqueda de las personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; la Jurisdicción Especial para la Paz; las medidas de reparación integral para la construcción de la paz, y las garantías de no repetición, además de contar con un apartado dedicado a la promoción y protección de los derechos humanos.³² Del análisis de los contenidos de este acuerdo nos ocuparemos más adelante.

En la búsqueda del sistema de justicia transicional para el país bien vale la pena mencionar que, como consecuencia del trabajo que la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos vienen realizando en términos del cuestionamiento de las leyes de amnistía en América Latina, la Fiscalía ha abierto la discusión sobre la posibilidad de revisar el tratamiento jurídico dado al M-19 cuando este grupo firmó la paz con el Gobierno.

Principales lecciones

Sobre el análisis de estas y otras experiencias, autores como Uprimny, Slye y Simon,³³ entre otros, construyen modelos de justicia transicional; Uprimny hace una clasificación atendiendo los contenidos que desarrollan y el procedimiento utilizado para construirlos. En el cuadro 1. 2 se podrán apreciar cuatro modelos de justicia transicional, según el contenido de la fórmula de transición adoptada.

31 El 23 de septiembre de 2015 se anunció en Cuba la firma del acuerdo; empero, el texto definitivo solo apareció publicado tres meses después, desencadenándose una controversia entre las partes y un alto debate en la opinión pública.

32 Véase el texto del acuerdo en: <http://www.elheraldo.co/nacional/texto-completo-sobre-el-acuerdo-de-victimas-en-el-proceso-de-paz-233724>

33 Uprimny Yepes, R. (2006), “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”, en *¿Justicia transicional sin transición?*, DeJusticia, Bogotá, pp. 17 y ss.

Cuadro 1.2. Procesos transicionales según el contenido de la fórmula de transición adoptada

Tipos de transición	1. Perdonos “amnésicos”	2. Perdonos “compensadores”	3. Perdonos “responsabilizantes”	4. Transiciones punitivas
Ejemplos	España y las amnistías en Colombia	Chile y El Salvador	Sudáfrica	Nuremberg, Ruanda y Yugoslavia
Características básicas	Amnistías generales que no contemplan estrategias para el esclarecimiento de la verdad o para la reparación a las víctimas.	Amnistías generales acompañadas de la implementación de comisiones de la verdad y de algunas estrategias de reparación a las víctimas.	El establecimiento de una comisión de la verdad, la exigencia de confesión total de crímenes atroces, la previsión de ciertas reparaciones y el otorgamiento de perdonos individuales y condicionados para algunos crímenes.	Establecimiento de tribunales para castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Tomado del libro *¿Justicia transicional sin transición?. Dejusticia*, 2006.

Y considera que al caso colombiano es aplicable el tercer modelo, conocido como de perdonos responsabilizantes, cuyo ejemplo paradigmático lo constituye Sudáfrica.³⁴

Para otros autores, los resultados que arrojan las experiencias de la justicia transicional, que hemos descrito no son los mejores ni las convierten en modelos a seguir. Tal como lo afirma Martha Minow y Rama Mani, tales experiencias están abriendo más bien el debate en torno a la construcción de otro modelo de justicia para la transición. Mani, por ejemplo, propone las ideas y los conceptos de justicia reparadora y de justicia transformadora.³⁵

A continuación presentaremos brevemente las enseñanzas más importantes de estas experiencias, así como nos ocuparemos de identificar los principales desafíos, retos o cambios que está produciendo, o que lleva consigo, el trabajo por los derechos de las víctimas tanto en los sistemas de justicia transicional como en los propios procesos de paz y/o transiciones.

34 Uprimny Yepes, R., (2006): Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano, op.cit..

35 Mani, R., (2011): La reparación como un componente de la justicia transicional: la búsqueda de la “justicia reparadora” en el posconflicto, en Minow Martha, Crocker, David y Mani, Rama (2011): Justicia transicional, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes –Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

De la correlación de fuerzas a la independencia plena del sistema de justicia transicional

Uno de los propósitos fundantes de la justicia para la transición es la búsqueda de la verdad, y más en general, la protección de los derechos de las víctimas. Todos los procesos de paz muestran una profunda y creciente tensión entre paz y justicia, entre política y legalidad. El reconocimiento de estos derechos, está demandando un cambio en la cultura política y jurídica; en esa cultura que entiende el derecho como un producto de la política y la paz como resultado de la correlación de fuerzas de dos o más actores políticos.

En efecto, más que como consecuencia de la aplicación de la legalidad nacional o internacional, la tensión entre reconciliación y pasado ha sido resuelta con fundamento en la llamada correlación de fuerzas políticas existentes en cada país; unas veces como consenso o acuerdo entre actores, otras veces como decisión unilateral de los gobiernos.

Así ha sucedido en Nicaragua, El Salvador y Guatemala. También ocurrió así en España durante la transición del franquismo a la democracia, y en los distintos países que han enfrentado graves problemas de violencia y de violaciones a los derechos humanos.³⁶

Además de la correlación de fuerzas como instrumento para resolver la tensión entre reconciliación y pasado, es importante tener en cuenta que al momento de tomar las opciones prevalece el principio de reconciliación nacional sobre el de investigación al pasado.³⁷

La primacía de este principio se impuso en Nicaragua, El Salvador y Guatemala. Algo similar sucedió también en la transición española. Para el caso de España hay algunos autores que sostienen:

36 Según Vicen. Navarro el gran dominio de las fuerzas políticas conservadoras y la gran debilidad de las izquierdas determinó una democracia incompleta que se basó en la amnistía y en la amnesia. La influencia continua de las fuerzas conservadoras y su dominio en el proceso de transición condujo a un estado de amnistía que asumió que desde 1936 a 1977 había habido dos Españas, la nacional y la republicana, que eran igualmente responsables de las atrocidades cometidas durante la guerra civil y la dictadura, atrocidades que debían amnistiarse y olvidarse a partir del establecimiento de la democracia. Véase V. Navarro: *El subdesarrollo social español*. Editorial Anagrama, Barcelona 2006. En especial la segunda parte: memoria del pasado y sus consecuencias en el presente. Pp. 150 a 178.

En un artículo reciente el profesor Julián Santamaría Osorio afirmaba que no era posible en aquel entonces hacer compatible las exigencias de rehabilitar moralmente a las víctimas del franquismo y políticamente a la legalidad republicana, con la voluntad de lograr un principio de reconciliación. Véase: J. Santa María Osorio: *Memoria histórica y consenso*. Diario El País, opinión/15, 18 de mayo 2006.

37 Historiadores como Tony Judt sostienen que en la transición resulta conveniente un tiempo de silencio político. T. Judt: *Postguerra*, Taurus, Madrid, 2006.

“que la amnistía general acordada en la transición dejó sin resolver un doble problema: el de la rehabilitación moral de las víctimas del franquismo y el de la rehabilitación política de la legalidad republicana interrumpida por el franquismo”.³⁸

Cuando se hizo la transición, sostienen otros, *“no se daban las condiciones para hacer compatible esa exigencia, por deseable que fuera, con la voluntad de lograr un principio de reconciliación que sirviera como base y fundamento de la nueva experiencia democrática”*.³⁹

“El objetivo prioritario de los españoles no era otro que llegar a una democracia incluyente en la que pudieran coexistir todas las Españas, reales o imaginarias, y en la que el pasado ni fuera repetible ni fuera un impedimento para la convivencia entre todas las partes”.⁴⁰

La forma de enfrentar el pasado en los procesos de paz ha sido definida hasta el momento sobre la base de la correlación de fuerzas políticas y la primacía de la política sobre el derecho fundamentalmente. Se parte de la idea equivocada, o parcial, de que la paz, o la negociación, es producto solamente de la correlación de fuerzas militares y políticas, se olvida que tales procesos son también el resultado del cansancio social respecto de la guerra y de la injusticia de la violencia sobre las víctimas.

La fuerza de los derechos de las víctimas, así como la solución pacífica de un conflicto armado, exige organizar un sistema de justicia independiente. La justicia judicial constituye la única respuesta legítima y eficaz a la violencia, pues solo ella ofrece escenarios y procedimientos de solución de conflictos en los cuales la razón prevalece sobre la fuerza. Norberto Bobbio afirma que “mientras un procedimiento judicial, conforme a su finalidad debe ser organizado de modo que permita vencer a quien tiene razón, la guerra es, de hecho, un procedimiento que permite tener razón al que vence”.⁴¹

Ferrajoli, recordando la tragedia griega de Orestíades, señala que

el espiral infinito de venganza de la sangre, se concluye con la institución en Atenas, por parte de Atenas, del Areópago, es decir de un juez tercero —cursivas mías— llamado a verificar las responsabilidades y a reemplazar la lógica de la guerra y la venganza, con la lógica opuesta y totalmente asimétrica, del derecho y de la pena.⁴²

38 V. Navarro: *El Subdesarrollo social en España*. Op. cit.

39 J. Santamaría Osorio: *Memoria histórica y consenso*. Op. cit.

40 Ibidem.

41 Bobbio, N. (1982), *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, p. 102.

42 Ferrajoli, L. (2015), “La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna”, conferencia presentada en Bogotá, septiembre de 2015. Véase la página web de la Fiscalía: www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/FERRAJOLI-PAZ

La calidad y condición de este tercero debiese ser central a un sistema de justicia transicional y a un verdadero acuerdo de paz. Conviene recordar aquí que esta, aunque débilmente constituida y discutida, fue precisamente una de las características de las comisiones de la verdad creadas en Centroamérica y Sudáfrica, por ejemplo. La Comisión de la Verdad en El Salvador fue acordada o aceptada por las partes en los acuerdos, pero su composición y funcionamiento confiados a Naciones Unidas. En Sudáfrica, por su parte, ni el gobierno ni el movimiento de liberación tuvieron nada que ver en el mandato y estructura de la llamada Comisión de la Verdad y Reconciliación.

Como se sabe, estas comisiones no tenían carácter judicial y fueron creadas cuando no funcionaba todavía, o apenas empezaba, la Corte Penal Internacional, de manera que una vez creado este tribunal, con funciones judiciales, la tarea es fortalecer las características propias del tercero que le permitan asegurar su total independencia de las partes. No es de olvidar que la independencia es a la justicia, a toda justicia, su fuente de legitimidad.

La independencia judicial es la forma legal y pacífica, alternativa a la correlación de fuerzas políticas, para construir paz y convivencia en una sociedad. Se trata de la independencia de un sistema de justicia respecto de las partes en un conflicto, de los poderes políticos y económicos, a fin de asegurar la protección de los derechos humanos, el sometimiento a la legalidad de los poderes públicos y privados, y la resolución de los conflictos sometidos a su consideración con base en su capacidad para llegar a la verdad. La independencia es garantía de verdad, porque como dice Ferrajoli, ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso ni falso lo que es verdadero.⁴³

Empero, otra de las características de las experiencias de paz y de justicia transicional que comentamos es, precisamente, la fragilidad del trabajo con el poder judicial. No resulta ni técnica ni teóricamente aceptable que las comisiones de la verdad sustituyan provisionalmente al poder judicial en la investigación de las conductas definidas como delictivas o ilegales en una sociedad. Antes que una comisión de la verdad, o simultáneamente con la existencia de una, el trabajo de investigación sobre conductas que comprometan la legalidad y los derechos deberá hacerse con un sistema judicial para la transición.

La política hacia el pasado puesta en marcha en América Central y en Sudáfrica, por ejemplo, se hizo sin la debida participación del poder judicial. Tampoco fue dirigida a saber la verdad sobre el no funcionamiento de los tribunales ni sobre la responsabilidad del sector justicia por la no aplicación oportuna y debida de la legalidad.

43 Ferrajoli, L. (1988), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta.

La experiencia nos indica que desde el punto de vista técnico lo más adecuado sería pensar en una combinación entre la comisión de la verdad y un sistema judicial para la transición. La primera sería la encargada tanto de investigar los hechos que no constituyan delito y que afecten la vigencia de los derechos humanos, como de realizar las aproximaciones históricas e institucionales relacionadas con la verdad que requiere investigarse. Y el segundo, con reglas y atribuciones especiales, el encargado de investigar y producir las resoluciones por las violaciones a la legalidad que afecten los derechos humanos.

Ahora bien, no es de olvidar que la verdad, la justicia y la reparación, además de ser derechos reconocidos a las víctimas, constituyen la esencia o fuente de legitimidad de la existencia del poder judicial en general, y muy en particular, del sistema penal. La violación o no reconocimiento de estos derechos no solo suponen un perjuicio grave para las víctimas y la sociedad, sino que conlleva un serio cuestionamiento al sistema de justicia vigente por su incapacidad o debilidad para proteger los derechos humanos y aplicar la legalidad, lo cual nos pone en la tarea de construir un sistema de justicia independiente para la transición que sea a su vez la base de un poder judicial para la democracia y la convivencia.

La falta de un tercero independiente plenamente de las partes es una de las debilidades del quinto acuerdo logrado entre el Gobierno y las FARC, calificada por expertos como un retroceso si se tienen en cuenta los avances logrados en este ámbito en Centroamérica y Sudáfrica, verbigracia.⁴⁴ En efecto, en lugar de discutir, asegurar y profundizar las condiciones que debe reunir el tercero a quien se le confíe el diseño y aplicación de la justicia transicional, se optó por un sistema en el que participan las partes. Así sucede con la comisión de juristas encargada de elaborar la propuesta técnica, con la forma como se integran la Comisión de la Verdad, el Comité de Escogencia, el presidente de la Comisión, la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas y la Jurisdicción para la Paz.⁴⁵

44 Véase el pronunciamiento de Human Rights Watch sobre el acuerdo de justicia transicional en Colombia, disponible en <http://www.semana.com/nacion/articulo/jose-vivanco-critica-el-acuerdo-de-justicia-negociado-en-la-habana/454537-3>

45 La Comisión de Juristas encargada de elaborar la propuesta técnica fue integrada por seis abogados, tres a propuesta del Gobierno y tres a cargo de las FARC-EP. Los comisionados que integran la Comisión de la Verdad serán seleccionados por un Comité de Escogencia en el que participan las FARC y el Gobierno y el presidente de la Comisión será elegido de común acuerdo por los dos. El director de la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas será seleccionado por el Comité de Escogencia de la Comisión de la Verdad en el que participan, como hemos visto, las FARC y el Gobierno. El numeral 68 del acápite dedicado a la jurisdicción para la paz establece que las partes establecerán de mutuo acuerdo, y antes del acuerdo final, los criterios y mecanismos de selección y nombramiento de los magistrados de las salas y secciones, la Unidad Investigativa y la Secretaría Ejecutiva no pudiendo ser elegidos los anteriores directamente por las partes en la Mesa de Conversaciones. Véase el texto del acuerdo en <http://www.elheraldo.co/nacional/>

Las Naciones Unidas, los tribunales internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos, los *ombudsmen*, la Iglesia Católica, la academia colombiana, entre otros, podrían haber cumplido el papel de terceros.

Dar al sistema de justicia transicional un carácter transaccional por pequeño que este sea, no solo constituye un anacronismo técnico, sino que pone en riesgo su legitimidad social y política, y con estas, la viabilidad del proceso de paz.

De un acuerdo de paz política a un pacto ciudadano para la convivencia

Las experiencias de justicia transicional están contribuyendo a abrir el debate simultáneo en torno al modelo de justicia para la transición, la paz y la solución pacífica de un conflicto armado.

La necesidad de construir una alternativa en el ámbito de la justicia, no solo es producto de las enseñanzas del análisis comparado como el que hacen Minow y Mani,⁴⁶ ni como el que hemos hecho nosotros aquí, es, consecuencia, en buena medida, de la crisis del modelo de paz o transición que lo acompaña o le da origen.

En efecto, la idea de la justicia transicional que se promueve hasta ahora es depositaria de la idea de la paz como negociación entre actores políticos o casi que es la hija natural de un proceso de paz entendido como el diálogo entre el gobierno y la insurgencia que busca poner fin a la violencia política y lograr la participación legal en la democracia de los alzados en armas. Dicho de otra manera, la justicia transicional que se ha puesto en marcha y se promociona es la de un proceso de paz política.

En correspondencia con un modelo de paz de estas características, uno de los propósitos fundamentales del sistema de justicia para la transición consiste en facilitar la incorporación a la legalidad de los insurgentes acusados de participar en graves hechos de violencia en el pasado reciente y de cometer actos criminales contra la población civil.

El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición que se intenta poner en marcha en Colombia y que surge del acuerdo firmado entre el Gobierno y las FARC-EP tiene como uno de sus propósitos fundamentales facilitar, o por lo menos no obstaculizar, la participación política legal de quienes hasta ahora la han venido haciendo de forma ilegal y armada.⁴⁷

texto-completo-sobre-el-acuerdo-de-victimas-en-el-proceso-de-paz-233724

46 Minow M., C. D. y Mani, R. (2011), *Justicia transicional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes - Pontificia Universidad Javeriana.

47 Véanse, entre otros, los numerales 26, 36 y 46 de la Jurisdicción para la Paz; en el 26, por ejemplo, se establece: “La imposición de cualquier sanción en el SIVJRN no inhabilitará para la participación política ni limitará el ejercicio de ningún derecho, activo o pasivo, de participación política, para lo cual las partes

Las experiencias de paz y de justicia transicional ponen en cuestión este propósito, no solo porque las víctimas de los conflictos procedan en su mayoría de la población civil y no de los ejércitos en contienda, sino también porque casi todos los procesos de negociación asistieron a una crisis simultánea del régimen político. Resulta inútil o cuando menos paradójico poner en marcha un sistema de justicia transicional para incorporar a los actores ilegales a un modelo político altamente cuestionado.⁴⁸

En trabajos recientes hemos advertido que la crisis del régimen que acompañó la paz y las experiencias de justicia transicional guarda relación con los problemas por los que atraviesa la representación política de las mayorías y su profesionalización.⁴⁹ No hay duda de que se asiste a una crisis profunda de la política que se manifiesta en el cuestionamiento creciente de los partidos, sean estos de izquierda o de derecha, de manera que la paz no puede reducirse a un acuerdo entre políticos de profesión, a un pacto entre dos grupos políticos cuyo propósito sea la participación en la legalidad de los profesionales ilegales de la representación política de las mayorías. Ni la justicia transicional un mecanismo para facilitar la incorporación de los alzados en armas a un régimen político en crisis.⁵⁰

Además, como ya fue señalado, las experiencias recientes de procesos de paz política considerados exitosos, como los de El Salvador y Sudáfrica, han puesto en evidencia que este tipo de procesos no mejora la convivencia. Si bien se reduce la violencia en las zonas de conflicto; los homicidios, los secuestros, los atentados, las masacres desaparecen en esos lugares, se acabaron los bombardeos, ni hubo más desplazados, lo cierto es que la violencia continúa afectando significativamente la vida de los países, solo cambia de expresión, de actores y de ámbito territorial. Y en algunos casos, aparece con características más complejas a las experimentadas durante el propio conflicto armado.

La perspectiva de la convivencia, como veremos en el segundo capítulo, no es solo un asunto empírico sino también una aproximación teórica. En efecto, desde el punto de vista teórico se constata que tanto los procesos de paz, como las comisiones que se ocupan del estudio de la violencia han asumido una perspectiva de naturaleza causal. Los esfuerzos de paz están orientadas a explicar y responder a las causas de la violencia. De esta aproximación también se nutren los sistemas de justicia transicional.

acordarán las reformas constitucionales pertinentes”, disponible en <http://www.elheraldo.co/nacional/texto-completo-sobre-el-acuerdo-de-victimas-en-el-proceso-de-paz-233724>

48 Véase Rivera, S. (2013), *Política del derecho para la paz y la convivencia en Colombia. Más allá del esquema diálogo-guerra*, Bogotá, Oikos.

49 Ídem.

50 Véase Rivera, S. (2013), *Política del derecho para la paz y la convivencia en Colombia. Más allá del esquema diálogo-guerra*, Bogotá, Oikos.

El paradigma dominante en el estudio de la violencia es de naturaleza etiológica y ha dado origen hasta modelos econométricos para medir las relaciones entre las distintas causas o variables explicativas de la violencia. Conviene advertir en todo caso, que hay otro paradigma teórico propio de las ciencias de la paz que más que ocuparse del estudio causal de la violencia se dedica a la construcción de paz y convivencia. El paradigma causal es también consustancial a una forma de construir la realidad social que se dedica a la gestión de problemas sociales, contribuyendo a la reproducción de la realidad social. El paradigma de la convivencia se ocupa de la gestión de riesgos sociales, de los conflictos potenciales y tiene indicadores propios.⁵¹

En estas circunstancias, la negociación pacífica de un conflicto armado, a la par, o en lugar de buscar la participación en política de la oposición en armas, debería convertirse en una oportunidad para hacer frente a la crisis de la política y transformar los acuerdos de paz en un acuerdo ciudadano para la convivencia, que conlleva, entre otra cosas, la puesta en marcha de un sistema de justicia de nuevo tipo y una nueva forma de hacer frente al pasado. En el capítulo 3 nos ocuparemos con mayor detalle de este acuerdo.

Pero asimismo, en un proceso de paz política, como hemos dicho antes, prima la política sobre el derecho. Así ha sucedido con los sistemas de justicia transicional y con la mayoría de las reformas jurídicas puestas en marcha como consecuencia de los acuerdos.

Buena parte de las reformas jurídicas y de los cambios producidos fueron sustentados en la correlación de fuerzas políticas o en la expresión del poder político dominante. En este sentido, una de las características de las experiencias de paz que comentamos, y a la vez también uno de sus principales límites, es precisamente la primacía de la política sobre el derecho que existe en la cultura política y social, y que también se refleja en los sistemas jurídicos. La legalidad es concebida solamente como un medio de la política. El derecho, la legislación, en esta idea de la relación política-legalidad que subyace en la cultura, es simplemente un producto o un instrumento de la política.

La paz no cambia, ni siquiera cuestiona, la relación tradicional entre política y derecho. El derecho sigue siendo, de hecho y culturalmente, un subordinado de la política. Curiosamente, esta relación sigue dominando todo el espectro político, in-

51 Uno de los últimos estudios sobre el proceso de paz y la violencia en Colombia hecho desde una perspectiva predominantemente causal es el de la senadora Claudia López. Véase. López, C. (2016): *¡Adiós a las FARC! Y Ahora qué?* Bogotá. Editorial Debate. Este libro muestra también como cada proceso de paz ha tenido siempre una comisión para el estudio de las causas de la violencia y como, desde la primera comisión creada por Alberto Lleras hasta la última constituida en el marco del proceso de construcción de diálogos y acuerdos con las FARC-EP, las comisiones han tenido dificultad para acordar un informe común y han optado por entregar uno en el que cada integrante presenta su propio análisis.

dependientemente de las ideologías. En el fondo de las izquierdas o de las derechas existentes en los distintos países subsiste una concepción formal y procedimental de la democracia, identificada únicamente con el poder del pueblo, es decir, con los procedimientos y mecanismos representativos dirigidos a asegurar el poder de la mayoría. Pareciera que el imaginario colectivo estuviera guiado por una expresión que en resumen nos diría: si cambia la correlación de fuerzas, cambiará entonces la legislación.

La situación se torna más compleja, pues esta concepción de la democracia viene acompañada casi siempre de un ejército de políticos de profesión. La profesionalización de la política genera sus propios intereses, y como lo demuestran las experiencias de las que nos ocupamos, a veces hacen inviable, o por lo menos más difícil, los procesos de transformación pacífica de una sociedad.

La participación de la comunidad internacional está contribuyendo a cambiar la relación entre política y legalidad. La dinámica desatada por las leyes de amnistía en América Latina ha llevado incluso a que organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos condene tales legislaciones; en una de sus resoluciones, la Comisión estableció que la amnistía no puede eliminar la obligación del Estado de enjuiciar y sancionar a los responsables.

Un nuevo sistema de justicia transicional debe contribuir entonces a cambiar la relación política y legalidad; requiere además, transitar de un acuerdo de paz política a un acuerdo ciudadano de convivencia, propiciar la reforma del régimen político y estar en relación con la puesta en marcha de un sistema de justicia para la convivencia.

En definitiva, la justicia para la transición requiere asumir los problemas y límites que tiene la paz política. La crisis de este tipo de proceso de paz bien puede asumirse transformándolo en un acuerdo de convivencia, o bien, expresado en sentido inverso, la suscripción de un acuerdo de convivencia por toda la ciudadanía tiene la fuerza suficiente para transformar la paz y la justicia transicional misma.

De la participación política a la reparación

Aunque la justicia transicional tiene dificultades en materia de verdad y justicia, el déficit mayor, a juicio de Mani, está en la reparación de las víctimas. En El Salvador y en Guatemala fue escasa; en Sudáfrica, considerada la mejor, sigue siendo débil y pobre.⁵²

52 Mani, R. (2011), “La reparación como un componente de la justicia transicional: la búsqueda de la ‘justicia reparadora’ en el posconflicto”, en Minow, M., Crocker, D. y Mani, R., *Justicia transicional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes - Pontificia Universidad Javeriana.

En primer lugar, es de advertirse que la mayoría de este tipo de justicias han orientado buena parte de su esfuerzo a facilitar la incorporación a la legalidad de los profesionales ilegales de la política, las necesidades de las víctimas no han ocupado la misma centralidad.

La justicia, la verdad y la reparación han estado en manos de tribunales y de comisiones de la verdad; aunque estas últimas han tenido mayor impacto que los primeros, lo cierto es que las reparaciones han sido catalogadas más como recomendaciones que como sanciones, la mayoría de las cuales no se han cumplido.

Para algunos el futuro de la justicia transicional se presenta como el de justicia reparadora y se le atribuyen las facultades para responder a los legítimos reclamos de las víctimas por parte de los tribunales. Para Mani, la justicia para la transición debe convertir la reparación en una sanción de tipo económico, alternativa incluso a los castigos penales comunes, y cambiar el lenguaje de víctima y victimario por uno que contribuya a la reconciliación.⁵³

De la delincuencia a la convivencia

Si bien la transición que debemos afrontar los colombianos, a nuestro juicio, viene determinada por nuestra capacidad de pasar de una sociedad altamente afectada por la delincuencia, la ilegalidad y su cultura, de la que no escapa el conflicto armado, a una organizada en torno a la convivencia, en esta parte queremos poner en evidencia que, acorde con las de los sistemas penales tradicionales, una de las características de los sistemas de justicia para la transición puestos en marcha en los procesos de paz es la de ser básicamente un instrumento de gestión de la delincuencia, en este caso, de la relacionada con la violación a los derechos humanos en el pasado reciente, característica de la que no escapa por supuesto el sistema que han construido mediante acuerdo el Gobierno y las FARC-EP.⁵⁴

El pensamiento penal tradicional, dominante en la cultura jurídica y política, que influye en la construcción de las respuestas institucionales y sociales, se centra en la delincuencia, en las teorías construidas para explicarla y en las políticas definidas para hacer frente al crimen. Los sistemas de justicia penal se convierten de esta forma en instrumentos de gestión teórica y empírica de la criminalidad. Empero, como lo veremos en los dos capítulos siguientes, existe otra manera de construir la realidad

53 *Ibidem*.

54 Véanse, entre otros, los acápite dedicados a la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, en particular los relacionados con su mandato y funciones; también la Unidad para la Búsqueda de las Personas Desaparecidas y la Jurisdicción para la Paz, en particular los ítems dedicados a los principios básicos, el otorgamiento de amnistías e indultos, el procedimiento y las sanciones, en <http://www.elheraldo.co/nacional/texto-completo-sobre-el-acuerdo-de-victimas-en-el-proceso-de-paz-233724>

social e institucional de este sistema de justicia que no se centra en la delincuencia y que lo hace más bien desde la convivencia.

No hay duda en que una de las razones que puede contribuir a explicar por qué la política hacia el pasado o las justicias transicionales puestas en marcha en América Central y en otros países no logran los propósitos que perseguían, guarda estrecha relación con la cultura punitiva y penal que experimentan nuestras sociedades.

No se trata solamente de la cultura de la ciudadanía para hacer frente al delito, sino también de la cultura de los expertos. La falta de creatividad e imaginación en nuestro imaginario punitivo insiste en una respuesta al pasado fundamentalmente de carácter penal tradicional.

La experiencia de otros países ha puesto en cuestión esta lógica penal. En algunos casos, como el de Ruanda, se ha administrado tan mal la justicia que los expertos se preguntan si son los procesamientos penales la vía adecuada para hacer justicia;⁵⁵ en Chile la respuesta al pasado no ha sido solo en clave penal.

Por su parte, los resultados del trabajo de búsqueda de niños desaparecidos como consecuencia del conflicto armado en El Salvador producto de investigaciones no penales, cuestionan la investigación penal clásica y ponen al descubierto el factor de impunidad que puede tener el castigo.⁵⁶

En Sudáfrica, si bien el trabajo de la Comisión de la Verdad y Reconciliación dio origen a una justicia distinta a la penal retributiva, que rompe la relación tradicional con el castigo y utiliza mecanismos de la justicia restaurativa, sigue centrada en la gestión de la criminalidad.

La justicia transicional, en todas sus expresiones conocidas, desde la tradicional, la restaurativa, la reparadora o la transformadora, son en el fondo propuestas de gestión de la delincuencia ocurrida durante el conflicto.

La experiencia también nos muestra que no se puede enfrentar el pasado de violencia sin dar inicio simultáneamente a un proceso de transformación del presente. El valor y la importancia del pasado son distintos cuando las sociedades toman todas las precauciones para reducir los riesgos de que aparezca la violencia de nuevo en el presente. La transición a una democracia mejor se produce precisamente cuando las políticas hacia el pasado afectan directamente el presente y las condiciones de vida de los habitantes de un país. La no transformación de la violencia en el presente

55 Barahona de Brito, A., Aguilar Fernández, P. y González Enríquez C. (eds.), *Las políticas hacia el pasado*, ob. cit., p. 41.

56 Pro-Búsqueda es una organización no gubernamental con sede en El Salvador encargada de investigar la desaparición forzada de niños producida durante el conflicto armado que vivió el país. Su trabajo, más que en la búsqueda del castigo, y sin prescindir de las exigencias de responsabilidad, se centra en la recuperación de los niños —hoy jóvenes— y en el reencuentro de las familias biológicas y adoptivas; véase www.probusqueda.org.

impide el desarrollo de una política hacia el pasado con capacidad para movilizar a la sociedad.⁵⁷

Resulta aconsejable que una política hacia el pasado vaya debidamente acompañada de un programa o una estrategia para reducir los riesgos de que aparezcan nuevas víctimas en el presente. Poco importa la naturaleza política o social de la violencia.

Una de las consecuencias de suscribir un acuerdo ciudadano para la convivencia, como hemos señalado antes, es el diseño y puesta en funcionamiento de un sistema de justicia penal de nuevo tipo. Y el tránsito de un sistema a otro constituye una excelente oportunidad tanto para hacer frente al pasado de violencia y criminalidad que han padecido las sociedades, como para dar inicio a la construcción de una nueva cultura jurídica comprometida con la convivencia.⁵⁸

El cambio del sistema de justicia, no solo es pertinente para enfrentar de forma diferente el pasado, sino también para evitar que la violencia y la impunidad vuelvan a estar presentes en la sociedad.

57 Los índices de violencia y de delincuencia en El Salvador y Guatemala después de los acuerdos de paz son de los más altos de América Latina; véase Rivera, S. (2014): *La construcción social del sistema penal. De la delincuencia a la convivencia*, Bogotá, Oikos.

58 El sistema de justicia transicional pactado en La Habana y el debate generado en torno a este acuerdo ponen en evidencia los límites y la pobreza de la cultura penal. Para Human Rights Watch, por ejemplo, se trata de una piñata de impunidades; según esta organización, cuatro temas del acuerdo son preocupantes: 1) las penas previstas no guardan proporcionalidad con la gravedad de los delitos; 2) los mandos superiores de la guerrilla y de las Fuerzas Armadas no podrían ser sancionados por los delitos cometidos por los subordinados a su cargo; 3) la participación en política de quienes hayan cometido crímenes atroces, y 4) la falta de imparcialidad e independencia de la justicia para la paz. Rodrigo Uprimny, por su parte, acepta las críticas, pero no el calificativo de piñata de impunidades. Véanse, entre otros, el pronunciamiento de Human Rights Watch sobre el acuerdo de justicia transicional en Colombia, disponible en <http://www.semana.com/nacion/articulo/jose-vivanco-critica-el-acuerdo-de-justicia-negociado-en-la-habana/454537-3>, y el artículo de Rodrigo Uprimny “¿Piñata de impunidad?”, publicado en *El Espectador* el 26 de diciembre de 2015, disponible en <http://www.elespectador.com/opinion/pinata-de-impunidad>

Capítulo II

LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DEL SISTEMA PENAL. DE LA DELINCUENCIA A LA CONVIVENCIA

Introducción

La criminalidad y el sistema de la justicia penal son temas que ocupan hoy un lugar central en la agenda política y académica de muchos países, particularmente en casi todos los de América Latina. En buena parte de los países de esta región, el crimen se ha convertido en uno de los problemas sociales más acuciantes, la reforma judicial está hoy al orden del día y el gasto público en justicia penal y seguridad ha aumentado de forma significativa.

Esta parte del trabajo tiene como propósito hacer una aproximación desde la perspectiva de la convivencia, producto de la integración entre teoría y experiencia, al estudio de la construcción social del sistema penal. Desde el punto de vista teórico, se trata de una perspectiva multidisciplinaria que intenta articular diversos paradigmas; el paradigma teórico del socioconstructivismo producido en los campos de la sociología y la criminología crítica; el del derecho como sistema de garantías que se ha elaborado tanto desde la teoría jurídica en general como desde el derecho penal, y el del Estado de bienestar que se ha construido desde la economía política, la economía pública y la economía analítica del bienestar. Bajo el punto de vista empírico, es resultado de la experiencia alcanzada en varios programas de reforma a la justicia penal en América Latina, sobre todo de los puestos en marcha en el marco de los procesos de paz en América Central.

Si bien se trata de un ejercicio altamente complejo, hemos hecho todos los esfuerzos posibles por utilizar un lenguaje que, sin perder el rigor de las disciplinas involucradas, sea comprensible a expertos, autoridades y público en general.

La perspectiva socioconstructivista formulada para el análisis de los fenómenos sociales, utilizada por la criminología crítica en el estudio del sistema penal y aplicada en las investigaciones teóricas y empíricas relacionadas con el Estado de bienestar, parte de considerar que la realidad social es una construcción producto de la interacción de los distintos integrantes de una sociedad. El sistema jurídico, el sistema

penal y sus instituciones son también construcciones sociales, no hay nada de natural en los sistemas sociales y judiciales.

Asumir la realidad social como una construcción significa, entre otras cosas, reconocer que no es posible utilizar acríticamente los patrones y métodos de las ciencias naturales para el análisis de los problemas sociales, que no son científicamente válidas las explicaciones causales de fenómenos contruidos socialmente y/o definidos normativamente como el delito. El socioconstructivismo, en lugar de dar una explicación causal, propone estudiar las formas como se produce la interacción de los actores sociales, los instrumentos que utilizan y los espacios donde esta interacción se realiza.

La construcción social de los sistemas penales tradicionales se fundamenta tanto en una explicación causal de la criminalidad como en una interacción social e institucional fuertemente influenciada o determinada por la naturaleza socialmente negativa que tiene el delito.

En contraposición a esta forma de construir la realidad social del sistema penal (explicación causal del delito e interacción social negativa), existe una pequeña experiencia, si se estima cuantitativamente, pero de gran significación si se le hace cualitativamente, que tiene que ver con la forma como el Estado de bienestar ha construido la respuesta a la delincuencia y organizado el sistema penal, experiencia para cuyo caso poco importa la explicación causal de la criminalidad, lo fundamental está en la interacción de los actores sociales generada a partir de hechos positivos como la convivencia, en lugar de negativos como la delincuencia.

No es que la experiencia del Estado de bienestar en términos de justicia penal sea producto de una concepción teórica particular sobre la criminalidad, es más bien que la convivencia alcanzada en su seno nos está llevando a construir otra aproximación teórica a la criminalidad y su sistema de justicia. Como se sabe, en materia penal y criminológica, en el Estado de bienestar han coexistido la perspectiva causal, el abolicionismo penal, el derecho penal mínimo y el nuevo realismo, para citar solo algunas de las expresiones más importantes.

También es oportuno advertir que si bien se trata de una experiencia producida en el ámbito del Estado de bienestar, no hay un solo modelo o régimen de bienestar. Y que al que nos referimos es aquel que ha construido políticas públicas para la protección de la familia, pues tales políticas como hemos expuesto en otros trabajos y en otros apartados de este, permite que una sociedad transite de gestionar problemas a ocuparse de los riesgos sociales. Dicho esto, conviene igualmente advertir, que no es que el Estado de bienestar convierta los problemas sociales, en este caso la delincuencia, en un riesgo probabilístico como lo propone la criminología administrativa o actuarial, al contrario, parte de no reconocer la existencia de problemas sociales, sólo trata como tales aquellos que surjan después de haber puesto en marcha los

instrumentos técnicos correspondientes para identificar, seleccionar y gestionar tanto los riesgos sociales como los conflictos potenciales.

Por su parte, las políticas públicas de protección de la familia no tuvieron en sus orígenes nada que ver con la convivencia, ni con la gestión de riesgos sociales, existieron simultáneamente con una perspectiva causal de los problemas sociales y de la criminalidad. Es la experiencia del Estado de bienestar la que está produciendo, o demandando, otro desarrollo teórico.

En definitiva, como ya lo hemos señalado, existen por lo menos dos formas de construir la realidad social; una que gestiona problemas y otra que gestiona riesgos sociales. Dos formas también de construir la realidad social del sistema de justicia penal; una que lo hace desde la delincuencia y otra que se centra en la convivencia.

Cada una de estas dos formas de construir la realidad social del sistema penal tiene consecuencias sobre la vida de las personas, los niveles de convivencia, la organización de la justicia penal y el gasto público. A cada una se corresponde un lenguaje, un discurso teórico, un instrumental técnico y sus propias disciplinas.

En definitiva existen, como veremos, por lo menos dos formas de construir la realidad social del sistema penal: una, que parte de fenómenos negativos como la delincuencia, y otra que lo hace a partir de uno positivo como la convivencia. Conviene tener en cuenta que el tránsito del estudio de los factores negativos a los positivos es también una preocupación de las ciencias sociales y humanas contemporáneas, lo hace la sociología cuando pasa del estudio de la violencia al de la paz; en el ámbito de la psicología ha aparecido recientemente la denominada psicología positiva, que propone pasar del estudio de las enfermedades mentales y su causalidad al de los factores positivos que posibilitan el bienestar y la salud mental de los seres humanos.

La mayoría de los sistemas penales, en particular los latinoamericanos, han sido contruidos a partir de explicaciones causales de un fenómeno socialmente negativo como el delito. Una mirada retrospectiva sobre el Estado de bienestar y su experiencia propone transitar precisamente de la delincuencia a la convivencia.

En efecto, el Estado de bienestar, con la definición de políticas públicas para la convivencia, representa también, como veremos, una alternativa para la organización de la justicia criminal. La convivencia constituye una forma positiva de construir la realidad social del sistema penal y de superar el paradigma causal en la explicación del delito, con efectos altamente significativos en materia de organización institucional, en la cultura jurídica y social, así como en la reducción del gasto público en justicia penal.

Presentamos también aquí, de manera resumida, las teorías que se han construido para explicar la criminalidad, las cuales han sido agrupadas con atención al paradigma

teórico que representen. En primer lugar, nos ocupamos del paradigma etiológico o causal explicativo; se incluyen aquí todas las teorías que explican la criminalidad desde una perspectiva causal, empezando por la criminología positivista, la sociología del delito, y por las aproximaciones que a partir de la economía se han elaborado. Luego se presentan las teorías que se hallan dentro del paradigma de la definición, esto es, de aquellas escuelas de pensamiento que entienden la criminalidad como el resultado de un proceso de definición, entre las que destacamos la teoría del labelling approach y la criminología crítica. Posteriormente, se presenta un breve resumen de la política criminal de las principales escuelas del pensamiento criminológico; luego nos encargamos de presentar la racionalidad propia del Estado de bienestar que transita precisamente de la delincuencia a la convivencia, y, por último, intentamos caracterizar las particularidades que ha asumido el proceso de construcción social e institucional del sistema penal en Colombia.

En definitiva, tratamos de presentar los elementos fundamentales de al menos dos tipos de racionalidades que se utilizan para hacer frente a temas como la criminalidad y las reformas judiciales, de las dos formas como se construye la realidad social del sistema penal: una de carácter negativo centrada en la delincuencia, y otra de naturaleza positiva centrada en la convivencia. Se muestran aquí sus principales características y sus resultados prácticos, sus efectos sobre la vida cotidiana de las personas, la organización del sistema penal y el gasto público, de manera que puedan constituir un punto de referencia o de análisis útil tanto a la construcción de programas de reforma a la justicia de nuevo tipo como a la búsqueda de mejores niveles de convivencia.

Esperamos que las ideas, teorías, argumentos y datos presentados en este capítulo puedan contribuir al debate social necesario para avanzar en la búsqueda de mejores niveles de convivencia y a la construcción de un sistema jurídico e institucional que la promueva, desarrolle y proteja; en particular, al diseño y puesta en marcha de un nuevo sistema de justicia transicional para Colombia.

El sistema penal

Como señala Sandoval Huertas,¹ con la expresión “sistema penal” se hace referencia al conjunto de instituciones estatales, y a sus actividades, que intervienen en los procesos de creación y aplicación de normas penales.

El derecho penal es una técnica de definición, comprobación y represión de las conductas que una sociedad considera como socialmente negativas o desviadas.² El

1 Sandoval Huertas, E. (1985), *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis, pp. 5-20.

2 Sobre los tres aspectos relevantes del proceso de creación de normas penales puede consultarse: Ferrajoli,

sistema penal se concreta en restricciones y constricciones sobre las personas. Las restricciones son tres: el delito, la pena y el proceso. Temas que han constituido desde Francesco Carrara³ hasta nuestros días, el objeto propio de la ciencia penal toda vez que su tarea central es evitar que se haga un mal uso de la prohibición, la represión y el juicio, y que la autoridad se transforme en tiranía.

No hay duda en que la definición o prohibición por ley de los comportamientos desviados constituye una limitación a la libertad de acción de todas las personas. Como delitos o contravenciones aparecen tradicionalmente definidas las conductas penalmente prohibidas.

El procedimiento penal, esto es, el sometimiento coactivo a juicio, constituye la segunda restricción a la libertad de las personas que supone el derecho penal. La respuesta a las preguntas cuándo y cómo juzgar que consagra todo procedimiento penal no es para nada un asunto simple. Un procedimiento penal es el conjunto de mecanismos a través de los cuales el Estado ejerce su potestad punitiva.

La tercera restricción consiste precisamente en la represión y castigo de todos aquellos a quienes se juzguen culpables de la comisión de un delito o una contravención. La pena deberá consistir siempre en la privación de un derecho sufrida pasivamente. Dada la gravedad que supone, la pena siempre debe estar definida en la ley y ser impuesta por un juez con el cumplimiento de las formalidades y garantías propias del proceso penal.

El análisis y la crítica de un sistema penal comprende entonces el estudio de la forma como se produce la interacción social e institucional tanto al momento de crear las normas penales como al de aplicarlas.

No debemos olvidar, de acuerdo con Ferrajoli,⁴ que la tarea fundamental del sistema penal es contribuir a la reducción de la violencia en la sociedad, la existencia del derecho penal se justifica como el último recurso de que dispone esta para hacer frente a sus conflictos sociales.

L. (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, pp. 209-321; Sandoval Huertas, E. *Sistema penal y criminología crítica*, ob. cit., pp. 15-37; Bustos Ramírez, J. (1984), *Manual de derecho penal. Parte General*, Barcelona, Ariel, y Carrara, F. (1956), *Programa de derecho criminal. Parte general*, dos tomos, Bogotá, Temis.

3 Delito, pena y juicio son los tres elementos fundamentales del derecho penal según Francesco Carrara (1956), *Programa de derecho criminal. Parte general*, vol. I, Bogotá, Temis, pp. 3 y ss.

4 Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., pp. 209-624; Bustos Ramírez, J., *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit.

Las teorías sobre la criminalidad

La criminología es la disciplina que se encarga de estudiar la criminalidad. A continuación presentaremos un breve resumen de las distintas interpretaciones que sobre el delito se han ido produciendo en el ámbito académico.⁵ Nos ocuparemos por tanto de la criminología positivista y de la criminología liberal, de las teorías económicas sobre el delito y de otras teorías criminológicas portadoras por excelencia del denominado paradigma causal explicativo de la criminalidad. Luego haremos una breve presentación del *labelling approach* y de la criminología crítica, representantes del nuevo paradigma de la definición, para posteriormente ocuparnos, de forma resumida, en las principales características de la política criminal de las más destacadas escuelas del pensamiento criminológico. Además de presentar el desarrollo teórico, también nos encargaremos de describir brevemente los estudios recientes que se han ocupado de explicar este fenómeno social, y por último se mencionan los aportes que en este ámbito realiza el Estado de bienestar, perspectiva que hemos denominado paradigma de la convivencia.

El paradigma etiológico

En el paradigma etiológico o causal explicativo se incluyen las teorías criminológicas que han intentado explicar la delincuencia a partir de sus causas, sean estas de naturaleza individual o social. Nos ocuparemos aquí de la denominada criminología tradicional y de las teorías económicas sobre el delito y la criminalidad.

La criminología tradicional

En el siglo XVIII se dieron los primeros planteamientos sobre el estudio del delito. En el periodo de la Ilustración con su apuesta por la razón, la ley natural y los derechos Naturales, se crearon las bases del Estado y la organización de la sociedad moderna. La idea y concepto teórico del contrato social orienta y fundamenta el pensamiento iluminista sobre la criminalidad; según esta perspectiva, en virtud del consenso que suponía el contrato los seres humanos renunciaban a parte de su libertad individual para ganar libertad civil y organizar la sociedad por medio de la promulgación de leyes que regularan la convivencia. El comportamiento criminal es entendido como la ruptura del contrato social, y el castigo como la respuesta legítima

5 El pensamiento criminológico puede ser consultado, entre otros, en los siguientes trabajos: Baratta, A. (2006), *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI; Bergalli, R. y Bustos, J. (1983), *El pensamiento criminológico I*, Barcelona, Península; Hulsman, L. y Bernat de Celis, J. (1984), *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona; Larrauri, E. (1992), *La herencia de la criminología crítica*, Madrid, Siglo XXI.

del Estado a los infractores de la ley y del contrato; de este modo, el fenómeno de la criminalidad aparece claramente vinculado al concepto de Estado, y es en este contexto que surge Beccaria con su obra *De los delitos y las penas*, que constituye, sin duda, un tratado sobre el delito, el castigo y la legitimidad del Estado para definir uno e imponer el otro.⁶

Pero fue el positivismo del siglo XIX el que intentó hacer un abordaje teórico profundo al tema de la criminalidad. La aplicación de las leyes de la naturaleza —entendidas como invariables— a los fenómenos sociales y la búsqueda de la explicación causal constituyen dos de los elementos centrales del pensamiento positivista. El delito deviene en un fenómeno natural, como el nacimiento o la muerte, determinado por causas biológicas de naturaleza generalmente hereditaria. Causas hereditarias, psicológicas y sociales favorecen la producción del comportamiento criminal.⁷ Nace así lo que pasará a denominarse paradigma etiológico de la criminalidad, que como se podrá apreciar, permanece vigente hasta nuestros días.

En sus orígenes el esfuerzo de la criminología, tal y como afirma Baratta, estuvo dirigido a identificar las causas biológicas y psicológicas que podrían diferenciar a los individuos normales de los sujetos criminales. Se trataba de un proyecto teórico y práctico para individualizar las señales antropológicas de la criminalidad, a partir de la observación de los individuos privados de libertad en la cárcel y en los manicomios judiciales. Su objeto de estudio, por tanto, no era el delito considerado como concepto jurídico, sino el delincuente como individuo particularmente diferente, objeto de observación clínica.⁸

La criminología, entonces, tiene como función específica, teórica y empírica individualizar las causas de esta diversidad, los factores que determinan el comportamiento criminal, para combatirlos con una serie de medidas que tienden, sobre todo, a modificar al hombre que delinque.

En contraposición a esta antropología criminal surge, a partir de los años treinta en Estados Unidos, la denominada sociología criminal, que desplaza el estudio de los factores biológicos, psicológicos y antropológicos hacia los sociales. Falta de educación, trabajo, desintegración de la familia, procesos de urbanización, etc., constituyen el ejemplo de un sinnúmero de causas sociales que intentan explicar la criminalidad. Con la aparición del recurso a la estadística se desarrolla la sociología del delito.

6 Beccaria, C. (1983), *De los delitos y de las penas*, Barcelona, Bruguera.

7 Pueden verse, entre otros, los trabajos de Lombroso, C. (1902), *El delito. Sus causas y remedios*, Madrid, Ediciones Victoriano Suárez, y Garofalo, R. (1912), *La criminología*, Madrid, Editorial Daniel Jorro.

8 Baratta, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, ob. cit., pp. 21-34.

La literatura especializada reconoce que es a partir de la obra de Durkheim⁹ que los enfoques sociológicos sobre el delito desplazan, en Estados Unidos, a los biológicos y antropológicos. Los estudios realizados ya no se centran en la determinación biológica y social de la delincuencia, sino que esta se entiende fundamentalmente como la no aceptación de la organización social. La escuela de Chicago, la teoría de las subculturas criminales, el pensamiento estructural funcionalista, la teoría de la asociación diferencial, o la corriente del interaccionismo simbólico, son parte o expresión de esa nueva, para entonces, sociología criminal o sociología de la desviación.¹⁰

Para la escuela de Chicago la sociología debería referirse tanto a las leyes de la naturaleza como a los enunciados generales sobre los seres humanos y sus sociedades. En materia criminológica se considera que su contribución más importante es la formulación llamada teoría de la ecología social, que intenta explicar el delito a partir de las relaciones que se crean entre los individuos y su medio ambiente. La ruptura o el debilitamiento de ciertos vínculos que mantenían unidos a los grupos con su entorno se convierten en factores explicativos de la criminalidad. Aparecieron muchos estudios sobre las bandas de delincuentes en la Chicago de los años veinte, con reflexiones acerca de los condicionantes ecológicos que inciden sobre el incremento de la delincuencia, tales como la proximidad o la lejanía de las zonas industriales, el tamaño de las ciudades, la densidad de población, etcétera.

Luego surgió, también en Estados Unidos, la llamada teoría de la asociación diferencial, fundamentada en teorías del aprendizaje de corte evidentemente psicológico. Para esta perspectiva, el comportamiento criminal, la manera de proceder de la persona que delinque, es producto del aprendizaje, de la transmisión social de motivaciones, impulsos, racionalizaciones y actitudes, como de las propias técnicas del crimen.

Posteriormente se desarrolló la teoría de las subculturas criminales.¹¹ La noción central de esta teoría es, obviamente, el concepto de subcultura y su relación con la cultura dominante. Fue a partir de la segunda posguerra mundial cuando el uso del concepto de subcultura se generalizó en el ámbito de la sociología. Cohen empezó a desarrollar el concepto en investigaciones sobre jóvenes delincuentes; según este autor, la actividad delictiva derivaría de la frustración social que se produce entre

9 Durkheim, E. (1988), *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales*, Madrid, Alianza.

10 La teoría de la anomia, y también en cierta medida las teorías subculturales, señala Elena Larrauri, se basaban en la corriente sociológica funcionalista desarrollada por Parsons. Véase Larrauri, E., *La herencia de la criminología crítica*, ob. cit., p. 2.

11 Uno de los autores más importantes de las teorías subculturales es Albert Cohen (1955). El presupuesto común de estas teorías consiste en que la delincuencia es una respuesta a los problemas creados por la estructura social.

las clases sociales como consecuencia de la distancia existente entre los medios de que dispone cada clase para alcanzar los fines o valores sociales. El joven de baja condición socioeconómica utilizaría comportamientos agresivos y vandálicos con la finalidad de obtener las metas sociales.

Aproximaciones desde la economía al estudio del delito

La teoría económica del delito construida a partir de las aportaciones de Becker y Erlich¹² interpreta al criminal como un agente racional que compara los costos y los beneficios esperados que le puede reportar la comisión de un delito. Si el costo probable que resulta de ser detectado, investigado, juzgado y sancionado es menor al beneficio que el acto le puede reportar, entonces es muy probable que el agente incurra en dicho acto, porque en términos económicos el acto es rentable.

Según esta teoría, los potenciales infractores de la ley penal valoran los beneficios y costos esperados de cursos de acción alternativos, en un proceso de elección racional en condiciones de incertidumbre. Esta perspectiva ha permitido avanzar en la comprensión de diversas actividades delictivas que tienen un móvil de lucro económico. Sobre todo ha destacado que los infractores a la ley en muchos casos son agentes racionales y calculadores que hacen todas las previsiones necesarias para minimizar los costos y aumentar los beneficios, es decir, para minimizar la probabilidad de ser detectado, investigado, juzgado y sancionado.

Diversos análisis conceptuales y empíricos se han ocupado de caracterizar a los criminales exitosos, a quienes identifican como el resultado de combinar tres elementos que varían en función del tipo de delito a ejecutar. Estos elementos son: 1) los deseos de cometer delito; 2) el conocimiento técnico asociado a cada delito específico, y 3) el control emocional requerido para sortear correctamente todas las situaciones de exposición penal y social.

Estos elementos también se encuentran en los individuos que cometen actos de corrupción. Los agentes que se encuentren en posiciones privilegiadas y que sean muy racionales y calculadores podrán imponer graves distorsiones en términos de bienestar social.

La tarea del Estado, en consecuencia, consiste en aumentar la capacidad para detectar, investigar, juzgar y sancionar a quienes incurran en dichos actos. Según esta perspectiva, un fortalecimiento de la capacidad operativa del Estado puede contribuir a la disminución de la comisión de delitos.

12 Ver Becker, G. S. (1974), *Crime and punishment: an economic approach*, en Becker, G. S. y Landes, W. M. (cords.), *Essays in the economic of crimen and punishment*, Nueva York, Columbia University Press, y Erlich, I. (1973), "Participation in illegitimate activities: a theoretical and empirical investigation", *Journal of Political Economy*, núm. 81, pp. 521-567.

Por otro lado, Brennan,¹³ tomando como base el análisis económico de la revolución desarrollado por Tullock, supone que el principal motivo para modificar o violentar el orden social es mejorar la situación personal en la distribución de la renta, y señala que un individuo iniciará acciones revolucionarias o más generalmente delictivas, si, y solo si, su renta esperada excede a su renta actual. Como la primera depende de la probabilidad de éxito de la renta mayor que uno tendría tras la acción, y de la renta —mucho más baja— con la se quedaría si su acción fracasase, las posibles acciones para desincentivarle en la comisión del delito o de adherirse a la revolución tratarán de afectar estas variables.

En consecuencia, puede hablarse de políticas de apaciguamiento que tratan de aumentar la renta actual para elevar el costo de oportunidad del delito, de políticas de represión que tienen por objeto disminuir la probabilidad de éxito y de políticas de amenaza dirigidas a reducir la renta final si la acción delictiva fracasa.

La actuación de las instituciones del sistema de justicia criminal, jueces, policías, prisiones, constituyen los parámetros que modifican los costos directos del delito, mientras que las políticas de prevención contienen los que afectan a las condiciones económicas y costos de oportunidad del delito.

La relación entre pobreza y marginación, por un lado, y delincuencia, violencia y conflicto social, por el otro, es según Brennan¹⁴ la base sobre la que se justifica el efecto apaciguador que puedan desempeñar las transferencias sociales.

Alesina y Perroti¹⁵ sostienen que una distribución desigual y polarizada de la renta enrarece el clima de relaciones laborales, crea incentivos para la delincuencia y la subversión del orden social, así como desestabiliza la situación política; todo ello afecta negativamente la productividad de la economía al crear amenazas para los derechos de propiedad.

Muñoz de Bustillo¹⁶ sostiene, en un trabajo realizado en el 2007 con el propósito de analizar la relación entre desigualdad y delincuencia en España, que desde el punto de vista teórico existe cierto consenso en aceptar la desigualdad como una variable explicativa de la criminalidad. Más recientemente, Wilkinson y Pickett¹⁷ afirman que

13 Citado por Bandrés Moliné, E. y García Delgado, J. L., “Estado de bienestar y conflicto social”, en Muñoz, S. et al., *Las estructuras del bienestar en Europa*, ob. cit., pp. 279-289.

14 *Ibidem*.

15 Alesina, A. y Perotti, R. (1996), “Income distribution, political instability, and investment”, *European Economic Review*, núm. 40, pp. 1203-1328.

16 Muñoz de Bustillo, R. (2007), *Desigualdad y delincuencia: una aplicación para España*, Madrid, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

17 Wilkinson, R. y Pickett, K. (2009), *Desigualdad: un análisis de la (in)felicidad colectiva*, Madrid, Turner.

desigualdad es violencia estructural y que es demostrable la alta relación entre estas dos variables.

La economía se ha ocupado también del estudio de las instituciones y de la justicia. Para algunas teorías económicas de las instituciones, el no funcionamiento de la justicia penal es expresión de la debilidad institucional, del bajo cumplimiento de los postulados normativos y de elevados costos de transacción, y por tanto, es necesario implantar un sistema de Estado de derecho a través de jueces independientes, con capacidad para imponer sanciones efectivas y disuasorias; solo de esta manera puede existir la seguridad en los derechos —particularmente los de propiedad— y la eficiencia del mercado que se requiere para el desarrollo.

La estrategia no cooperadora de los ciudadanos resulta más atrayente cuando los potenciales retornos de la incursión en el delito son altos, es decir, cuando las instituciones encargadas de administrar esos conflictos son débiles. Por lo tanto, los conflictos sociales y las instituciones interactúan para determinar el desempeño económico. Las instituciones, que son las que administran los conflictos distributivos al adjudicar los recursos dentro de un marco de reglas y procedimientos preestablecidos, desempeñan un papel fundamental en esta explicación.

Conviene advertir que todas estas teorías económicas sobre el delito y las instituciones siguen dominadas o afectadas por el paradigma causal explicativo de la criminalidad, también las explicaciones que ofrece Levitt¹⁸ en su libro *Freakonomics* son de naturaleza causal. No ha sido posible, de momento, identificar una teoría económica construida sobre la base de los cuestionamientos que la criminología crítica hace del paradigma etiológico.

El paradigma de la definición

La criminología crítica pone en duda el paradigma causal explicativo, pues según esta perspectiva, el delito carece de naturaleza ontológica; no es un fenómeno natural, sino el resultado de un proceso de definición.¹⁹ En consecuencia, científica y epistemológicamente resulta inadmisibles la pretensión de indagar las causas de un fenómeno definido por medio de selecciones normativas, convencionales, institucionales o sociales, como lo es la criminalidad. La criminología entonces, como lo afirma Sandoval Huertas,

18 Una de las hipótesis explicativas de la reducción de la criminalidad que presenta este autor tiene que ver con la disminución de los embarazos que se produjo años atrás. Véase Levitt, S. y Dubner, S., (2006), *Freakonomics* [un economista políticamente incorrecto explora el lado oculto de lo que nos afecta], Barcelona, Ediciones B.

19 Baratta, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, ob. cit.

antes que en las imprecisas especulaciones sobre el origen de la criminalidad en cuanto supuesta calidad de ciertas conductas, ha de concentrarse más bien en los análisis de los procesos de criminalización, esto es, en examinar cómo y sobre todo por qué ciertas personas y sus comportamientos llegan a ser considerados como delito y delincuentes en tanto que otros no son objeto de esa calificación.²⁰

La nueva criminología surge de la contribución que la llamada teoría del labelling approach hace respecto del estudio de la criminalidad.²¹ Para esta propuesta teórica es imposible comprender la delincuencia si no se estudia la acción del sistema penal que la define y que reacciona contra ella, comenzando por las normas abstractas hasta llegar a la acción de las instancias oficiales, policías, jueces, fiscales, e instituciones penitenciarias que la aplican. La criminología anterior pide prestado al derecho y a los juristas sus definiciones del comportamiento criminal y estudian este comportamiento como si su cualidad criminal existiese objetivamente independiente de las definiciones.

El problema de la definición se plantea en tres planos diferentes que no pueden ser confundidos ni reducidos a uno solo si se quiere apreciar en todo su alcance la alternativa que supone la nueva criminología.

En primer lugar, se trata de un problema concerniente a la validez de las definiciones que las ciencias jurídicas o las sociales nos proporcionan del crimen y del criminal, así como de la competencia de la ciencia jurídica o de la social para dar una definición que pueda servir de apoyo para una teoría del sistema penal.

En segundo lugar, representa un problema de naturaleza sociopolítica del fenómeno por el cual, en una sociedad dada, ciertos individuos pertenecientes a ciertos grupos sociales y que representan ciertas instituciones son dotados de poder de definición, es decir, del poder de establecer qué delitos deben ser perseguidos —poder de establecer las normas penales— y establecer qué personas deben ser perseguidas (poder de aplicar las normas penales).

Y en tercer lugar, supone conocer los efectos que la aplicación de una definición de criminal a ciertos individuos tiene sobre el comportamiento posterior de estos, en tanto puede contribuir al desarrollo de una carrera criminal.

La moderna criminología parte de una premisa de la etnometodología según la cual la sociedad no es una realidad que pueda ser conocida en el plano objetivo, sino como producto de una construcción social, obtenida gracias a un proceso de

20 Sandoval Huertas, E., *Sistema penal y criminología crítica*, ob. cit.

21 Ver Baratta, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, ob. cit., pp. 57-85, y Larrauri, E., *La berencia de la criminología crítica*, ob. cit., pp. 25-38.

definiciones y de tipificaciones por parte de individuos y grupos diversos.²² En esta perspectiva criminológica las posibilidades de ser seleccionado para formar parte de la población criminal aparecen de hecho concentradas en los niveles más bajos de la escala social. La posición precaria en el mercado de trabajo —desocupación, subocupación, carencia de calificación profesional— y defectos de socialización familiar y escolar que son característicos de quienes pertenecen a los niveles sociales más bajos y que la criminología tradicional se refiere a ellos como las causas de la criminalidad, revelan ser más bien connotaciones sobre cuya base los estatus de criminal son atribuidos.

Estudios recientes

Dos son las características principales que presentan los estudios recientes sobre la criminalidad. La primera tiene que ver con el reconocimiento de los costos económicos que la delincuencia tiene para una sociedad, y la segunda, con una suerte de explicación multicausal del fenómeno criminal. En efecto, la mayoría de estos estudios, tanto los realizados por organismos internacionales (Banco Mundial y Naciones Unidas), como por gobiernos y expertos independientes, cuantifican los efectos negativos que para el desarrollo de un país produce el delito, y consideran la delincuencia un problema complejo explicado a partir de múltiples causas.²³

Los conflictos armados, la pobreza, el urbanismo, la precariedad en las condiciones socioeconómicas, la desigualdad, la impunidad, el crimen organizado, la existencia de factores culturales, la aceptación cultural de la violencia, problemas de convivencia, el funcionamiento del sistema penal, la ausencia del Estado de derecho, la proliferación de armas y la cultura de la ilegalidad, son los factores, que según estos estudios, contribuyen a explicar los niveles de violencia de un país. También se afirma que la violencia se explica por la existencia de una práctica social y una estructura institucional caracterizada por comportamientos autoritarios; vida familiar desintegrada y severamente marcada por relaciones de dominio, desajuste, y pérdida de la estabilidad social y económica.

Para los economistas la variable causal de mayor importancia es la desigualdad de ingreso. Muñoz de Bustillo²⁴ en su estudio sobre la situación en España reconoce que en la literatura teórica producida sobre el tema y que él revisó para su trabajo,

22 Berger, P. y Luckman, T. (1968), *La construcción social de la realidad*, Madrid, Amorrortu-Munguía, pp. 87-90.

23 Un resumen de los principales análisis realizados en América Latina puede consultarse en el estudio que sobre la impunidad en Colombia realizaron la Unión Europea y el Ministerio de Justicia. Véase Rivera, S., “Racionalidades para hacer frente a la impunidad”, en Barreto, L. H. y Rivera, S. (2009), *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*, Bogotá, Unión Europea-Ministerio de Justicia, pp. 344-348.

24 Muñoz de Bustillo, R., *Desigualdad y delincuencia: una aplicación para España*, ob. cit.

existe una suerte de consenso en aceptar la relación entre desigualdad y delincuencia. En el ámbito empírico, luego de establecer una serie de contrastes entre las investigaciones que sobre el tema se han llevado a cabo en Rusia, Alemania, Sudáfrica, Estados Unidos, Italia, Inglaterra, Suecia, Japón y Francia, entre otros, concluye que para la mayoría de estos trabajos también hay un nexo causal entre desigualdad y criminalidad; empero, en el caso de España, dice, no fue posible llegar a resultados robustos sobre esta relación.

Para Wilkinson y Pickett²⁵ las tasas de homicidio están relacionadas con la desigualdad de la renta. Y la elevada tasa de población reclusa de las sociedades más desiguales parece ser la consecuencia de un sistema penal más punitivo; las sociedades con espíritu punitivo gastan menos dinero en el bienestar de los ciudadanos e invierten en cambio en los sistemas judiciales y penales.

Si bien teóricamente, como hemos visto, ha sido cuestionado el paradigma causal, la multicausalidad contribuye a su cuestionamiento desde una perspectiva empírica. No existe prueba de programa o política alguna para hacer frente a la naturaleza multicausal del fenómeno, como tampoco resultados para valorar. El diseño y puesta en marcha de operaciones de este tipo no es fácil y su financiación tampoco. Aun admitiendo la perspectiva en lógica teórica, los problemas prácticos y financieros que trae consigo poner en marcha iniciativas de esta naturaleza, no solo no permite hacer aportes a la explicación de la criminalidad desde el punto de vista teórico, sino que contribuye a la resignación de los actores sociales e institucionales, a que la violencia y la criminalidad se vuelvan normales para la sociedad, a reducir la actuación institucional a la gestión de la problemática, a limitar el desarrollo y construcción de nuevas herramientas de trabajo; en definitiva, a la parálisis de la acción.²⁶

Política criminal y pensamiento criminológico

Desde Von Liszt, pasando por Jiménez de Asúa, Zifp, Bergalli, Zaffaroni, Baratta, Bustos Ramírez, el concepto de política criminal se utiliza para referirse a la política estatal frente al crimen.²⁷ La polémica de los autores que se ocuparon del tema guarda

25 Wilkinson, R. y Pickett, K., *Desigualdad: un análisis de la (in)felicidad colectiva*, ob. cit., pp. 153-169.

26 Véase Rivera, S., “Racionalidades para hacer frente a la impunidad”, en Barreto, L. H. y Rivera, S. (2009), *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*, Bogotá, Unión Europea-Ministerio de Justicia, p. 305.

27 Ver Von Liszt, F. (1995), *La idea del fin en el derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo de 1882*, Granada, Comares; Jiménez de Asúa, L. (1965), *Tratado de derecho penal*, vol. I., Buenos Aires; Baratta, A., “La política criminal y el derecho penal de la Constitución. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales”, *Nueva Doctrina Penal*, tomo 1999/B; Zipf, H. (1980), *Introducción a la política criminal*, Madrid, Edersa; Zaffaroni, E. R. (1983), *Tratado de derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar. Un extraordinario resumen y análisis actual sobre el particular puede consultarse en el trabajo de Rivera Viras, I. (2005), *Política*

más bien relación con los contenidos que dicha disciplina debiese tener. Hubo, por ejemplo, una amplia discusión para ver si la política criminal contenía o no la represión y la prevención de los delitos, si incluía como tarea o no la crítica al funcionamiento del sistema penal; también hubo polémica en torno al carácter científico de la disciplina, esto es, respecto de su condición de ciencia autónoma o incorporada en un modelo integral de ciencias penales. Para otros, política criminal es el arte de seleccionar los bienes jurídicos que deben tutelarse penalmente y los métodos para efectivizar dicha tutela. Objeto, fuentes, método y autonomía constituyeron los temas de discusión de los expertos, sin embargo en casi todas las escuelas de pensamiento penal y criminológico: la escuela Clásica, la escuela Positiva, la Terza scuola, la escuela de Marburgo, el minimalismo penal y el nuevo realismo, la característica fundamental de la política criminal es ocuparse de un fenómeno socialmente negativo, unas veces explicado de forma causal y otras como un asunto de definición.

Baratta, en un momento de su producción científica, advierte el carácter negativo que tiene la disciplina y la problemática que tal condición supone. En la protección de los derechos humanos, dice Baratta, el derecho penal tan solo, y en el mejor de los casos, puede desempeñar un papel mínimo, pero no alcanza a proponer públicamente una forma de construir el sistema penal que trascienda su carácter negativo.²⁸ Curiosamente es la perspectiva abolicionista, a mi juicio, aunque su propósito sea la abolición del derecho penal, la que invita a construir una nueva forma de abordar el sistema penal. La polémica entre abolicionistas y defensores del derecho penal dejó, entre otros resultados, dos enseñanzas altamente significativas. La primera tiene que ver con la tarea teórica que asumieron los penalistas para responder al ¿por qué justificar la existencia del derecho penal? La segunda, aunque no ha ocupado el mismo lugar que la primera, pero de igual relevancia, guarda relación con la respuesta a ¿cuál es la experiencia con el sistema penal de las sociedades que se han permitido formular, considerar o debatir su posible abolición? De todo ese extraordinario ejercicio teórico de respuesta a la primera cuestión, para los propósitos de este trabajo conviene destacar el carácter de mínimo y de último recurso que tiene el derecho penal que se justifica. En el caso de la segunda, lo más importante para nosotros es

criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas, Barcelona, Anthropos.

28 Baratta, A., “La política criminal y el derecho penal de la Constitución. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales”, *Nueva Doctrina Penal*, tomo 1999/B. También su trabajo “Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)” (1987), *Doctrina Penal*, núm. 40, pp. 623-650.

resaltar la organización de un sistema penal basado en la convivencia más que en la delincuencia misma.²⁹

Del estudio de la delincuencia al estudio de la convivencia

Tanto teórica como empíricamente se ha puesto en cuestión el paradigma etiológico o causal explicativo de la criminalidad. Cuando la criminología crítica propone abandonar tal paradigma, implícitamente sugiere incursionar en otras formas de estudiar la delincuencia y su sistema de control.³⁰

Para el socioconstructivismo la realidad social es una construcción, no constituye un fenómeno natural, ni existe como un dato objetivo, sino que es el resultado de uno o múltiples procesos de definiciones y tipificaciones realizados por la diversidad de individuos y grupos presentes en una sociedad. La realidad del sistema penal ha sido construida a partir de un fenómeno socialmente negativo como el delito. Es esta forma de construcción la que explica en gran medida, a nuestro juicio, la crisis teórica y empírica que casi permanentemente ha padecido la justicia penal. El tercer momento de la criminología, todavía en construcción, y del cual la perspectiva asumida en este trabajo representa también una contribución, parte del intento de hacer una construcción social positiva del sistema penal pasando del estudio de la delincuencia al de la convivencia.

29 La calificación por parte de Ferrajoli, de la perspectiva abolicionista como un proyecto utópicamente conservador o regresivo, no facilitó, a mi juicio, la convergencia en la acción de minimalistas y abolicionistas. Empero, a mi juicio también, con esta calificación Ferrajoli incurre en un vicio igual, aunque de sentido contrario al que él le atribuye a los abolicionistas. Los abolicionistas, dice Ferrajoli, utilizan elementos o argumentos empíricos para cuestionar una doctrina normativa de justificación, por lo cual contravienen la ley de Hume, que exige distinguir los ámbitos del ser y del deber ser. Ferrajoli en este caso, con su calificación, utiliza argumentos valorativos (deber ser) para referirse a experiencias empíricas (ser). Los argumentos valorativos, positivos o negativos, no son suficientes para reconocer o invalidar los aportes que a la construcción de los sistemas normativos y sus doctrinas tienen las experiencias individuales o sociales. Respecto de la postura conocida como derecho penal mínimo se destacan los clásicos trabajos de Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, ob. cit., y “El derecho penal mínimo”, *Poder y Control*, núm. 0, pp. 25-48, 1986. También: Baratta, A., “Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, *Doctrina Penal*, núm. 4. Sobre la perspectiva abolicionista pueden tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes trabajos publicados en castellano: Hulsman, L. y Bernat de Celis, J. (1984), *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel; Hulsman, L. (1986), “La criminología crítica y el concepto de delito”, *Poder y Control*, núm. 0, pp. 119-135; Larrauri, E. (1987), “Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista”, *Poder y Control*, núm. 3, pp. 95-115. También, los libros de Martínez Sánchez, M.: *La abolición del sistema penal*, Bogotá, Temis, 1996, y *¿Qué pasa en la criminología moderna?*, Bogotá, Temis, 1990.

30 Véanse, entre otros: Baratta, A. (2006), *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI; Bergalli, R. y Bustos, J. (1983), *El pensamiento criminológico I*, Barcelona, Península; Larrauri, E. (1982), *La berencia de la criminología crítica*, Madrid, Siglo XXI; Hulsman, L. y Vernal de Celis, J. (1984), *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel.

Es importante recordar que el tránsito del estudio de los factores negativos a los positivos no es solo una necesidad de las ciencias penales, es un asunto del que se vienen ocupando también otras disciplinas sociales. En el campo de la sociología, por ejemplo, Galtung ha pasado del estudio de la violencia a las ciencias de la paz; en el ámbito de la psicología ha surgido la denominada psicología positiva, que intenta centrarse más que en los problemas psicológicos y su tratamiento, en cómo definir y conseguir una salud mental positiva; Esping-Andersen, por su parte, como hemos visto, abandona el paradigma causal para explicar la construcción social del Estado de bienestar desde una perspectiva que integra la economía política y la sociología. Para el caso penal, como ha sido advertido, tal tránsito supondría enmarcar el abordaje teórico y empírico de la delincuencia y del sistema penal dentro del estudio de la convivencia, sus programas y políticas.³¹

Las distintas teorías criminológicas no sólo contienen un instrumental teórico y práctico para analizar la criminalidad, sino que representan también, o son portadoras, de una experiencia social distinta con la forma de tratar la delincuencia y sus instituciones. No es extraño por tanto que los países con altos niveles de convivencia promuevan la abolición o reducción del sistema penal y su institucionalidad.

Si tenemos en cuenta además que el propósito (e incluso el carácter científico) de una ciencia social aplicada, viene determinado por su nivel de influencia en la mejora de la calidad de vida de las personas, la criminología no puede hacer otra cosa que dedicarse al estudio de los distintos mecanismos e instrumentos con que cada sociedad ha ido logrando mejores niveles de convivencia.³²

31 Respecto de las ciencias de la paz, véase el trabajo de Galtung, J., *Paz por medios pacíficos*, ob. cit. La psicología positiva, por su parte, es una rama que aparece a finales de los años 1990. Uno de los autores principales, su fundador, es el profesor norteamericano Martín Seligman. La característica fundamental de esta disciplina es la de ocuparse del estudio de los aspectos positivos del ser humano como la creatividad, la inteligencia emocional, la sabiduría, el humor, la felicidad, en definitiva, las bases del bienestar psicológico, en lugar de los aspectos negativos y patológicos como la ansiedad, el estrés, la depresión, etc. Véanse, entre otros, los trabajos de Seligman, M. (2003), *La auténtica felicidad*. Ediciones B. Barcelona, y los de Punset, E. (2006), *El viaje de la felicidad. Las nuevas claves científicas*, Barcelona, Destino, y Esping-Andersen, G., *Los tres mundos del Estado del bienestar*, ob. cit.

32 Rivera, S. “Racionalidades para hacer frente a la impunidad”, en Barreto, L. H. y Rivera, S. (2009), *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*, Bogotá, Unión Europea-Ministerio de Justicia, p. 348.

Este era, a mi juicio, el pensamiento y la actitud de Baratta.³³ Y constituye también para mí, haciendo uso de las palabras de Elena Larrauri, uno de los mejores legados de la criminología crítica.³⁴

La criminología en consecuencia, según la perspectiva propuesta, debiese ocuparse del estudio de los distintos instrumentos que ha puesto en marcha la sociedad para alcanzar la convivencia, sus mecanismos e indicadores, e incursionar con ello en el conocimiento de las políticas públicas, de la economía y su relación con el derecho.

Estado de bienestar: de la delincuencia a la convivencia

El Estado de bienestar representa, como hemos visto, otra forma de construir la realidad social. Se ocupa de construir una realidad social positiva a partir de los ideales de la comunidad y las situaciones de normalidad, destacar la interacción de los actores sociales y evitar, entre otras cosas, dotar de ontología y autonomía teórica y empírica a los problemas sociales, más aún si se trata de aquellos caracterizados por la excepcionalidad.

Más que de estudiar el desempleo y su causalidad, por ejemplo, se ha ocupado de las condiciones para hacer posible las políticas de pleno empleo e identificar, por tanto, los distintos problemas que podrían obstaculizar una política de este tipo. Tratamiento similar recibe la problemática de la delincuencia. En este campo, en lugar de preocuparse por las distintas explicaciones causales de la criminalidad, centra su reflexión, y también su actuación, en cómo una sociedad puede lograr mejores niveles de convivencia.

En sentido distinto a la construcción social de los sistemas penales que se realiza con fundamento en una explicación causal del delito y en una interacción social e institucional permeada por un fenómeno socialmente negativo, proceso al que denominaremos construcción social negativa, el Estado de bienestar ha realizado una construcción social positiva del sistema penal, toda vez que tiene su fundamento en hechos positivos como la convivencia y en la interacción social e institucional que esta desarrolla.

Entre las distintas actividades puestas en marcha por el Estado de bienestar existe una cuyo propósito fundamental es construir convivencia. Según Esping-Andersen,³⁵

33 Tuve la suerte y el privilegio personal de trabajar por más de cuatro años directamente con el profesor Baratta. Estos eran parte de los temas de discusión permanente. Sobre el particular véase también el trabajo ("Huellas del conocimiento") que Giorgio Baratta, su hermano, publicó, en el 2004, en la revista *Anthropos*, núm. 204.

34 Véase Larrauri, E., *La herencia de la criminología crítica*, ob. cit.

35 Esping-Andersen, G. (2000), *Fundamentos sociales de las economías posindustriales*, Barcelona, Ariel, pp. 107-127.

como hemos visto, este es el objetivo principal de las políticas y programas que se diseñan y ejecutan para hacer posible la estabilidad de la familia.

Si bien la mayoría de los estudios que se ocupan de la política familiar se dedican a analizar los instrumentos que define el Estado para conciliar la vida familiar y laboral, estimular la natalidad y reducir la desigualdad entre mujeres y hombres en las relaciones sociales y familiares,³⁶ el verdadero aporte de la familia está en su contribución a la convivencia.

A fin de caracterizar adecuadamente las dos formas de construir la realidad social del sistema penal, resulta pertinente hacer una descripción de las prestaciones otorgadas a la familia en los Estados de bienestar.

Las prestaciones sociales para la familia en Europa

Las prestaciones sociales para la familia tienen como propósito asegurar su estabilidad y viabilidad económica, social, cultural y legal.³⁷ Las medidas que acompañan este tipo de política pública son, entre otras, la protección económica, la conciliación de la vida familiar y laboral, la regulación del tiempo para la familia, y la educación; las primeras tienen que ver con las prestaciones económicas que recibe directamente mediante transferencia de recursos o desgravaciones fiscales; las segundas, guardan relación con una serie de servicios externos de apoyo, orientados a compatibilizar la vida laboral con las tareas familiares; la tercera se refiere a la preocupación estatal por facilitar el trabajo de las personas con hijos a cargo con el propósito de que puedan disponer de tiempo para dedicarle a la familia,³⁸ y la cuarta a los programas educativos sobre la importancia y la forma de construir familia que abarcan temas como la sexualidad, la igualdad en las relaciones entre hombres y mujeres, la paternidad y la maternidad, como opciones deliberadas y conscientes de la pareja.

36 Aunque es amplia y variada la literatura que se ocupa de la familia y trata estos temas, véanse, entre otros, los trabajos de Borra, C. y González, C. (2009), *Las políticas familiares en la Unión Europea*, documento sin publicar, Sevilla, y Moreno Mínguez, A. (2007), *Familia y empleo de la mujer en los regímenes del bienestar del sur de Europa. Incidencia de las políticas familiares y laborales*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas.

37 Ver Flaquer, L. (2000), *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*, Barcelona, Fundación La Caixa, Colección Estudios Sociales, Barcelona, y el trabajo de Borra, C. y González, C. (2009), *Las políticas familiares en la Unión Europea*, documento sin publicar, Sevilla.

38 Una descripción con mayor detalle de las políticas familiares en Europa puede consultarse en el trabajo de Rivera, S. (2009), “Racionalidades para hacer frente a la impunidad”, en Barreto, L. H. y Rivera, S. (2009), *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*, Bogotá, Unión Europea-Ministerio de Justicia, pp. 302-360.

Características

Dos son las características principales de las prestaciones reconocidas a la familia en los Estados de bienestar: la desmercantilización y la universalización; con la primera, como ya ha sido expuesto, se quiere mostrar que se otorgan a la unidad familiar independientemente de lo que acontezca en el mercado, y con la segunda, que la reciben todas las familias, sin distinción alguna.

La falta de la primera hace que la asistencia sea residual y se limite a aquellos casos en que la familia y/o el mercado sean incapaces de resolver los problemas. La falta de universalidad grava a los destinatarios con un estigma y hace que los programas sean básicamente modestos y de cobertura muy limitada, lo cual da origen a una especie de pobreza de segundo nivel: los pobres de la seguridad social.³⁹

Hoy en día son universales las prestaciones en Bélgica, Dinamarca, Alemania, Suecia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Austria y Finlandia.⁴⁰ Francia restringe la universalidad de la protección económica a las familias con dos hijos o más. En Italia, este tipo de prestaciones se determinan en función inversa de la renta familiar y directa del número de miembros de la familia.

La universalidad ha sido hasta ahora el mejor instrumento de protección frente a los no pocos intentos de algunos gobiernos por modificar dichas prestaciones. Es precisamente esta característica la que ha hecho difícil que los políticos asuman los costos sociales y electorales que traería consigo su desmonte.⁴¹

Los orígenes

La preocupación por el origen de las prestaciones a la familia, más que un asunto histórico, tiene como propósito evidenciar que tales prestaciones no son producto del crecimiento económico de los países, y ser estas más bien las que contribuyen al desarrollo de las sociedades. Los orígenes de la mayoría de los “derechos” reconocidos a la familia se producen en momentos económicos y políticos difíciles de los países europeos. Las familias de la posguerra, como hemos visto, con el apoyo del Plan Marshall y del Estado, construyeron el camino para que Europa transitara de la guerra al bienestar.⁴²

39 Rivera, S., “Racionalidades para hacer frente a la impunidad”, en Barreto, L. H. y Rivera, S. (2009), *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*, Bogotá, Unión Europea-Ministerio de Justicia, pp. 332-333.

40 Flaquer, L., *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*, ob. cit., pp. 95 y ss.

41 Flaquer, L., *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*, ob. cit., pp. 57 y ss.

42 Rivera, S., “Racionalidades para hacer frente a la impunidad”, en Barreto, L. H. y Rivera, S. (2009), *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*, Bogotá, Unión Europea-Ministerio de Justicia, p. 330.

También al inicio, muchas prestaciones estuvieron asociadas con políticas familiares de corte natalista. En la actualidad van más allá y se mantienen claramente con el propósito de reconocer de manera formal los derechos de la familia.

Algo similar ha ocurrido con el carácter de subsidio con el que fueron establecidas, en casi todos los países, las prestaciones de naturaleza económica; con el tiempo se ha convertido más bien en un derecho a una renta básica reconocido a la familia por su importancia social. Precisamente, la Carta Social Europea de 1961 reconoce a cada familia el derecho a la protección económica, jurídica y social.⁴³

Implicaciones para el gasto público

Otros aspectos importantes a considerar son el monto que recibe directamente cada familia y las implicaciones económicas que en términos de gasto público tienen las prestaciones familiares. En Alemania, por ejemplo, para el año 2000, una familia con cuatro hijos a cargo recibió como transferencia directa 650 euros mensuales, en Bélgica 600, en Dinamarca 540, 730 en Francia, 1053 en Luxemburgo y 505 en Suecia. Si bien no son cifras insignificantes para una familia, para el Estado no representan, como veremos, un elevado gasto público.

Haciendo una revisión de la evolución de los gastos sociales en los países de la Unión Europea para el periodo comprendido entre 1990 y 2006, años para los que se cuenta con información y análisis disponibles, las cotas se mantienen prácticamente sin variación significativa.⁴⁴ Esping-Andersen afirma que desde el año 1970 no se presentan cambios de relevancia en la política social europea, esta tendencia global también se mantiene en el ámbito del gasto público en familia.⁴⁵ Los datos que maneja la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) así lo confirman.⁴⁶

En el 2006, como puede apreciarse en el cuadro 2.1, Alemania tuvo un gasto en familia que le significó el 11,1% de su gasto social, Austria el 10,4%, Bélgica el 7,1%,

43 Costa, J. P. (2000), “La Carta Social Europea revisada”, en Muñoz Machado, S. et al. (dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas-Escuela Libre Editorial, pp. 435-447.

44 Europa, en su conjunto, tiene un nivel de gasto social que como porcentaje del PIB alcanzó en el 2006 el 27,5%; los más altos están en Suecia, Francia, Alemania y Bélgica. El gasto social en Suecia alcanzó en 1999 el 32,9% del PIB, y en el 2003, el 33,5%. En Francia fue del 30,3% en 1999, y 30,9 en el 2003. Alemania tuvo en 1999 un gasto de 29,6% y de 30,2% en el 2003. Bélgica pasó del 28,2% en 1999 al 29,7% en el 2003. Véase OECD: “Social Expenditure Database”, disponible en www.oecd.org/els/social/expenditure, junio de 2009.

45 Esping-Andersen, G. (1993), *Los tres mundos del Estado del bienestar*, Valencia, Ediciones Alfons el Magnanim, pp. 110 y ss.

46 OECD, “Family Database”, disponible en www.oecd.org/els/social/family/database

Dinamarca el 13,1%, España pasó del 3% en el 2003 al 5,7 %, Finlandia el 11,6%, Francia el 8,6%, Grecia el 6,2%, Reino Unido el 6,1% y Suecia el 9,8%.

Cuadro 2.1. Gasto en familia 2006 (% GS y PIB)

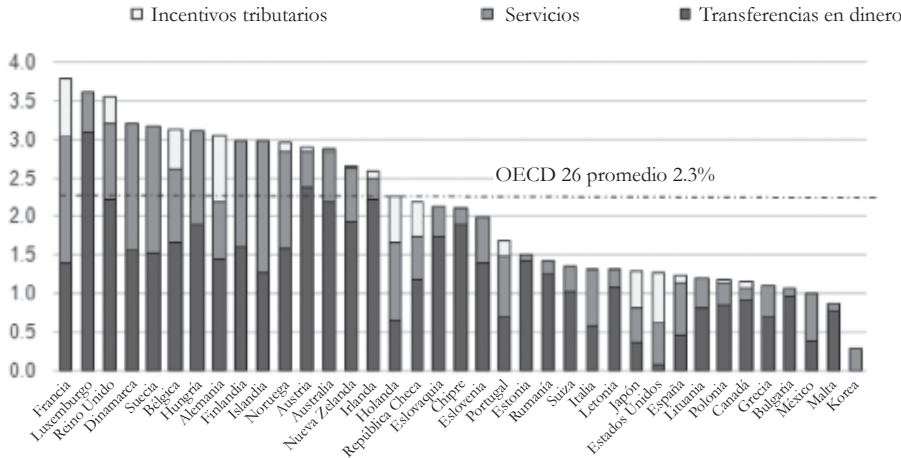
País	Gasto social %	PIB %
Alemania	11,1	3,18
Austria	10,4	2,96
Bélgica	7,1	2,1
Dinamarca	13,1	3,81
España	5,7	1,19
Finlandia	11,6	3,03
Francia	8,6	2,67
Grecia	6,2	1,5
Holanda	5,8	1,7
Irlanda	14,7	2,67
Italia	4,5	1,19
Luxemburgo	16,9	3,44
Portugal	5,1	1,29
Reino Unido	6,1	1,61
Suecia	9,8	3,0

Fuente: elaboración del autor con datos de la OCDE y Eurostat 2009.

En el gráfico 2.1, elaborado por la OCDE, puede apreciarse el comportamiento por país del gasto público en familia para el año 2005.⁴⁷

47 www.oecd.org/els/social/family/database (consulta realizada el 20 de noviembre de 2009).

Gráfico 2.1. Public spending on family benefits in cash, services and tax measures, in per cent of GDP, 2005



De acuerdo con Rifkin,⁴⁸ y como puede apreciarse en el gráfico de la OECD, las prestaciones a la familia constituyen una de las diferencias fundamentales entre Europa y otras formas de organización política de la sociedad como la de Estados Unidos. Si bien el gráfico es altamente ilustrativo de la situación, la diferencia se hace mayor si se compara el ingreso que reciben las familias directamente por hijo a cargo, y el carácter universal o no de la prestación. En el cuadro 2.2 se pueden apreciar los países en los que esa renta básica es universal y su costo en porcentajes del PIB para los años 2003 y 2005.

48 Otras diferencias significativas entre Europa y Estados Unidos derivan de una depuración del producto interno bruto (PIB); cuando se hace una distinción entre las actividades económicas que mejoran la calidad de vida y las que no lo hacen, el PIB en Europa es mayor que el de Estados Unidos. Es de señalarse también que Estados Unidos ocupa el vigésimo cuarto lugar en cuanto a igualdad de ingresos entre los países desarrollados, por encima tan solo de Rusia y México. Véase Rifkin, J., *El sueño europeo*, ob. cit., capítulo 1, pp. 57, 59 y 101.



Cuadro 2.2 Transferencia universal a las familias (renta mínima % PIB) 2003-2005

País	2003	2005
Alemania	1,2	1,4
Austria	2,5	2,6
Bélgica	1,8	1,7
Dinamarca	1,6	1,6
España	NE	NE
Finlandia	1,6	1,6
Francia	1,4	1,4
Grecia	ND	ND
Holanda	0,8	0,7
Irlanda	2,3	2,3
Italia	NE	NE
Luxemburgo	3,5	3,2
Noruega (*)	1,9	1,6
Reino Unido	2,3	2,4
Suecia	1,6	1,5

Fuente: elaboración del autor con datos de la OCDE y Eurostat 2009.

NE = No existe o no tiene; ND = No disponible. (*) Noruega es un país europeo que no forma parte de la Unión Europea.

Gestión de los riesgos sociales

La familia, una institución tradicionalmente asociada al ámbito de lo privado, ocupa un lugar central en el diseño institucional de los Estados de bienestar, convirtiéndose en un asunto de prioridad pública y social. En un régimen de bienestar, como hemos visto en los capítulos anteriores, la convivencia depende de la forma como se distribuya la gestión de los riesgos sociales entre el Estado, el mercado y la familia.⁴⁹

La inversión en familia, como esperamos ponerlo en evidencia en el siguiente apartado, contribuye a realizar una construcción social positiva del sistema penal,

49 Esping-Andersen, G., *Fundamentos sociales de las economías posindustriales*, ob. cit., pp. 49 a 67.

contribuye a que este sistema de justicia vaya alcanzando gradual y efectivamente el principio de última ratio, a que se reduzca la utilización de la privación de libertad y los costos que tal privación conlleva, mejora la convivencia y disminuye considerablemente el gasto público en justicia.

La organización del sistema de justicia penal

Otro de los aportes fundamentales del Estado de bienestar a la sociedad tiene que ver con la respuesta a la criminalidad que ha construido y puesto en marcha, y con la forma como ha organizado el sistema de la justicia penal.

Para comprender los alcances de la contribución que en este ámbito realiza el Estado de bienestar, vamos a hacer una breve comparación entre los resultados que arroja su experiencia con la alcanzada por los Estados Unidos. Para hacer este ejercicio y facilitar su comprensión hemos reunido en una la experiencia de los doce países europeos que, además de asegurar una renta básica mensual universal a todas las familias, tienen políticas públicas para su protección económica, social y legal, de manera que cuando hablamos de Europa en este epígrafe nos referimos a la experiencia promedio de estos doce países.⁵⁰

En términos generales, en materia de familia, como expusimos en el epígrafe anterior, Europa tiene un gasto público promedio que le representa el 2,3% de su PIB, mientras que el de Estados Unidos alcanza el 1,3%. La situación cambia cuando comparamos la transferencia universal a las familias que permiten asegurar un ingreso básico, caso en el cual Europa tiene un gasto público que asciende al 1,6% de su PIB, mientras que Estados Unidos no realiza transferencias universales a las familias.

Ahora vamos a comparar cuatro indicadores de convivencia: la tasa de homicidios, la tasa de homicidios en personas jóvenes entre 10 y 29 años de edad, la tasa de delitos contra la propiedad y la tasa de personas privadas de la libertad (presos por 100.000 habitantes) (ver cuadro 2.3).

De acuerdo con el Informe de Desarrollo Humano 2007 del Programa de Naciones para el Desarrollo (PNUD),⁵¹ la tasa de homicidios por 100.000 habitantes entre los años 2000 y 2004 es sustancialmente diferente en los ámbitos territoriales

50 Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Reino Unido y Suecia. Hemos incluido a Noruega porque, además de formar parte de Europa, aunque no de la Unión Europea, estamos haciendo una comparación de racionalidades.

51 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD (2007), *Informe de Desarrollo Humano 2007-2008*, Madrid, Mundi Prensa, disponible en <http://hdr.undp.org>

objeto de nuestra comparación. Europa tiene una tasa de 1,3 homicidios por 100.000 habitantes, mientras que en Estados Unidos es de 5,6.⁵²

Un segundo indicador importante tiene que ver con la tasa de homicidios por 100.000 habitantes cometidos contra personas jóvenes, entre 10 y 29 años. De acuerdo con los datos publicados por Hábitat en el capítulo II de su Global Report de 2007, denominado “Crime and violence”, en el año 2000 esta tasa era para Europa inferior a 1 por cada 100.000 habitantes, mientras que en Estados Unidos ascendía a 11.⁵³

En cuanto a la tasa de personas privadas de la libertad, las cifras también son bastante diferentes entre un lugar y otro. En el 2007, de acuerdo con los datos publicados por el PNUD en el *Informe de Desarrollo Humano 2007-2008*, Estados Unidos registró una tasa de 738 presos por cada 100.000 habitantes, mientras que la de Europa fue de 97,8.⁵⁴ Este comportamiento ha sido similar en otros años; en 1995, por ejemplo, de acuerdo con la base de datos de la OECD 2009, la tasa de presos fue de 546 por 100.000 habitantes para Estados Unidos y en Europa de 58.⁵⁵

En el campo de los delitos contra la propiedad, los datos presentados por Hábitat 2007 en “Crime and Violence”, teniendo en cuenta la información oficial de los países, indican que en materia de robo Estados Unidos tienen una tasa de 150 por cada 100.000 habitantes, mientras que en Europa solo llega a 20.⁵⁶

En el campo del gasto público en justicia penal y lucha contra el delito las cifras son también muy diferentes. Según Rifkin, Estados Unidos gasta en estos ámbitos muchísimos más recursos que Europa. En 1999, dice Rifkin, en administración de justicia civil, protección policial y mantenimiento de prisiones la administración

52 La tasa de homicidios para Alemania en ese mismo periodo fue de 1,0; Bélgica 1,5; Dinamarca 0,8; Finlandia 2,8; Francia 1,6; Irlanda 0,9; Luxemburgo 0,9; Holanda 1,0; Reino Unido 2,1, Suecia 2,4 y Noruega 0,8. En el 2002 Suecia registró una tasa de 0,8; Irlanda, Noruega, Dinamarca, Holanda y Alemania 1,0; Reino Unido 1,4; Finlandia 1,6; Francia 1,7 y Estados Unidos 6,2. La tasa de homicidios en Estados Unidos, en la década de 1970/80 fue de 10,7 y en el periodo 1990/95 de 9,2, mientras que la europea no ha superado la del 1,3. Véase Naciones Unidas (1999), “Global Report on Crime and Justice”, en Graeme Newman (ed.), Office on Drugs and Crime, Nueva York, Oxford University Press.

53 Hábitat (2007), “Enhancing urban safety and security-Global Report on human Settlements”, disponible en www.unhabitat.org

54 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD (2007), *Informe de Desarrollo Humano 2007-2008*, Madrid, Mundi Prensa, disponible en <http://hdr.undp.org>. La tasa de presos en el 2007 fue en Alemania de 90 por cada 100.000 habitantes, Noruega 66; Irlanda 72, Suecia 82, Holanda 128, Francia 85, Finlandia 75, Bélgica 91 y Dinamarca 105.

55 En Alemania la tasa de presos por 100.000 habitantes fue en 1995 de 50,8; Dinamarca 48,53; Finlandia 56,7; Francia 64; Irlanda 51,8; Holanda 42,9; Noruega 36,12 y Suecia 50,45. Véase International Centre For Prison Studies (2007), *World Prison Population List in Research Findings*, núm. 88, 7.ª ed., Londres. También puede consultarse la página web de la OECD: www.oecd.org/els/social/indicators (junio de 2009).

56 Habitat: *Enhancing urban safety and security-Global Report on human Settlements 2007*, capítulo II, disponible en www.unhabitat.org

estadounidense gastó más de 147.000 millones de dólares, equivalentes al 1,58% del PIB de ese año.⁵⁷ Los estudios que sobre el gasto en justicia en Europa han realizado Roig Alonso, Pastor Prieto y Valiño Castro señalan que tal gasto público, incluida toda la administración de justicia y no solo la penal, no supera el 0,40% del PIB.⁵⁸

Si tuviésemos en cuenta además el gasto público en seguridad, orden público y defensa, la diferencia se torna aun mayor. Europa, los doce países europeos que analizamos, comprometió, según datos de la OECD y el Stockholm International Peace Research Institute (Sipri), en promedio para los años 2003-2007 el 6,7% de su presupuesto, mientras que Estados Unidos lo hizo en más del 27%.⁵⁹

57 Rifkin, J. (2004), *El sueño europeo*, Barcelona, Paidós, p. 108.

58 Roig Alonso, M. (1988), “El gasto público en justicia”, en *Papeles de Economía Española*, núm. 37, pp. 280-292, y Pastor Prieto, S. (1993), *¿Ab de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, Civitas-Ministerio de Justicia; también sus artículos: “Gasto público en justicia: una nota comparativa”, en *Presupuesto y gasto público*, núm. 3, 1991, pp.115-120, y “Gasto público en justicia en España”, en *Hacienda pública española*, núm. 116, 1990, pp. 155-174. Igualmente, puede consultarse el trabajo de Valiño Castro, A. (1999), *Gasto público en justicia*, Documento de trabajo, Madrid, Universidad Complutense.

59 Para hacer este cálculo hemos tenido en cuenta la base de datos de la OECD (2009), “Government expenditure by function”, consultada en mayo de 2009, y Sipri, disponible en www.sipri.org/database (consultada en mayo de 2009).

**Cuadro 2.3 Indicadores de convivencia. Cuadro comparativo
Europa - Estados Unidos**

Tema - Indicador	Europa	Estados Unidos
Gasto público en familia 2003-2005 % del PIB <i>Fuente: OECD (2009)</i>	2,3	1,3
Transferencia universal a la familia 2003-2005 % del PIB % del gasto público <i>Fuente: OECD (2009)</i>	1,6 3,8	No hace transferencia de renta a las familias
Tasa de homicidios por 100.000 hab. 2000-2004 <i>Fuente: PNUD (2007)</i>	1,3	5,6
Jóvenes entre 10 y 29 años víctimas de homicidios Tasa por 100.000 habitantes año 2000 <i>Fuente: Hábitat (2007)</i>	0,6	11
Tasa de presos por 100.000 hab. (2007) <i>Fuente: PNUD (2007)</i>	97,8	738

Fuente: elaboración del autor.

Empero, conviene advertir que en ningún caso estamos sugiriendo que exista algún tipo de relación causal positiva o negativa entre la protección a la familia y los niveles de delincuencia en una sociedad. Intentamos hacer una aproximación distinta a la causal explicativa tanto del fenómeno de la criminalidad como del Estado de bienestar. Los resultados que comparamos evidencian más bien la existencia de dos formas de construir la realidad social, dos racionalidades, dos formas diversas de pensar con consecuencias distintas para la vida de las personas, la reducción de la criminalidad, la organización de la justicia penal, la convivencia y el gasto público en una sociedad.

A falta de otra denominación, y con el único propósito de identificarlas para hacer esta breve comparación, al seguir a Rifkin⁶⁰ hemos tomado como criterio para denominarlas el lugar donde se producen, o donde tienen o han tenido mayor influencia. Decimos entonces que la una es estadounidense, aunque no solo se produzca en ese lugar, porque es allí donde ha tenido sus orígenes y más se ha desarrollado; y que la otra, propia de la experiencia de los Estados de bienestar, es europea.

La racionalidad estadounidense

Una de las características principales de esta racionalidad guarda relación con una construcción social negativa de la realidad; es decir, se trata de una construcción social que parte del problema de la criminalidad y no de las aspiraciones de convivencia de una sociedad. El delito, para esta racionalidad, además de perder su carácter excepcional, es considerado un fenómeno natural o un riesgo social no eliminable. La mayor parte de su fundamentación teórica, como hemos visto, recae en una aproximación causal explicativa de la criminalidad, como si el delito tuviera naturaleza ontológica y no fuera el resultado de los procesos de definición y selección de las conductas permitidas y prohibidas que realizan todas y cada una de las sociedades.

En correspondencia con esta primera característica, la mayor parte de las respuestas que construye esta racionalidad para hacer frente a la criminalidad son de carácter reactivo y se ponen en marcha, fundamentalmente, para gestionar o administrar la criminalidad misma. Son muy escasas o limitadas las estrategias preventivas.

Una segunda característica de esta racionalidad es su poca preocupación teórica y práctica por el carácter de último recurso que deben tener el derecho y la justicia penal. Como hemos visto, dadas las implicaciones sociales que para la libertad y la convivencia tiene el sistema penal, su legitimación social es limitada; solo se justifica como derecho penal mínimo y último recurso que tiene la sociedad para hacer frente a sus problemas sociales. Para asegurar este carácter es indispensable que el Estado y la sociedad pongan en marcha medidas alternativas o previas al uso del sistema penal, pues de lo contrario podría convertirse en primer y/o único recurso.

En la racionalidad estadounidense el sistema penal no está debidamente teorizado como un derecho penal mínimo ni está previsto como último recurso. La falta de programas que aseguren este carácter es, en buena medida, consecuencia de entender que la función principal del Estado es la de definir y proteger los derechos de propiedad.

La mayoría de programas de reforma de la justicia que promueven los Estados Unidos en América Latina están orientados a facilitar el desarrollo del mercado, la

60 Rifkin, J., *El sueño europeo*, ob. cit.

seguridad, el orden público y la protección de los derechos de propiedad; no existe un programa de reforma de la justicia para la convivencia ni políticas públicas para asegurar el carácter de último recurso al sistema penal.

Es de advertirse que como consecuencia de este tipo de iniciativas la mayoría de los países de América que decidieron llevarlas adelante han incrementado su gasto público en justicia y han sido objeto de créditos y apoyo financiero internacional; varios países de la región han gestionado préstamos internacionales para implementar este tipo de reformas, e incluso destinados a la construcción de cárceles para jóvenes.⁶¹

La racionalidad estadounidense que intentamos caracterizar otorga connotaciones positivas a tareas relacionadas con actividades socialmente negativas. La lucha contra el delito, por ejemplo, se está convirtiendo tanto en una de las profesiones mejor remuneradas de la sociedad, como en un factor de crecimiento económico; desaparece del imaginario de buena parte de los operadores del sistema penal que la tarea fundamental contra la criminalidad es su reducción, no su gestión.

Otro de los efectos que produce la racionalidad asumida, como hemos destacado en otros momentos de este trabajo, es el aumento considerable del gasto público en justicia penal. Estados Unidos, como ha sido señalado, compromete en la lucha contra el crimen más del 1,5% de su PIB.⁶²

En materia penitenciaria, por su parte, se viene desarrollando un proceso de privatización de muchos de los servicios relacionados con las prisiones, lógica que también se viene promoviendo en los países de América Latina.

La profesionalización de la atención a la criminalidad, la privatización de servicios en el ámbito de la justicia, particularmente en el sistema carcelario, el recurso al crédito para los programas de reforma a la justicia, son factores que contribuyen al surgimiento de lo que Christie ha llamado “industria del control del crimen”.⁶³ Cuando sobre una actividad considerada socialmente negativa como la delincuencia se crean instituciones y se desarrollan actividades empresariales o de crecimiento económico, no es posible esperar lógicamente la reducción de la criminalidad.

61 Colombia, por ejemplo, según los datos de la Contraloría General de la República, ha pasado de un gasto en justicia del 2,9% del presupuesto de 1990, a uno de 5,1% en el 2006. Véase también el libro de Uprimny, R.; Rodríguez, C. y García, M. (2006), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma.

62 Roig Alonso, M. (1988), “El gasto público en justicia”, en *Papeles de Economía Española*, núm. 37, pp. 280-292, y Pastor Prieto, S. (1993), *¿Ab de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, Civitas-Ministerio de Justicia; también sus artículos “Gasto público en justicia: una nota comparativa”, en *Presupuesto y gasto público*, núm. 3, 1991, pp.115-120, y “Gasto público en justicia en España”, en *Hacienda pública española*, núm. 116, 1990, pp. 155-174. Igualmente puede consultarse el trabajo de Valiño Castro, A. (1999), *Gasto público en justicia*, Documento de trabajo, Madrid, Universidad Complutense.

63 Christie, N. (1993), *La industria del control del crimen*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

Además, a esta racionalidad poco le importa la condición sociodemográfica de las personas implicadas en el delito y criminaliza a los jóvenes.⁶⁴

La racionalidad europea

En sentido distinto a la asumida por Estados Unidos, existe otra racionalidad, cuyo origen es europeo. Se trata de aquella que apuesta por la construcción de un derecho penal mínimo, que no utiliza medios punitivos o autoritarios, y reconoce que el derecho penal no es el único medio ni tampoco el más importante para prevenir los delitos y hacer frente a la delincuencia. Estas sociedades han logrado proponer incluso la abolición del derecho penal.⁶⁵

La racionalidad europea hace una construcción social positiva y en lugar de partir del estudio de la delincuencia y sus causas, parte de la convivencia y se ocupa, por tanto, de los instrumentos para construirla. Las políticas y programas llevados a cabo para lograr la viabilidad económica, social, cultural y legal de la familia constituyen, como señala Esping-Andersen, algunos de los más importantes mecanismos utilizados con este fin por los Estados de bienestar.⁶⁶

Más que de naturaleza reactiva, es de tipo preventiva, tiene un desarrollo teórico superior al causal explicativo de la criminalidad, no ha desarrollado la “industria del control del crimen”. En definitiva, más que por construir respuestas mejores a la criminalidad, se preocupa por mejorar los niveles de convivencia y por evitar la criminalización de la juventud.

La inversión en familia contribuye a que el sistema de la justicia penal vaya alcanzando gradual y efectivamente el principio de última ratio, reduce en consecuencia la utilización de la privación de libertad y los costos que tal privación conlleva.

Pero además, la experiencia europea que hemos descrito evidencia que la inversión en familia afecta la forma como se distribuyen y asignan el presupuesto y el gasto público. Los países que invierten en la institución familiar tienen poco gasto público en defensa, seguridad y justicia, mientras que los que tienen un elevado gasto público en defensa seguridad, justicia tienen poca o nula inversión en familia.

La relación familia-convivencia puede verificarse de dos formas: por la contribución a la convivencia que produce la definición e implementación de políticas públicas

64 La participación de jóvenes como actores o víctimas, en actividades delictivas, constituye uno de los problemas de Estados Unidos y también otra de las diferencias con los Estados de bienestar europeos.

65 Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., pp. 329 y ss.; Baratta, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, ob. cit., pp. 165 y ss.

66 Esping-Andersen, G., *Fundamentos sociales de las economías posindustriales*, ob. cit., pp.15 y ss.

para la familia, y porque la inviabilidad de la familia en muchos países afecta o hace difícil la convivencia.

Un ejemplo de la primera, como se ha intentado exponer brevemente, lo constituye el caso de Europa. América Central es el ejemplo de la segunda.⁶⁷ En los años noventa Centroamérica, con la firma por parte de los Gobiernos de todos los países que a integran el plan de paz conocido como Esquipulas II, puso en marcha un proceso, sin precedentes en la historia de la región, orientado a resolver mediante la negociación política los conflictos armados que experimentaban los países, proceso de pacificación que contó con la participación al más alto nivel de Naciones Unidas y que para la organización mundial marcó un antes y un después en la historia de su intervención en materia de paz (cuadro 2.4).⁶⁸

67 Rivera, S. (1999), *La nueva justicia penal juvenil. La experiencia de El Salvador*, San Salvador, Unicef.

68 Rivera, S. (2008), *Política del derecho para la paz y la convivencia*, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, sin publicar.

**Cuadro 2.4. Racionalidad europea y estadounidense.
Características principales**

Racionalidad europea Estados de bienestar	Racionalidad estadounidense
Construcción social positiva. Parte de los ideales de la sociedad. Convivencia.	Construcción social negativa. Parte de los problemas sociales. Criminalidad.
Estudio de los instrumentos de convivencia y de la interacción de los actores sociales.	Estudio del delito y sus causas. Paradigma etiológico o causal explicativo de la criminalidad predominante.
Los problemas sociales carecen de naturaleza ontológica.	Autonomía teórica y práctica de los problemas sociales.
Políticas para reducir los problemas socialmente negativos que afectan la convivencia. Políticas de prevención y gestión de los riesgos sociales. Interacción social e institucional a partir de un fenómeno socialmente positivo.	Políticas reactivas y de gestión de la criminalidad. La lucha contra factores socialmente negativos convertida en instrumento de crecimiento económico. La industria del control del crimen. Interacción social e institucional a partir de un fenómeno socialmente negativo.
Mejor utilización de los recursos públicos. Gasto público en justicia reducido.	Gasto público en justicia penal, defensa y seguridad altos y en crecimiento.
Preocupación teórica y empírica por evitar la criminalización de los problemas sociales, particularmente los de la juventud.	Criminalización de tendencia alta de los problemas sociales que incluye los problemas de la juventud.
Estabilidad de la familia. Protección económica, social y legal de la familia, de carácter universal.	Protección limitada o nula de la familia. Gasto público en familia precario.
Seguridad y solidaridad social alta.	Seguridad y solidaridad social baja o limitada.

Fuente: elaboración del autor.

Empero, la paz centroamericana fue fundamentalmente una paz política y no trajo consigo la paz social. De la violencia política los países pasaron rápidamente a la violencia social y delincencial en la que la participación de los jóvenes es supremamente alta y gravísima. Europa, en cambio, muestra con la experiencia de los Estados de bienestar en la protección pública de la familia que, además de construir un sistema de justicia penal mejor, es posible ir de la paz social a la paz política.

La construcción social del sistema penal en Colombia

En esta parte intentaremos mostrar las principales características, a nuestro juicio, del proceso de construcción social de la realidad del sistema penal en Colombia. Con tal propósito tomaremos elementos tanto de la reflexión teórica como de los datos que ofrecen los estudios sobre el funcionamiento del sistema penal en el país.

Nos interesa mostrar cómo la necesaria reforma a la justicia penal en Colombia, que supone transitar de un sistema centrado en la delincuencia a otro en la convivencia, constituye una excelente oportunidad para hacer frente al pasado de violaciones a los derechos humanos, y también, un camino para superar las dificultades de la paz y contribuir a poner fin al conflicto armado que nos acompaña hace ya más de cinco décadas.

No sobra recordar que según la perspectiva socioconstructivista, que Berger y Luckman formularon y que Baratta utilizó para el análisis del sistema penal, la realidad social es una construcción, producto de la interacción de los diversos integrantes de una sociedad.⁶⁹ El sistema jurídico, el sistema penal y sus instituciones son también construcciones sociales. No hay nada de natural en los sistemas sociales ni en los judiciales. La realidad social, como la del sistema penal, cambia de un lugar a otro y de una época a otra.

Decir que la realidad social es una construcción supone igualmente reconocer, como ya ha sido destacado en otros apartados de este trabajo, que no es posible utilizar acriticamente los patrones y métodos de las ciencias naturales para el análisis de los problemas sociales, que no son científicamente válidas las explicaciones causales de fenómenos de naturaleza social, como ya lo advirtiera Baratta en su análisis del delito como construcción social y asunto de definición.⁷⁰ La perspectiva socioconstructivista apuesta más bien por identificar la forma como se produce la interacción entre los distintos actores sociales, reconoce asimismo que existe una dimensión objetiva de la realidad y otra subjetiva, ambas determinantes en el proceso de construcción. El

69 Véase Berger, P. y Luckman, T., *La construcción social de la realidad*, ob. cit.; Baratta, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, ob. cit.

70 Baratta, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, op. cit.

sistema penal y el sistema jurídico contribuyen a la construcción social de la realidad y son en sí mismos una construcción.

La realidad del sistema penal colombiano es socialmente construida, y se enmarca precisamente dentro de la que hemos denominado construcción social negativa, de la que nos ocupamos en el capítulo anterior. No obstante, conviene recordar que esta construcción se caracteriza por partir de un fenómeno socialmente negativo como la delincuencia, por la explicación causal de este fenómeno, por no tener debidamente en cuenta el carácter negativo que tiene el delito ni la naturaleza excepcional que debiese tener la justicia criminal.

Si bien muchos de los estudios sobre la justicia se esfuerzan en distinguir los diferentes momentos por los que ha atravesado la reforma a la justicia en Colombia y en América Latina,⁷¹ y se señala por ejemplo que las reformas de la década de 1960 se caracterizaron por estar destinadas a mejorar el suministro de servicios judiciales y a cambiar los métodos de enseñanza al tomar como referencia el modelo estadounidense, que las de la década de los ochenta e inicios de la de los noventa se pusieron en marcha con el propósito de proteger los derechos de propiedad y facilitar el libre mercado, lo cierto es que la construcción social del sistema penal colombiano responde en toda época y lugar a la misma lógica.

Se trata de una construcción social que parte de considerar la delincuencia como fenómeno explicable a partir de sus causas, un pensamiento causal explicativo del delito, unas disciplinas penales como el derecho penal, la criminología, la penología y la política criminal que parten del estudio del crimen y su etiología. El discurso crítico desarrollado en el país si bien pone en cuestión la forma como se ha construido la realidad social del sistema penal, solo alcanza a ser un discurso crítico de esta forma de construcción y no llega a representar o constituir una propuesta alternativa para construir socialmente la realidad del sistema penal. Aunque ya no lo haga desde el análisis de sus causas y la aborde como un asunto de definición, el discurso crítico también se centra en la delincuencia.⁷²

71 Ver Uprimny, R.; Rodríguez, C. y García, M. (2006), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma; también, Barreto, L. H. y Rivera, S. (2009), *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*, Bogotá, Ministerio del Interior y de Justicia-Unión Europea.

72 Véanse, entre otros, los siguientes trabajos: Barreto, L. H. y Rivera, S., *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*, ob. cit.; Martínez Sánchez M. (1999), *La crisis de la justicia penal en Colombia*, Bogotá, Temis; Pérez Pinzón A. (1986), *Curso de criminología*, Bogotá, Temis; (2005), *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia; Reyes Echandía, A. (1984), *Criminología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia; Sandoval Huertas E., *Sistema penal y criminología crítica*, ob. cit., también su libro: *Penología*. Parte General, 1982, Bogotá, Universidad Externado de Colombia; Tocora, F. (1997), *Política criminal contemporánea*, Bogotá, Temis.

Otra característica de la justicia penal colombiana es la permanencia en el tiempo de los mismos problemas: corrupción, impunidad, congestión, mala gestión, mora judicial, sistemas procesales cuestionados, ineficiencia, falta de independencia judicial y carencia de recursos humanos y económicos son temas de alguna manera recurrentes en casi todos los proyectos de reforma a la justicia penal. Y como no resulta difícil advertir, las respuestas a estos problemas conservan también la misma naturaleza: cambios permanentes en los roles procesales, creación de nuevas figuras institucionales, programas para descongestionar los despachos judiciales, de lucha contra la impunidad y de modernización del sector, así como un aumento también permanente de la demanda de recursos presupuestales que ha traído como consecuencia natural un continuo y progresivo incremento del gasto público en justicia.

Un estudio realizado por la Unión Europea y el Ministerio de Justicia para analizar los primeros cuatro años de aplicación del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia (SPOA) muestran que la impunidad sigue siendo alta, sin importar el concepto que se utilice para medirla.⁷³ La probabilidad de castigo de un delito en el país es muy baja, de los más de 1.400.000 procesos que conoció el SPOA solo terminó con sentencia condenatoria el 3,6%.⁷⁴

Según el balance presentado por la Corporación Excelencia de la Justicia sobre el funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio, la Fiscalía registra en los últimos cinco años un promedio de 1.100.000 noticias criminales al año y evacúa alrededor de 800.000. Los ‘egresos’, como los llama el informe, se producen en el 70% de los casos mediante archivo, el 11% extinción de la acción penal, 9% conciliación y 5% sentencia.⁷⁵

Los datos se tornan más preocupantes cuando se trata de homicidios (cuadro 2.5). En este caso, salvo la existencia de cementerios clandestinos, las cifras oficiales que registran la criminalidad tienden a corresponder con las reales, de manera que a partir del análisis del trabajo realizado por la justicia en la investigación y condena de los homicidios se puede apreciar de mejor forma la magnitud del fenómeno de la impunidad. Los datos del SPOA, para los cinco primeros años, indican que la probabilidad de castigo por un homicidio en Colombia es inferior al 3%. El sistema penal registró 62.737 procesos y condenó en 1.699 de los casos.⁷⁶

73 Barreto, L. H. y Rivera, S., *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*, ob. cit.

74 Véase Barreto, L. H., “Medición de la impunidad en el Sistema Penal Oral Acusatorio”, en Barreto, L. H. y Rivera, S., *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*, ob. cit., p. 271.

75 Corporación Excelencia de la Justicia (2015), *Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*, Bogotá

76 Tomado del *Informe final de la Misión de Asistencia Técnica Internacional para la elaboración de un estudio de impunidad del Sistema Penal Colombiano*, presentado por Sneider Rivera, Guadalupe León y Luis H. Barreto, Bogotá,

Estudios recientes realizados por la Fiscalía General muestran que la impunidad en términos de homicidios se ha reducido y que la probabilidad de castigo de este delito ha aumentado al 9%.⁷⁷

La magnitud y características de la criminalidad registrada oficialmente ponen en evidencia los problemas de convivencia que tiene la sociedad colombiana. Los delitos más frecuentes que conoce el aparato de justicia son, en su orden, hurto (25%), lesiones personales (18,7%), inasistencia alimentaria (11,7%) violencia intrafamiliar (6,6%), narcotráfico (4,6%) y homicidios (4,5%).⁷⁸

Cuadro 2.5 Actuaciones de la justicia frente a los homicidios

Tipo de actuación	Casos	%
Casos terminales	13.711	21.9
Archivo	10.646	17
Sentencia condenatoria	1.699	2.7
Preclusión	617	1
Traslado por competencia	372	0.6
Principio de oportunidad	140	0.2
Sentencia absolutoria	103	0.2
Conciliación	85	0.1
Extinción de la acción penal	36	0.1
Desistimiento de la querrela	12	0.0
Prescripción de la querrela	1	0.0
Casos no terminados	24.111	38.4
Indagación	21.507	34.3
Investigación	1.981	3.2
Juicio	623	1.0
Sin actuación	24.561	39.2
Sin identificar actuación	334	0.5
Total	62.737	100

Fuente: PGN. Cálculos propios

En el balance presentado por la Corporación Excelencia, si se tiene en cuenta la información de las capturas realizadas por la Policía, se establece que 31% se producen en casos de porte, consumo y tráfico de estupefacientes, 16% en hurtos, 8%

agosto de 2008.

77 De la Rota, M., y Bernal Uribe, C. (2014), “Esfuerzos irracionales. Investigación penal del homicidios y otros delitos complejos”, Bogotá, DeJusticia. Véase también [www.eltiempo.com/politica/justicia7Impunidad en colombia.16115768!8](http://www.eltiempo.com/politica/justicia7Impunidad%20en%20colombia.16115768!8) (julio de 2015).

78 Véase Barreto, L. H., “Medición de la impunidad en el Sistema Penal Oral Acusatorio”, en Barreto, L. H. y Rivera, S., *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*, ob. cit., p. 217.

en lesiones, 5% en violencia intrafamiliar, 6% porte y fabricación de armas, 3% en daño en bien ajeno y 2% en homicidios.⁷⁹

Durante el periodo 2000-2009 el país registró una tasa promedio de 51,8 homicidios por 100.000 habitantes. La probabilidad de castigo por un homicidio alcanzó en el periodo 2005-2008 tan solo el 3%. La población joven, menor de 30 años de edad, es víctima del 68% de homicidios acaecidos en este mismo periodo y se le atribuye la autoría en más del 74% de los casos conocidos. La tasa de presos por 100.000 es superior a 200 en los años 2006 y 2007; estas cifras revelan, igualmente, que es la población joven menor de 30 años a la que más se le aplica el rigor del sistema penal. El 27% del total de la población privada de libertad en Colombia en el 2007 son menores de 18 años de edad⁸⁰ (cuadro 2.6).

En el periodo 2009-2014 la tasa de homicidios se redujo significativamente a cerca de 37,5 por cada 100.000 habitantes. La impunidad en estos delitos baja del 97% al 90%. La participación de los jóvenes como autores y víctimas sigue siendo alta. El hacinamiento carcelario supera el 50% en promedio y la tasa de presos por 100.000 habitantes es superior a 300.⁸¹

79 Corporación Excelencia de la Justicia (2015), *Balace diez años...*, ob. cit.

80 Véase Barreto, L. H., “Medición de la impunidad en el Sistema Penal Oral Acusatorio”, en Barreto, L. H. y Rivera, S., *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*, ob. cit., p. 217, y Rivera, S.; León, G. y Barreto, L. H., *Informe final de la Misión de Asistencia Técnica Internacional para la elaboración de un Estudio de impunidad del Sistema Penal Colombiano*, Bogotá, Ministerio de Justicia-Unión Europea, agosto de 2008.

81 *Ibidem*.

Cuadro 2.6 Indicadores de convivencia - Colombia

Tema - Indicador	Tasa/%
Gasto público en familia 2006 % del presupuesto <i>Fuente: Ministerio de Hacienda - ICBF</i>	1,63
Gasto público en política universal y transferencia a la familia % del PIB % del gasto público <i>Fuente: Ministerio de Hacienda - ICBF</i>	No existe
Tasa de homicidios por 100.000 hab. 2000-2009 (promedio) <i>Fuente: PNUD - Fiscalía General de la Nación</i>	51,75
Menores de 39 años víctimas de homicidios 2005-2008 Porcentaje del total nacional <i>Fuente: Fiscalía General de la Nación</i>	68,0
Menores de 39 años sindicados de homicidio 2005-2008 Porcentaje del total nacional <i>Fuente: Fiscalía General de la Nación</i>	74,0
Menores de 39 años privados de libertad en el 2007 Porcentaje del total nacional <i>Fuentes: Inpec - Fiscalía General de la Nación</i>	78,0
Gasto público en justicia, 2006 % del presupuesto <i>Fuente: Contraloría General - Ministerio de Hacienda</i>	5,1

Fuente: elaboración del autor.

De modo paralelo a la crisis del sistema penal y penitenciario nacional, el país insiste en recurrir casi que de forma permanente al incremento de las penas y a la criminalización de nuevas conductas.

Por otro lado, la experiencia de Colombia y el estudio comparado permite señalar que no es el incremento del gasto público en justicia el que trae como consecuencia un mejor y más eficaz sistema penal. A la par del aumento o no reducción de la impunidad que muestran los datos oficiales comentados, se presenta un incremento considerable del gasto público en justicia, que pasó del 2,5^o% del presupuesto nacional de 1992, al 5,1% en el año 2006.⁸² En porcentaje del PIB, tal gasto para 1992 representaba el 0,59%, y diez años más tarde, en el 2001, llegó a significar casi el doble, esto es, 1,16%; en el 2006 registró un leve descenso, situándose en 1,08%. Otros países, como hemos visto en el capítulo anterior, con un gasto público en justicia que no supera el 0,20% de su PIB (1% del presupuesto) obtienen mejores resultados de su sistema penal.

En el cuadro 2.7 y en el gráfico 2.2 puede verse la evolución del gasto público en justicia en Colombia.⁸³

Pero además del costo que representa para la sociedad colombiana el sistema de justicia, se está produciendo una serie de demandas contra el Estado por el funcionamiento defectuoso del aparato penal; son altas las pretensiones de estas demandas, tanto para la Fiscalía como para el poder judicial: en el caso del Instituto Nacional Penitenciario (Inpec) representaban, en el año 2007, más del 148% de su presupuesto.⁸⁴

82 Véase Rivera, S., “Racionalidades para hacer frente a la impunidad”, en Barreto, L. H. y Rivera, S., *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*, ob. cit., pp. 306-315.

83 Véase Rivera, S., “Racionalidades para hacer frente a la impunidad”, en Barreto, L. H. y Rivera, S., *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*, ob. cit., p. 308.

84 Véase Barreto, L. H., “Medición de la impunidad en el Sistema Penal Oral Acusatorio”, en Barreto, L. H. y Rivera, S., *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*, ob. cit., p.111. También puede verse el *Informe final de la Misión de Asistencia Técnica Internacional para la elaboración de un estudio de impunidad del Sistema Penal Colombiano*, presentado por Rivera, S., León, G. y Barreto, Bogotá, agosto de 2008.

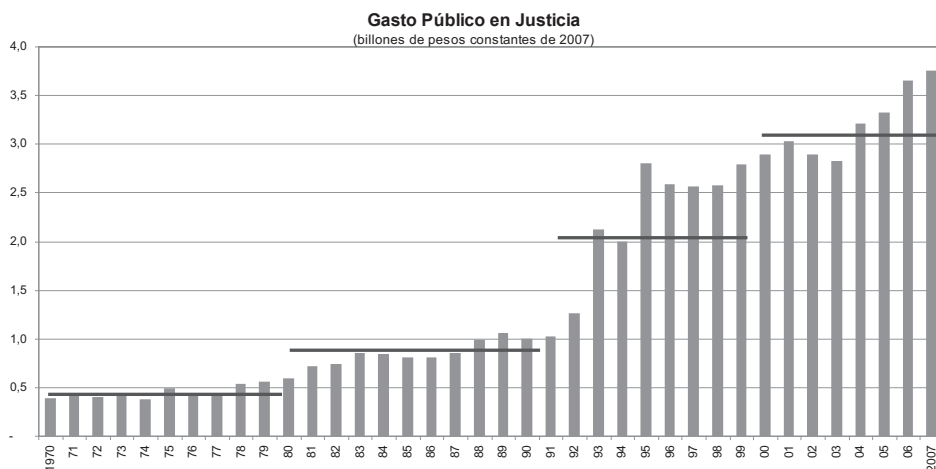
Cuadro 2.7. Evolución del gasto público en justicia en Colombia

Año	Millones pesos corrientes	% PIB	Millones de pesos de 2007	Crecimiento real anual
1970	736	0,55	390.711	
1971	881	0,57	411.611	5,35
1972	966	0,51	395.859	-3,83
1973	1.225	0,50	406.391	2,66
1974	1.432	0,44	376.922	-7,25
1975	2.160	0,53	483.026	28,15
1976	2.368	0,44	421.355	-12,77
1977	3.018	0,42	418.347	-0,71
1978	4.578	0,50	534.293	27,72
1979	6.110	0,51	553.642	3,62
1980	8.221	0,52	591.385	6,82
1981	12.611	0,64	717.994	21,41
1982	16.143	0,65	741.015	3,21
1983	21.463	0,70	844.688	13,99
1984	25.105	0,65	835.299	-1,11
1985	29.494	0,59	801.409	-4,06
1986	36.022	0,53	809.272	0,98
1987	47.070	0,53	852.655	5,36
1988	69.370	0,59	980.774	15,03
1989	78.849	0,52	883.909	-9,88
1990	117.516	0,49	995.303	12,60
1991	151.893	0,49	1.014.395	1,92

Año	Millones pesos corrientes	% PIB	Millones de pesos de 2007	Crecimiento real anual
1992	235.620	0,59	1.257.533	23,97
1993	485.758	0,93	2.114.644	68,16
1994	563.092	0,83	1.999.592	-5,44
1995	942.149	1,12	2.800.652	40,06
1996	1.059.279	1,05	2.588.864	-7,56
1997	1.230.743	1,01	2.556.016	-1,27
1998	1.444.750	1,03	2.571.094	0,59
1999	1.710.726	1,13	2.787.172	8,40
2000	1.926.885	1,10	2.886.754	3,57
2001	2.177.039	1,15	3.029.746	4,95
2002	2.223.927	1,09	2.892.793	-4,52
2003	2.308.905	1,01	2.820.292	-2,51
2004	2.774.590	1,08	3.212.435	13,90
2005	3.005.191	1,05	3.318.479	3,30
2006	3.448.789	1,08	3.645.025	9,84
2007	3.745.399	1,05	3.745.399	2,75
Promedio 1970-79		0,50	439.216	3,95
Promedio 1980-89		0,59	805.840	4,57
Promedio 1990-99		0,87	2.068.526	12,12
Promedio 2000-07		1,08	3.193.865	3,79
Promedio 1970-2007		0,74	1.544.388	6,30

Fuente: La serie 1970-1989 se tomó de los informes de la Comisión de Racionalización del Gasto y las Finanzas Públicas, tomo V, Bogotá, 1997. La serie 1990-2007 fue suministrada por la Contraloría General de la República, que a su vez la tomó del SIIF-MHCP.

Gráfico 2.2.



En el informe de la Corporación Excelencia sobre los diez años del sistema se reconoce que el gasto en Justicia aumenta con tiempo, pero que en términos de porcentaje del PIB nominal mantiene una tendencia constante alrededor del 1%, sumando sector justicia, Fiscalía, Procuraduría, Defensoría y Ministerio de Justicia. Si se adiciona el gasto público en Policía, podríamos estar cerca del 2%.⁸⁵

Esta suerte de irracionalidad del sistema penal producto, a mi juicio, tanto de la ruptura teórica y empírica del derecho penal con sus propios principios justificadores, como de la construcción e interacción social e institucional negativa, permeada por la delincuencia y sus explicaciones causales, afecta negativamente no solo al derecho penal mismo, sino también al sistema jurídico e institucional y a la cultura jurídica y social. Hace falta un estudio sobre el ejercicio profesional de la abogacía en materia penal, y sobre la cultura penal colombiana, al igual que de sus repercusiones en la vida social e institucional del país. Cuando en el ejercicio de la defensa, por ejemplo, se construye la verdad procesal de manera tendencialmente distante de la verdad real, no solo se contribuye a la impunidad, sino también a la violencia en la sociedad. En el campo de los derechos humanos la experiencia de otros países e incluso la de Colombia, la cultura penal viene afectando de forma asimismo negativa el avance en la creación de mecanismos legales e instituciones de protección, tal como ha sucedido con la llamada teoría de protección cuasi- o no jurisdiccional de los derechos humanos, el diseño de la estructura institucional de los ombudsmán, procuradurías o

85 *Ibidem*.

defensorías del pueblo,⁸⁶ y trasladado la lógica penal tradicional al trabajo de derechos humanos, tal como acontece con el tema de las víctimas, la violencia y la delincuencia juvenil, la violencia de género, los derechos humanos en las cárceles, la denuncia y la capacitación. No es de olvidar que otro de los aportes de la construcción social positiva realizada por el Estado de bienestar es la separación del trabajo en derechos humanos, del derecho penal.

En el ámbito de la corrupción, la experiencia de Colombia y la de otros países ponen al descubierto igualmente los límites propios de la lógica penal. En efecto, los mejores niveles de transparencia (menores niveles de corrupción) no dependen solamente de un mejor sistema penal, sino del establecimiento de límites a la política como profesión y la suscripción de acuerdos de convivencia en el sentido expuesto en este trabajo.⁸⁷

Sería conveniente realizar un análisis comparado sobre el sistema penal que incluya, entre otros aspectos, el discurso de los penalistas en las distintas sociedades, los temas de interés y relevancia penal, los programas de formación, el ejercicio profesional de la abogacía, el número de profesionales dedicados a esta actividad. Como nos lo enseña la experiencia del Estado de bienestar, no resulta muy alentador para una sociedad dedicar a buena parte de su inteligencia y talento a justificar, evitar o explicar la imposición de un castigo; tal tarea solo es importante si tiene carácter excepcional. La ruptura de la excepcionalidad, como hemos dicho, afecta no solo al derecho penal, sino que empobrece la cultura jurídica y lesiona la democracia.

Además de la cultura penal y punitiva, otra característica del sistema penal colombiano es la incomunicación entre las ciencias sociales y las jurídico-penales. Un ejemplo ilustrativo podemos extraerlo comparando los resultados de los estudios y programas de reforma judicial. Un análisis del Banco Mundial sostiene que es la desigualdad de renta el factor más importante que desde el punto de vista económico puede explicar la criminalidad. Resulta por lo menos paradójico que una de las líneas de política judicial sea precisamente el aumento de los ingresos de los profesionales del sector sin tener en cuenta su contribución al incremento o disminución de la desigualdad.

La situación de Colombia y la de su justicia penal demandan con urgencia otra forma de construir socialmente la realidad del sistema penal. Teniendo como refe-

86 Véase el trabajo de Rivera, S., *La protección de los derechos humanos. La experiencia de la PDDH*, ob. cit.

87 Los documentos generados por Transparencia Internacional así lo corroboran. En el informe sobre las percepciones de la corrupción del año 2010, Dinamarca, Suecia, Noruega, Finlandia, Holanda, Luxemburgo, Austria y Alemania ocupan los primeros lugares, mientras que Colombia está relegada al puesto 78. Véanse, entre otros, *Corruption perceptions 2010. Results*, y el *Informe Global de Corrupción* de los años 2007 a 2010, en www.transparenciacolombia.org.co

rencia la experiencia de otros países, es posible y necesario transitar de un proceso de construcción social negativa, basado en la delincuencia, a uno de construcción social positiva, fundado en la convivencia. En la construcción social de la realidad resulta fundamental la discusión pública de las ideas, el conocimiento e intercambio de información de otras experiencias y la participación del mayor número de actores sociales posibles. El sistema penal es también un ideal, un proyecto teórico confiado a los interlocutores sociales que lo asumen, promueven y defienden.

La experiencia de los países europeos, a la que nos hemos referido pone al descubierto que la institución central para la convivencia es la familia; la construcción de un acuerdo de convivencia en torno a ella posibilita la interacción de todos los actores sociales y beneficia a todas las familias de la sociedad que suscribe el acuerdo, realiza una construcción social positiva del sistema penal que incide considerablemente sobre su funcionamiento, tiene altas repercusiones en la estructura y distribución del gasto público, y posibilita el crecimiento económico.⁸⁸

Una ciencia que se ocupe de la convivencia en Colombia debería estudiar y diseñar las políticas para que pueda ser viable económica, social, cultural y legalmente la familia en el país. También debería encargarse del estudio y diseño de otras políticas públicas, así como de la estructura y organización de un sistema penal para la convivencia.

Para empezar esta tarea, no creo necesario introducirnos de momento en los contenidos que debiesen tener tales políticas. El debate público puede iniciarse con la socialización y discusión de la experiencia europea que comentamos. Son muchas las razones para hacerlo. En primer lugar, por el carácter universal que tienen los valores que promueve y protege. En segundo lugar, porque rompe con la intermediación burocrática y permite que los recursos públicos lleguen al destinatario final; también, porque ha sido dirigida al conjunto de todas las familias que integran la sociedad y no solo a las que experimentan algún grado de dificultad o necesidad; porque sus costos, como hemos señalado, no son altos, sino incluso menores que los que representa el gasto en justicia penal y seguridad; porque su implementación inició en momentos de crisis de las sociedades y es por tanto un factor de desarrollo y crecimiento económico más que su consecuencia; porque supone mejores niveles de convivencia, una justicia penal mejor y un mejor uso de los recursos públicos. Y finalmente, porque permitiría que desde los orígenes de la discusión sobre la justicia penal y la convivencia en el país se viera involucrada la comunidad internacional. Es de tenerse en cuenta, además, que el futuro del Estado de bienestar depende también de la internacionalización de sus logros y valores.

88 No es el crecimiento económico el que genera mejores políticas para la protección de la familia, al contrario, es la protección de la familia la que posibilita la convivencia y el crecimiento económico de una sociedad.

Para poner en marcha este proceso convendría crear una comisión nacional de políticas públicas para la convivencia encargada de construir estas políticas, de dar inicio a un proceso de construcción social positiva del sistema penal y de abordar su reforma desde la perspectiva de la convivencia.

Tradicionalmente en Colombia, como consecuencia de la denominada construcción social negativa del sistema penal, se han conformado diversas figuras institucionales para hacer frente a la definición de la política criminal y penitenciaria del país. El cambio de perspectiva en la construcción social de la realidad y del propio sistema penal sugiere establecer más bien una comisión de nuevo tipo compuesta por juristas, economistas, sociólogos y políticos de las distintas instituciones públicas, encargada tanto de llevar adelante la iniciativa como de poner en marcha un sistema judicial para la transición y de ubicar en su seno el tratamiento de las cuestiones conocidas tradicionalmente como de política criminal, penal y penitenciaria.

No hay ninguna razón para no dar inicio a una reforma de esta naturaleza. De continuar como hasta ahora, el país podría verse inmerso, ingenua o deliberadamente, en la lógica propia de la llamada industrial del control del crimen, o continuar botando impunemente los recursos públicos.

Como lo hemos venido insinuando hasta aquí, y como lo desarrollaremos en el capítulo siguiente, el tránsito de un sistema de justicia a otro constituye a la vez una excelente oportunidad, no solo para construir una justicia transicional de nuevo tipo, sino también para contribuir a poner fin al conflicto armado que padecemos hace ya más de cinco décadas.

Capítulo III

JUSTICIA PARA LA CONVIVENCIA

Introducción

Este es el capítulo en el que nos vamos a dedicar a la propuesta. Hemos visto en los anteriores que los resultados obtenidos en las experiencias de justicia transicional no son los mejores ni las convierten en modelos a seguir. Al contrario, de acuerdo con Minow y Mani, asistimos a un esfuerzo por construir otro modelo de justicia para la transición. Mani, por ejemplo, considera que hay que avanzar hacia una justicia bien reparadora o transformadora.¹ Nosotros ponderaremos aquí el paradigma de la justicia para la convivencia.

En el primer capítulo intentamos poner en evidencia que una nueva justicia transicional debe transitar de la correlación de fuerzas a la independencia judicial plena; de la preocupación por que los victimarios ingresen a la política, a la mayor reparación posible a las víctimas; de un acuerdo de paz política, a un acuerdo de convivencia; y de un sistema de justicia centrado en la gestión de la delincuencia, a otro fundamentado en la construcción de convivencia. Mostramos, igualmente, que el sistema integral acordado en La Habana no solo no realiza las transiciones anteriores, sino que, en algunos casos, marcha en sentido contrario.

Dado que la justicia transicional es básicamente una de corte penal y que su tarea principal ha sido y es, hasta ahora, la gestión de la delincuencia relacionada con la violación de los derechos humanos en el pasado, en el capítulo segundo mostramos las dos formas como se ha construido la realidad social e institucional del sistema penal para argumentar en favor del cambio.

Y finalmente, en este tercero nos ocuparemos tanto de la relación entre transición y justicia en Colombia, como de las principales características del sistema judicial para la convivencia y de su concreción al caso colombiano.

¹ Mani, R. (2011), *La reparación como un componente de la justicia transicional: la búsqueda de la “justicia reparadora” en el posconflicto*, ob. cit.

Transición y justicia en Colombia

Hemos mostrado que existe correspondencia entre el modelo de justicia transicional y el tipo de paz o transición que enfrentan o construyen las sociedades.

Como se ha visto, la idea de la justicia transicional que se promueve hasta ahora en Colombia es propia de un proceso de paz política. Uno de los propósitos fundamentales de este sistema de justicia transicional es facilitar la incorporación a la legalidad de los guerrilleros acusados de participar en graves hechos de violencia en el pasado reciente y de cometer actos criminales contra la población civil, a tal punto que ha sido considerado el tema clave de la paz, afirmándose incluso que con la firma de un acuerdo en este ámbito la guerra estaría llegando a su fin y la paz abriéndose camino irreversible.

El país insiste en un modelo de paz política y en una teoría de la solución pacífica de los conflictos, cuando asistimos a una crisis profunda de la política, cuando las experiencias de otros países muestran que estos esfuerzos no mejoran la convivencia. Aún más, que la firma y puesta en marcha de estos acuerdos de forma exitosa requieren un grado de legitimidad social alto de los actores del conflicto y la negociación, y que la paz sea un proyecto de país y no un asunto electoral.

La experiencia demuestra que la transformación de un proceso de paz política es posible a través de la suscripción de un acuerdo de convivencia entre los ciudadanos. Un pacto ciudadano de estas características trae como resultado un sistema de justicia para la convivencia y otra forma de enfrentar el pasado reciente de violación a los derechos humanos.

Optar por un acuerdo de convivencia y una justicia nueva no solo es producto de la crisis de la paz política que comentamos, es también consecuencia de las circunstancias de Colombia. La transición aquí nada o poco tiene que ver con la de una dictadura a una democracia, ni con la de una guerra civil a la paz; la nuestra es, a nuestro juicio, la necesaria de un régimen político y una sociedad organizados de forma dual, esto es, que se beneficia a la vez de la legalidad y la ilegalidad en la economía, en el uso de la fuerza, en la política, que ha afectado la cultura ciudadana y degradado tanto la vida en sociedad como el conflicto armado, a otra en la que primen la legalidad y la convivencia.

En otros términos, se trata del paso de una sociedad que ha sido afectada por la delincuencia, la ilegalidad y la cultura que le es propia, a otra que quiere construir convivencia y recuperar la importancia del derecho. En suma, la verdadera transición que necesitamos asumir y construir entre nosotros es de la delincuencia a la convivencia.

Pasar de un régimen a otro no es tarea sencilla, pero es ni más ni menos la altura del desafío de la transición que se nos pone enfrente.

Justicia para la convivencia. Características

Como se sabe, siete son las principales características de una justicia de esta naturaleza. La primera tiene que ver con la suscripción de un acuerdo de convivencia entre todos los ciudadanos; la segunda, con la creación de mecanismos para asegurar que tanto teórica como empíricamente el sistema opere como último recurso; la tercera, con los instrumentos que utiliza para garantizar la legalidad y legitimidad del monopolio estatal y judicial de la violencia; la cuarta, con los medios que aplica para asegurar la independencia plena del poder judicial respecto de los poderes políticos y económicos; la quinta, con la protección de los derechos de las víctimas y su participación en todas las etapas procesales; la sexta, con la construcción de un derecho penal de alternativas, y la séptima con el reconocimiento de la inutilidad de la cárcel, por lo tanto ha de atribuir carácter excepcional a la privación de libertad, definir penas alternativas a esta, seleccionar lugares distintos a las cárceles para cumplirla (prisión domiciliaria y territorial) y emplear los centros penitenciarios solo bajo condiciones y requisitos especiales.

A la par que nos ocupamos de estas características, las iremos aplicando para el caso de la nueva justicia transicional que proponemos para Colombia.

Acuerdo de convivencia

La primera característica de este nuevo sistema de justicia, o la condición para su puesta en marcha, tiene que ver con la suscripción precisamente de un Acuerdo de Convivencia entre todos los colombianos.

Se trataría, en nuestro caso, de identificar un primer mínimo común que compartamos todos los hijos de Colombia. El análisis comparado muestra que un primer acuerdo de este tipo puede girar en torno a la *protección social, económica, legal y cultural de la familia*.

Proteger la familia significa convertir la institución familiar en un asunto de interés público de primer orden y construir políticas públicas para asegurar en el aquí y en el ahora su viabilidad. Seis son las principales políticas que en este campo se pretenden poner en marcha: las primeras, son las orientadas a la construcción de familia, la igualdad entre mujeres y hombres, la maternidad y paternidad como opción; las segundas, dirigidas a concertar entre todos los agentes sociales y económicos una renta básica a todas las familias colombianas, sin distinción de ningún tipo, de la misma forma como lo han hecho los países que han alcanzado mejores niveles de convivencia; las terceras, destinadas a regular el tiempo de trabajo de los integrantes de la familia con el propósito de facilitar que los padres tengan tiempo para ocuparse del cuidado de sus hijos; las cuartas, tienden al fortalecimiento y apo-

yo a la paternidad y la maternidad, así como la tutela de los menores de edad y la protección de las relaciones intergeneracionales; las quintas, centradas en asegurar el carácter excepcional de la adopción; las sextas, guardan relación con la creación de la institucionalidad encargada de proteger los intereses y derechos de la familia.

Está demostrado, igualmente, que la protección pública de la familia construye un proyecto común de país, mejora la relación entre representantes y representados, dignifica la política, fortalece la legitimidad de las instituciones, acompaña la inversión en educación, pone en marcha un sistema de justicia para la convivencia y recupera la importancia del valor pedagógico del afecto en la conformación de una personalidad y una cultura democráticas.

La experiencia comprueba asimismo que todas estas políticas públicas han sido a la vez un instrumento para el crecimiento económico, la generación de empleo y la reducción de las desigualdades sociales, al igual que para hacer una mejor distribución y asignación de los recursos públicos. No son políticas costosas, tampoco es un asunto de países ricos, ni dependen del nivel de desarrollo.

La protección pública de la familia ha constituido también un mecanismo importante para transitar de la guerra a la paz e implementar un verdadero proceso de reconciliación nacional.

La firma de este acuerdo tiene mucho que ver con la segunda característica del sistema de justicia, esto es, la garantía del principio de última ratio. La teoría jurídica y criminológica justifican la existencia del derecho penal solo si actúa como último recurso que tiene la sociedad para mantener la convivencia. Baratta, Ferrajoli y Bustos, entre otros, lo definen como derecho penal mínimo.²

La doctrina reconoce muchas razones por las cuales hay que proteger este principio. Interesa destacar aquí que es la lógica penal una de las formas como se puede trasladar a la democracia la cultura política amigo-enemigo propia de la guerra.

La garantía a que hacemos referencia tiene que ser tanto teórica como práctica y supone la obligación de considerar mecanismos alternos de protección de los derechos humanos, de manera que se pueda evitar que el derecho penal se convierta en el único existente. Podría pensarse, por ejemplo, en el establecimiento de requisitos para la expedición de nuevas leyes, de forma que una legislación penal solo se apruebe si desarrolla o no mecanismos alternos de protección distintos al penal; también, en la definición de requisitos procesales, a través de los cuales la iniciación de un proceso penal dependa del cumplimiento o no de su condición de última ratio, y en la fase procesal y del juicio, contando con un sinnúmero de alternativas que podrían sacar siempre el conflicto del ámbito penal. Desde el punto de vista teórico, la revisión

2 Ferrajoli, L. (1995), *Derecho y razón*, ob. cit.

crítica del derecho penal y sus instituciones, así como el conocimiento de las experiencias de otros países en el avance y protección de este principio, son algunas de las más importantes.

El pacto de convivencia es asimismo un instrumento que contribuye a asegurar que la protección penal solo opere como último recurso. Se trata, como hemos visto, de un sistema de justicia que se fundamenta en la gestión de riesgos sociales y en la identificación de conflictos potenciales, produciendo cambios profundos en la convivencia, en la organización de las instituciones, en el gasto público y en la cultura jurídica.

Otro de los aportes del acuerdo ciudadano que promovemos es su contribución al monopolio estatal y judicial de la violencia legítima, tercera característica del nuevo sistema de justicia. Todos los procesos de paz se proponen, aunque no lo logran, este monopolio. Se ha logrado el desarme y la desmovilización de los alzados en armas, se han reformado instituciones como la Policía, las Fuerzas Armadas, los servicios de inteligencia y el sistema de justicia, entre otros; empero, el Estado está lejos de lograr este cometido, la violencia y la delincuencia llegan a ser de tal proporciones que cuestionan o dificultan la pretensión estatal.

El pacto nacional por la protección pública de la familia pretende contribuir al desarme y desmovilización de todos los grupos y personas, y a que el Estado alcance el monopolio del uso de la fuerza legítimamente.

Es de advertir, sin embargo, que este acuerdo no solo es un elemento fundacional del nuevo sistema de justicia, constituye a la vez un instrumento de paz. En un conflicto como el colombiano, con la degradación que junto a la del sistema social y político ha sufrido, con la cantidad y calidad de las víctimas de la violencia, un pacto nacional por la familia convierte a la sociedad en beneficiaria directa de la paz, propicia la construcción de un proyecto común de país y demanda cambios en los actores del conflicto y la negociación.

Si bien tenemos una propuesta sobre sus contenidos y los de cada una de las políticas públicas que supone, sus costos y forma de implementarlas no consideramos pertinente presentarlos aquí todavía, puesto que formarán parte del ejercicio de concertación que los distintos agentes sociales y económicos del país debemos poner en marcha una vez estemos de acuerdo en convertir a la familia en una prioridad pública. Anticipamos, en todo caso, que adaptándolas a nuestra realidad y, dado el valor universal de la familia y de los derechos humanos, sigue la experiencia de los países que hemos mencionado en el segundo capítulo.

Hemos tomado todas las precauciones posibles para asegurar la viabilidad social y económica de la propuesta. Si bien se trata de una política universal para todas las familias colombianas, su implementación puede hacerse de forma gradual y empezar

por las familias afectadas por el conflicto armado y aquellas con ingresos inferiores a dos salarios mínimos mensuales.

De las más de doce millones de familias colombianas, 32% vive con ingresos inferiores a un salario mínimo mensual y 28% tiene ingresos entre uno y dos salarios mínimos. En la zona rural cerca del 60% de las familias no alcanzan a llegar a un salario mínimo mensual.³

Ahora bien, a fin de asegurar la financiación se propone crear un *fondo* para la protección de la familia y la convivencia, con recursos públicos, privados y de la cooperación internacional de modo que se puedan destinar a él igualmente de forma gradual, esto es, en la medida en que se vaya desmontando el conflicto, buena parte de los que se dedicaban o se dedican a la guerra: los dividendos de la paz; y también de forma gradual, un monto importante de los que se destinan hasta ahora a la gestión de la delincuencia. En caso necesario, podría crearse un impuesto con destinación específica.

Para suscribirlo, aunque existen muchas maneras, proponemos utilizar el mecanismo legal de la consulta popular de iniciativa ciudadana reconocido en la Constitución Política y en la Ley Estatutaria 1757 de 2015. Se intenta lograr el respaldo social para que se proceda como se hizo con la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y se convierta el acuerdo en mandato para las autoridades.

En el recuadro siguiente se da un ejemplo de cómo podría quedar el texto del acuerdo.

Pacto Nacional por la Familia

El pueblo de Colombia, en ejercicio de su soberanía y con el propósito de alcanzar la paz y la convivencia, acuerda asignarle a los poderes públicos el siguiente mandato:

1. Convertir a la familia en una prioridad de las políticas públicas a fin de asegurar su viabilidad social, económica legal y cultural.
2. Concertar con los agentes económicos y sociales una renta básica para todas las familias, así como la regulación del tiempo de trabajo de sus integrantes.
3. Crear un fondo público para protección de la familia.
4. Reorganizar la institucionalidad responsable de proteger los derechos e intereses de la familia.

3 Las cifras son tomadas de los informes del DANE (véase Departamento Nacional de Estadística-DANE, encuesta nacional de ingresos de hogares 2010-2014).

La fuerza social, moral y legal de un acuerdo de esta naturaleza dota a la ciudadanía del poder suficiente para demandar de los actores sociales e institucionales la transformación de los acuerdos de paz política y la puesta en marcha de los procesos necesarios para construir convivencia:

De los actores armados:

- Cese al fuego.
- Renuncia protocolaria y perdón.
- Desarme y desmovilización.
- Sometimiento al sistema de justicia para la convivencia, y a la terapia colectiva.
- Incorporación a la sociedad. Se privilegiará y facilitará la incorporación como empresarios sociales y se limitará la de político de profesión.

Del Gobierno:

- Cumplimiento del Acuerdo de Convivencia.
- Renuncia protocolaria y perdón.
- Sometimiento al sistema de justicia para la convivencia, y a la terapia colectiva.
- Desmonte gradual de los gastos de la guerra.
- Conformar un gobierno para la convivencia.
- Crear la institucionalidad encargada de proteger a la familia y promover la convivencia.
- Conducir, con la participación de las familias, los jóvenes, la academia y la comunidad internacional, la Comisión Nacional para la Convivencia. Y crear los grupos de trabajo correspondientes.
- Definición de una agenda para la convivencia; retomar los avances del proceso de paz, poner en marcha sus proyectos, así como definir los que sean necesarios para alcanzar y mejorar de forma permanente la convivencia.

De la clase política:

- Renuncia protocolaria y perdón.
- Sometimiento al sistema de justicia para la convivencia, y a la terapia colectiva.
- Inicio de la reforma al régimen político.
- Definición de una agenda legislativa para la protección de la familia y la convivencia.

De Naciones Unidas y la comunidad internacional, participación activa en:

- La protección de los derechos humanos, en la definición de los contenidos del Acuerdo de Convivencia y su implementación, en la asistencia técnica

para la formulación de políticas públicas para la protección de la familia y la gestión frente a riesgos sociales.

- Conocer la experiencia de los países con mejores niveles de convivencia.
- El sistema de justicia para la convivencia, y en la terapia colectiva.
- La definición y puesta en marcha de los programas de desarrollo para la paz y la convivencia.
- La revisión, análisis y construcción de la política, proyectos y programas en materia de narcotráfico.

La independencia plena del sistema de justicia

Para Ferrajoli, como ya lo dijimos, “el espiral infinito de venganza de la sangre, se concluye con la institución en Atenas, por parte de Atenas, del Areópago, es decir de un juez tercero llamado a verificar las responsabilidades y a reemplazar la lógica de la guerra y la venganza, con la lógica opuesta y totalmente asimétrica, del derecho y de la pena”.⁴

La calidad y condición de este tercero debiese ser central a un verdadero acuerdo de paz, así como al sistema de justicia transicional. Y este es a mi juicio uno de los problemas del acuerdo suscrito en la Habana, pues más que la aceptación de un tercero independiente, refleja la creación de una estructura de acuerdo entre las partes. La situación se torna más compleja cuando las dos, como en nuestro caso, la clase política y la insurgencia, atraviesan por serios problemas de legitimidad social.

Dicho de otra forma, la tarea de la guerrilla y de la clase política en el ámbito de la justicia transicional, si se quiere recuperar legitimidad, más que crear una estructura institucional o provisional de acuerdo, es discutir y acordar las condiciones que debe tener la participación de un tercero independiente que sea capaz de asegurar la verdad, la convivencia, la reconciliación, la eliminación de la venganza privada: el areópago de Ferrajoli. Es esta condición de tercero por fuera de las partes la que debe ser celosamente cuidada y protegida para asegurar la legitimidad del acuerdo y su futuro.

Más que de una comisión de juristas compuesta por delegados de las FARC y del Gobierno, lo ideal es que ambas partes manifiesten la aceptación de un tercero independiente de ellas encargado de elaborar el sistema de justicia transicional y la composición de sus estructuras. En nuestro caso, tal tarea podía ser encomendada perfectamente a Naciones Unidas, la academia y/o la Iglesia Católica.

Por eso, más allá de las discusiones técnicas que puedan derivarse de la publicación y conocimiento de los contenidos del Acuerdo de Justicia Transicional entre el Gobierno y las FARC, las principales dificultades derivan, a mi juicio, de los serios

4 Ferrajoli, L. (2015), *Justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna*, ob. cit.

problemas de legitimidad social que tienen tanto la insurgencia como la clase política en Colombia que afectan o condicionan no solo la viabilidad de este acuerdo, sino el futuro del proceso de paz mismo. Acordar un tercero y someterse a sus decisiones y recomendaciones es, o debe ser, la tarea de las partes.

En un caso como el colombiano, la aceptación de este tercero no solo es un asunto de justicia transicional, constituye una oportunidad, como veremos luego, para hacer posible un juicio de responsabilidad al régimen, iniciar la verdadera reforma política y fortalecer la independencia judicial.

La independencia plena de la justicia transicional constituye un punto de referencia para la reforma judicial que el país requiere. En efecto, un sistema de justicia independiente también es un mecanismo para proteger los derechos humanos, el acuerdo de convivencia al que nos referimos y la aplicación de la legalidad, tareas que trascienden a la transición.

En un Estado y una sociedad dual, esto es, que combinan la legalidad y la ilegalidad a la vez, una de las víctimas de la violencia, como ha sucedido en Colombia, es precisamente el poder judicial, de manera que consideramos pertinente hacer aquí algunas reflexiones y consideraciones en materia de política judicial para la convivencia que nos permita comprender el alcance de una verdadera independencia de la justicia transicional y de la convivencia.

Una de las características de los programas de reforma a la justicia en Colombia es la ausencia de una profunda reflexión de teoría y política judicial. Y es esta precisamente la principal característica y límite a la vez de los proyectos de reforma a la justicia presentados por el Gobierno y las autoridades judiciales;⁵ incluso, es además uno de los problemas del sistema de justicia para la transición.

La principal pretensión de esta parte del trabajo es contribuir a la discusión de cómo construir convivencia en Colombia y de cómo organizar un sistema judicial que la proteja y promueva. Nos ocuparemos en particular aquí de los fundamentos

5 Véanse el Acto Legislativo 2 de 2015, por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes, artículos 11 al 15. Este último crea la figura del Consejo de Gobierno del Poder Judicial, que desafortunadamente desarrolla de manera muy frágil la independencia interna y externa. Intenciones similares tenía la propuesta de reforma a la justicia que el Gobierno de Colombia, a través del Ministerio de Justicia, presentó al Parlamento el 4 de agosto de 2011. Dentro de sus principales propuestas está la reforma a la tutela, la descongestión de la justicia, la supresión del Consejo Superior de la Judicatura y la creación del Consejo Superior Judicial como órgano de gobierno de la justicia (puede consultarse en www.ministeriodelinterior.gov.co). El Consejo de Estado, por su parte, presentó su propio proyecto, en el que también hace una propuesta sobre la tutela, defiende al Consejo Superior de la Judicatura y pide una asignación presupuestal mínima del 5% para la justicia; véase “¿Contrarreforma de justicia?”, revista *Semana*, disponible en www.semana.com.co (consultado el 13 de agosto de 2011).

y contenidos de la llamada independencia de la justicia, de todo sistema de justicia, incluida la transicional, por supuesto.

La actuación de la Sala Penal de la Corte Suprema con las investigaciones abiertas contra un buen número de profesionales de la política nacional ha evidenciado tanto la magnitud de la crisis política y de legalidad que experimenta el país como las dificultades que han existido desde hace mucho tiempo para someter a la legalidad al poder político y la falta, en consecuencia, de una verdadera independencia del poder judicial.

Además de las de la Sala Penal, las actuaciones de la Corte Constitucional y de la Fiscalía General de la Nación ponen de manifiesto el protagonismo que en el país viene alcanzando la intervención judicial, protagonismo que demanda a la vez una mayor y más profunda reflexión sobre la relación entre poder judicial, democracia y sociedad.

No obstante, resulta pertinente tener en cuenta que esta falencia no es solo una característica de la justicia colombiana, también es predicable de todos los sistemas judiciales de América Latina. Un programa de teoría constitucional del poder judicial ni siquiera estuvo presente en los procesos de transformación pacífica de la sociedad acaecidos en El Salvador, Guatemala y Nicaragua durante la última década del siglo pasado.

De acuerdo con el profesor Zaffaroni, existen tres modelos de organización judicial que constituyen a la vez tres momentos de la evolución del sector justicia: el empírico primitivo, el tecnoburocrático y el constitucional de derecho;⁶ en América Latina la mayoría de los sistemas judiciales se encuentran en la primera categoría, y el colombiano, por su parte, para el profesor argentino, se ubica entre el primero y el segundo.

La estructura judicial depende en buena medida, como veremos luego, de la forma como se entiendan la democracia, el Estado de derecho y la política, así como de la manera como se conciba la relación entre el poder judicial y la sociedad.

Muchas de las reformas judiciales e institucionales puestas en marcha en América Latina, aun las generadas en el marco de acuerdos de paz, se producen al margen de una teoría y una política del derecho y del poder judicial, ello ha acontecido con los consejos superiores de la Judicatura. Los latinoamericanos (Colombia, El Salvador, Costa Rica, Perú, por ejemplo), no obstante mantener la misma denominación que los europeos, poco o nada tienen que ver con la reflexión teórica e histórica que so-

6 Zaffaroni, E. R. (1997), *Estructuras judiciales*, Buenos Aires, Ediar.

bre el derecho y la justicia permitiera la creación de tal institución en algunos países del Viejo Continente.⁷

Lo mismo ha acontecido con las cortes constitucionales, con la organización de un sistema judicial para la democracia y hasta con las procuradurías de derechos humanos o defensorías del pueblo.⁸ La falta de esta reflexión desnaturaliza los modelos institucionales y contribuye al desgaste de las instituciones creadas y consecuentemente al de la democracia. Y es esta, a mi juicio, la razón fundamental de la crisis o cuestionamiento que en Colombia y en otros países de la región experimenta la institución del Consejo Superior de la Judicatura o su similar.

Al margen de la existencia de las normas y de las instituciones, es evidente que el derecho se interesa o debe interesarse por su justificación. ¿Cómo se justifica la existencia del poder judicial? ¿Cuál es la relación entre poder judicial y democracia? ¿Cuál es la relación entre poder judicial, paz y convivencia? ¿Cómo se relaciona el poder judicial con la soberanía popular y con la sociedad?

Lo importante de la experiencia europea en torno al poder judicial y a los consejos superiores de la Magistratura no radica únicamente en el modelo construido, sino sobre todo en el debate político cultural que se generó en torno al poder judicial y su legitimidad, pues los modelos institucionales son consecuencia de los debates teórico-políticos e históricos. La riqueza que conlleva todo este proceso, en especial el italiano, es fundamental para contribuir a la construcción de un poder judicial para la democracia y la convivencia. Aunque se hable de diversos modelos de organización judicial y se sostenga que hay básicamente tres, como hemos visto, estos no pueden sustituir la reflexión sobre la legitimidad de la justicia. Una ciencia de la jurisdicción no puede reducirse solo a la técnica o estudio de los modelos de magistratura, debe ocuparse, fundamentalmente, de la teoría y de la política constitucional del poder judicial.⁹

7 Italia, España y Portugal son los tres países europeos que cuentan actualmente con la institución. El Consejo Superior de la Magistratura, el órgano de gobierno del poder judicial, tiene su origen constitucional en Italia a partir de la segunda mitad del siglo XX. En España se consagra normativamente y se desarrolla a partir de la Constitución de 1978. Posteriormente fue instaurado en Portugal.

8 Véase el trabajo de Rivera, S. (2001), *La protección de los derechos humanos. La experiencia de la PDDH*, El Salvador, Unicef.

9 Véanse, entre otros, los trabajos de Zaffaroni, E. R., *Estructuras judiciales*, ob. cit.; Rivera, S. (1997), “Legitimidad democrática del poder judicial”, en Martínez, J. (comp.), *Justicia para todos*, San Salvador, Fespada Ediciones; Ferrajoli, L. (1978), *Política y justicia en el Estado capitalista*, Barcelona, Fontanella; Bergalli, R. (1984), *Estado democrático y cuestión judicial. Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial*, Buenos Aires, Depalma, ob. cit.; Ibáñez, P. A. (2007), *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

El proceso de explicar y justificar la existencia de las instituciones puede expresarse de diversa manera: por las fuentes de que emana su poder, por la naturaleza de las funciones que cumple y por las finalidades que persigue.

Las fuentes de las que emana el poder en el Estado democrático de derecho son dos: la ley y la soberanía popular. El sometimiento a la legalidad de todos y cada uno de los poderes del Estado es la característica fundamental del Estado de derecho. Como la ley es la medida de la legitimidad de cada poder, es necesaria la existencia de una institución encargada de su guarda.

Manuel Gahona Cruz, magistrado víctima de la toma al Palacio de Justicia en Bogotá, señalaba: “La Carta lo que le manda a la Corte es que la Corte cuide la Carta y no que la Corte le haga la corte a quienes violan la Carta”.¹⁰

Las constituciones modernas demandan la protección del ciudadano y sus derechos frente a los poderes públicos y privados, y es esta protección la forma como el poder judicial se vincula con la soberanía popular y la que exige su independencia.

En síntesis, a diferencia de los otros poderes del Estado, el poder judicial se vincula a la soberanía popular no sobre la base de las mayorías, sino de la ley y de su independencia.

Por su parte, la naturaleza de las funciones de cada uno de los poderes demanda procedimientos específicos y el que legitima la función de cada poder es sustancialmente diferente. La mayoría condiciona la validez de los actos del poder político, tanto ejecutivo como legislativo; la legitimidad de la actuación judicial, en cambio, está condicionada por el grado de verdad constatado en el proceso investigativo que antecede a la decisión judicial. Volviendo a Ferrajoli, la independencia y la legalidad son garantía de verdad porque ninguna mayoría, ni consenso alguno, ni la unanimidad, pueden hacer verdadero lo que es falso, ni falso lo que es verdadero.¹¹

En este sentido, las comisiones de la verdad creadas en el marco de los acuerdos de paz para investigar las graves violaciones a los derechos humanos acaecidas durante los conflictos armados constituyen un fuerte cuestionamiento al modo como funciona el poder judicial en cada país, como hemos advertido.

En Colombia, curiosamente, las comisiones de la verdad son creadas por el mismo organismo judicial, lo cual constituye, más allá de los logros obtenidos, por lo menos una ironía, pues es la institución a la que se le ha confiado como tarea esencial investigar la verdad, la que pone al descubierto su propio fracaso y entrega a otra las facultades para que lo haga en su nombre; este es el caso de la llamada

10 Fundación de Estudios Políticos, Jurídicos y Sociales (julio-diciembre de 1985), “Nuevo Veredicto”, revista *Nuevo Veredicto*, N.º 8, Popayán, Universidad del Cauca, p. 6.

11 Ferrajoli, V. L., *Derecho y razón*, ob. cit., pp. 33-90.

Comisión de la Verdad para el esclarecimiento de los hechos del Palacio de Justicia de 1985.¹² En nuestro país hace falta más bien una comisión de la verdad en torno al no funcionamiento del aparato de justicia penal.

El sometimiento a la legalidad de los poderes públicos, la resolución imparcial de conflictos, la garantía de los derechos de los individuos, la protección del acuerdo de convivencia, la igualdad de los ciudadanos frente a la ley, el respeto de la dignidad humana y de la libertad de cada individuo, exigen un poder judicial independiente.

Siguiendo con Ferrajoli, “La independencia del poder judicial es garantía de democracia precisamente porque la legitimidad democrática del poder judicial es diferente a la de los otros poderes del Estado no teniendo nada que ver con la voluntad y opinión de la mayoría”.¹³

Existe otra razón que justifica la independencia del poder judicial y conviene mencionarla explícitamente, se trata de los límites y problemas que tiene la democracia de mayorías como consecuencia de la profesionalización del proceso de representación política, profesionalización que, a mi juicio, es base de la crisis en la política y los partidos por la que atraviesan Colombia y muchas otras sociedades. Cuando la política se profesionaliza corre el riesgo de convertirse en empresa privada, en el negocio del profesional que a ella se dedica, pierde su capacidad para generar y movilizar a la sociedad en torno de un proyecto colectivo. La independencia judicial es, en este sentido, un mecanismo para proteger los derechos de los ciudadanos reconocidos constitucionalmente, dignificar la política y fortalecer el aparato de justicia.

El debate político cultural desarrollado en torno a la legitimidad del poder judicial comprendió una vasta gama de temas teórico-políticos y técnico-jurídicos, entre los que vale la pena enunciar el problema de la seguridad jurídica y la certeza del derecho, el mito de la apoliticidad judicial, la cultura judicial, la carrera judicial, la responsabilidad del juez y el pluralismo ideológico-político.

Pero tal vez uno de los aspectos más importantes de esta experiencia, que no se puede desconocer, es que el debate sobre el poder judicial, particularmente en Italia, fue asociado a la necesidad de que los ciudadanos se apoderen e interesen por las funciones del Estado. El Consejo Superior de la Magistratura fue establecido como un instrumento tanto para el gobierno del poder judicial como para que los ciudadanos se apropien y preocupen por la función judicial.

Decir que un poder judicial es independiente significa que sobre el conjunto de instituciones que lo integran y sobre cada juez y fiscal en particular no deben existir injerencias de los otros poderes públicos y privados; que, dada la naturaleza del poder

12 Véase el Informe de la Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia.

13 Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, ob. cit.

y la función judicial, cada juez, cada fiscal, solo están sometidos a la ley y por tanto no reconocen superiores jerárquicos; pero también, y sobre todo, significa una nueva relación del poder judicial con las dinámicas de la sociedad civil.¹⁴

Antes de proseguir conviene advertir que las reflexiones anteriores, como las siguientes, se aplican a todas las fases de la vida judicial; incluyen, por supuesto, la investigación y el juzgamiento, y se refieren por tanto a la actividad de jueces, magistrados y fiscales.

La independencia judicial, como bien dice Bergalli, tiene que ser entendida como independencia frente a los otros poderes del Estado y a los centros de decisión de la organización judicial, pero no como separación de la sociedad civil ni como cuerpo separado de toda forma de control democrático y popular.¹⁵

En definitiva, la independencia judicial no constituye un privilegio de los jueces ni del aparato de justicia, es ante todo un instrumento de protección de los derechos de los ciudadanos, del acuerdo de convivencia, y característica esencial de una verdadera democracia política.

En la doctrina cada una de las manifestaciones de la independencia a que hemos hecho referencia tiene su propio desarrollo, se le denomina independencia externa a la independencia del poder judicial frente a los otros poderes públicos y privados, e independencia interna a la independencia de cada juez en la estructura del poder judicial.

¿Cómo evitar la intervención de los otros poderes en el poder judicial? ¿Cómo evitar la intervención de los llamados “superiores jerárquicos”, es decir, de los jueces o magistrados de segunda instancia o de casación, sobre la actividad de cada juez en particular?

Como la independencia no solo es un asunto declarativo, ni se limita a la actitud de un funcionario, se hace presente en la estructura y organización del sistema judi-

14 En el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, realizado en Milán (Italia) en agosto de 1985, se creó el documento denominado *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, aprobados por la Asamblea General mediante las resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de ese mismo año. Sobre el particular puede consultarse la página web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (www.ohch.org). Sobre independencia y organización judicial véanse, entre otros, los trabajos de Zaffaroni, E. R., *Estructuras judiciales*, ob. cit.; Bergalli, R., *Estado democrático y cuestión judicial. Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial*, ob. cit.; Ibáñez, P. A. y Movilla Álvarez, C. (1986), *El poder judicial*, Madrid, Tecnos; *En torno a la jurisdicción*, ob. cit.; Ferrajoli, L., *Política y justicia en el Estado capitalista*, ob. cit.; “Jurisdicción y democracia”, en la revista *Jueces para la democracia*, núm. 29, Madrid, 1997, p. 9, y Angelino, V. (2000), “Indipendenza della magistratura e verifche di professionalità”, en *Questione Giustizia*, núm. 2, pp. 315-329.

15 Bergalli, R., *Estado democrático y cuestión judicial. Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial*, ob. cit., p. 101.

cial. La experiencia y la doctrina reconocen varios principios organizativos. Veamos, brevemente, algunos de los más importantes.

1. *Límites a la política como profesión*

Como ya ha sido advertido, la sociedad requiere ser protegida de los riesgos que trae consigo un sistema político fundamentado en la profesionalización del proceso de representación de las mayorías. Se trata de reducir riesgos como que la ilegalidad se apodere del gobierno de una sociedad, que no se respeten las reglas del juego y que la política se convierta en una empresa o negocio particular. Los efectos nocivos que su materialización producen, afectan la convivencia en una sociedad, tal como lo demuestra la experiencia reciente de Colombia, caracterizada precisamente por la falta de mecanismos de protección frente a estos riesgos.

Entre los instrumentos técnicos que la doctrina y la práctica utilizan para establecer estos límites se encuentran, precisamente, el acuerdo de convivencia y la independencia del poder judicial.

Mediante el primero se asegura un mínimo de condiciones materiales que deben garantizarse a cada una de las personas, mínimo que no puede ser alterado ni por el poder legislativo ni por el ejecutivo. De los contenidos de este acuerdo nos hemos ocupado en otros apartados de este trabajo.

La independencia del poder judicial de los políticos de profesión es, según la doctrina, un instrumento para asegurar el cumplimiento de la legalidad, la solución pacífica de muchos conflictos sociales, la protección de los derechos de los ciudadanos y la tutela judicial del Acuerdo de Convivencia; y una necesidad para Colombia por el papel que ha llegado a ocupar recientemente la ilegalidad en la vida pública, en el estado y en la sociedad.

La independencia es la forma como el poder judicial se relaciona con los otros poderes del Estado y requiere de un órgano de gobierno en el que la participación de los políticos de profesión sea eliminada o reducida a su mínima expresión, y se encargue de establecer y promover las distintas formas como la justicia se puede relacionar con la sociedad. Conviene reiterar que la independencia judicial no es un privilegio de los jueces, sino la forma como se protegen los derechos de los ciudadanos y la convivencia en una sociedad.

Para cumplir la legalidad resulta fundamental, además, la unidad jurisdiccional; limitar, prohibir o reducir los fueros y las jurisdicciones especiales.

2. Separar el gobierno del poder judicial de la función jurisdiccional

Crear, a nivel constitucional, un órgano de gobierno del poder judicial con capacidad de interlocución frente a los otros poderes del Estado, encargado de definir la política judicial y de administrar la vida profesional de jueces y magistrados, esto es, el régimen de selección y permanencia de cada juez y magistrado en la vida judicial.

Una de las principales formas de afectar la independencia del poder judicial la constituye, sin duda, la injerencia que se pueda tener sobre los procesos de selección de los jueces y magistrados. La historia conoce distintas formas de elección: la designación por el Parlamento, la designación por el ejecutivo, la designación mediante el proceso de cooptación en las altas cortes, la elección popular, entre otras.

¿Cómo garantizar la independencia externa e interna del poder judicial en el proceso de selección de jueces y magistrados? La experiencia y la doctrina recomiendan que el órgano de gobierno del poder judicial sea una estructura pequeña compuesta prioritariamente por jueces y magistrados electos mediante votación por sus propios colegas. Los miembros restantes pueden ser electos por el ejecutivo y el legislativo, previo cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones establecidos constitucional y legalmente.

En cuanto se refiere a la participación de la ciudadanía, esta puede tener diferentes manifestaciones: en la publicidad de las actividades del órgano de gobierno, en la presentación pública de sus informes y en la crítica permanente a la actividad del Consejo y a la de los propios jueces, magistrados y fiscales.

En el caso de Italia, dos terceras partes del Consejo Superior de la Magistratura están compuestas por jueces y magistrados electos entre sus colegas. La tercera parte restante la elige el Parlamento. El presidente de la república preside el Consejo.¹⁶

Como la creación de los órganos de gobierno del poder judicial supone un equilibrio en el ejercicio de los poderes, se produce un cambio en las relaciones institucionales con los otros poderes del Estado. Ello ha acontecido con la ubicación institucional y composición de las cortes constitucionales, por ejemplo. Cortes que no forman parte de ninguno de los poderes del Estado, ni sus magistrados, se eligen únicamente por el poder legislativo. El órgano de gobierno del poder judicial, al igual que los otros poderes, participa en la propuesta y selección de los magistrados.¹⁷

16 Véanse el artículo 104 de la Constitución italiana. En el caso de España, ver artículos 117 a 136 de la Constitución; Pérez Royo, J. (2007), *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, pp. 755-793.

17 El Tribunal o Corte Constitucional está reconocido en los países europeos que vivieron la transición de regímenes violentos a regímenes democráticos. En Europa hay Tribunal Constitucional en Italia, Alemania, Austria, Portugal y España, países que fueron afectados por el fascismo, el nazismo y el franquismo, entre otros regímenes antidemocráticos. En el artículo 159.1 de Constitución española de 1978 se establece que los miembros del Tribunal Constitucional lo integran doce miembros nombrados por el rey, cuatro a

En la creación y estructuración de los consejos superiores de la magistratura como órganos al servicio de la independencia del poder judicial, más que a su denominación, debe ponerse interés en su composición, en los poderes a él asignados y en la publicidad de sus actuaciones. Conviene reiterar que la doctrina, como sucede en Colombia, incluye a la Fiscalía como parte del órgano judicial, de manera que los principios de independencia deben ser reconocidos igualmente para jueces y fiscales.

En suma, al órgano de gobierno del poder judicial le corresponde promover y defender la independencia de cada juez y fiscal, así como la del propio aparato de justicia; administrar la vida profesional de jueces, magistrados y fiscales incluyendo el régimen disciplinario; promover la asociación de jueces y fiscales, mantener relaciones de colaboración con los otros órganos del Estado y vincular el poder judicial con la sociedad.

En virtud de este principio, los magistrados y jueces deben dedicarse solamente a la tarea de juzgar o resolver en derecho sus conflictos. Esta es, sin duda, una de las formas de contribuir a descongestionar la justicia. No pueden participar en la elección de otros funcionarios públicos, como acertadamente lo propone el Gobierno, ni en los procesos disciplinarios contra los mismos jueces.¹⁸ El nombramiento de los magistrados de las Altas Cortes, de los magistrados y jueces, así como del fiscal general y los fiscales, debiese corresponder a este órgano de gobierno.

La cooptación judicial y la creación de un órgano de gobierno del poder judicial centrado en la participación de las Altas Cortes, según la doctrina, afecta la independencia judicial y la vida institucional de la justicia.

Es este órgano de gobierno el responsable de administrar el presupuesto judicial. También hay que suprimir la participación de los magistrados en la gestión del presupuesto de la justicia. No es de olvidar que la tarea de los magistrados, fiscales y jueces, en procura de una pronta y recta administración de justicia, no puede ser otra que la de dedicarse exclusivamente a resolver en derecho los conflictos a ellos encomendados y de rendir cuentas al Parlamento, al ejecutivo y a la sociedad de las actividades tanto del propio órgano de gobierno como de jueces, magistrados y fiscales.

3. Cambiar la estructura jerárquica y vertical del poder judicial

La naturaleza de la función jurisdiccional, es decir, el poder de decidir conforme a derecho en cada caso concreto, no requiere jerarquías. Los jueces deben ser iguales

propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos; cuatro a propuesta del Senado; dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (véase Pérez Royo, J. (2007), *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, pp. 794-829.

18 Si bien la elección de contralor general, procurador general, defensor del pueblo y demás órganos de control es otro tema de debate, escapa a los propósitos de este trabajo.

entre sí de forma tal que no debe haber una estructura ordenada jerárquicamente. Los recursos de apelación o impugnación de las decisiones de los jueces solo son una garantía para el ciudadano y nunca un instrumento de control frente a la actividad del juez.

Además de evitar las intrigas y las deslealtades entre los funcionarios judiciales con aspiraciones de ascenso profesional, la igualdad de los jueces y fiscales ha supuesto, como en el caso de Italia, la desaparición de la carrera judicial y la creación de un nuevo régimen profesional de la magistratura.

Como esta igualdad es una expresión de su independencia, ha sido reconocida constitucionalmente. En el caso italiano está consagrada en el art. 107 de la Constitución, que a su tenor dice: “Los magistrados se distinguen entre sí solamente por la diversidad de funciones”.

4. Garantizar la inamovilidad de jueces y fiscales

Dados los problemas que para la independencia tiene la carrera judicial, este principio tiene como propósito garantizar la estabilidad del juez en su cargo, y por supuesto del fiscal, una vez haya ingresado a la vida judicial, evitar modificaciones a su competencia y definir los ilícitos y procedimientos disciplinarios con celo garantista de la independencia de su función.

5. Garantizar la profesionalidad de jueces y fiscales

Con tal finalidad se impone modificar el régimen profesional de la magistratura en cuanto al ingreso a la misma y a la formación del juez. El ingreso de todos los funcionarios judiciales, además de ser competencia del órgano de gobierno del poder judicial, debe realizarse mediante concurso público de oposición. El concurso es el instrumento que menos afecta la independencia y garantiza la profesionalidad del juez. Tanto en el tema del concurso como en el de la profesionalización de los jueces Colombia registra avances significativos.

La formación del juez, además de enmarcarse dentro de la ciencia de la jurisdicción, debe permitir un análisis crítico de la jurisprudencia y promover la conciencia de la dimensión y responsabilidad social de la función judicial. Ello debe incidir en los planes de estudio y trabajo de las escuelas judiciales.

6. Estudiar el nuevo régimen de responsabilidad de jueces y fiscales

La independencia no exonera de responsabilidad al juez. En este sentido la doctrina ha estudiado con celo garantista de la independencia el régimen de responsabilidad disciplinaria, civil y penal de los jueces. La disciplinaria es competencia del órgano

de gobierno y no requiere de una gran estructura institucional; la penal y civil, del poder judicial.

7. *Permitir la vinculación del poder judicial, de cada juez y fiscal, en particular con las dinámicas de la sociedad civil*

La independencia sin posibilidades de vinculación a la sociedad civil no es verdadera independencia. Esto significa permitir y promover el pluralismo ideológico al interior de la magistratura, garantizar la asociación de jueces y promover una nueva cultura y política de lo judicial. Sin una democracia para el poder judicial no es posible un poder judicial para la democracia.

Si bien en Colombia, como lo señalara en su época Sandoval Huertas y como lo advierte actualmente Uprimny,¹⁹ existe una independencia judicial relativa, la injerencia de los profesionales de la política, del poder político en la selección de funcionarios judiciales y fiscales, afecta la independencia externa del poder judicial, y la participación de las Altas Cortes en la selección de los jueces y magistrados afecta la independencia interna. Todo esto sin mencionar la composición y funcionamiento del órgano de gobierno, el tema de la carrera judicial ni el del régimen disciplinario, ni los posibles problemas que para la independencia del sector pueda traer consigo la estructura y organización actual de la Fiscalía General de la Nación.²⁰

La situación del país demanda el fortalecimiento de la independencia judicial, esto es, de las autoridades responsables de la investigación y del juzgamiento de los ilícitos. La construcción de un verdadero poder judicial independiente, de un modelo de organización y de estructura judicial del tipo denominado como constitucional de derecho por Zaffaroni, constituye una de las tareas más importantes de nuestra sociedad en procura de la paz y la convivencia.

Terapia colectiva para la convivencia

19 Sandoval Huertas, E. (1985), *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis; Uprimny, R., Rodríguez, C. y García, M. (2006), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma.

20 El artículo 239 de la Constitución de Colombia reconoce la participación del poder político en el nombramiento de los magistrados de la Corte Constitucional; el 249 lo hace en torno al nombramiento del fiscal general; los artículos 254 y 256 hacen relación al Consejo Superior de la Judicatura, caso en el cual se ven afectadas tanto la independencia externa como la interna. La reforma propuesta por el gobierno en lugar de fortalecer la independencia del juez y del fiscal, la afecta negativamente con la composición de la sala de gobierno y el régimen disciplinario para jueces. Véase el artículo de Santana Rodríguez, P., “La reforma a la justicia”, en el semanario virtual *Caja de Herramientas*, edición 222, Corporación Viva la Ciudadanía, Bogotá, 3-9 de septiembre de 2010 (www.viva.org.co). También puede consultarse el texto del proyecto de reforma a la justicia presentado por el Gobierno a las Altas Cortes: “Proyecto de Acto Legislativo Reforma Judicial Constitucional”, Ministerio del Interior y de Justicia, Bogotá, 25 de agosto de 2010, publicado como anexo en el semanario virtual *Caja de Herramientas*, núm. 222.

Hay otras dos características del sistema de justicia para la convivencia que vamos a mencionar aquí; la protección de los derechos de las víctimas y su participación en todas las fases procesales hacen que esta tenga un lugar preponderante en el nuevo sistema, propicia y promueve nuevas relaciones entre las personas implicadas en la comisión de un ilícito penal e incluso, la utilización de un lenguaje distinto.

También se organiza sobre la base del reconocimiento de la inutilidad de la cárcel, atribuye por tanto carácter excepcional a la privación de libertad, la definición de penas alternativas a esta (trabajo comunitario, sanciones pecuniarias, etc.), la selección de lugares distintos a las penitenciarias para cumplirlas (prisión domiciliaria y territorial) y el uso de los centros de reclusión solo bajo condiciones y requisitos especiales.

El tránsito de un sistema de justicia a otro no es tarea sencilla, es gradual y requiere de un programa de pedagogía social y cultural para la convivencia. En una sociedad como la colombiana, con los niveles de violencia y cultura punitiva que experimenta, se hace necesario un ejercicio de terapia colectiva que vincule a todos los integrantes de la sociedad ocupándose de forma progresiva de todas las expresiones de la criminalidad y la ilegalidad: de la generada en torno al conflicto armado, de la delincuencia y la violencia juvenil, de la delincuencia común y del narcotráfico. Programa que identifique y promueva a la vez valores, símbolos; una ética y una estética para la convivencia; la autoestima colectiva y la canalización hacia la vida de todas las energías sociales e institucionales.

Este proceso constituye una excelente oportunidad para hacer frente al pasado de violencia, criminalidad e ilegalidad que ha vivido y experimenta Colombia. Un sistema de justicia que, además de asegurar la reparación a las víctimas y cumplir con la justicia penal internacional, de contar con una variedad de penas alternativas a la cárcel, sea severo en imponer como penas la prohibición de participar en la vida pública por un periodo de tiempo definido y la extinción de dominio sobre los bienes obtenidos ilegal o violentamente.

De conformidad con el artículo 5.º del Estatuto de Roma, deben ser objeto de la justicia transicional todos y solo los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, ante todo los que atentan contra la población civil —las masacres, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas, los secuestros, las violaciones y las torturas—, cometidos por todos los actores del conflicto. Y de acuerdo con Ferrajoli, “a este límite objetivo se puede añadir un límite ulterior, de carácter subjetivo: solo los máximos responsables de tales crímenes deben ser sometidos a este tipo de justicia penal”.²¹

21 Ferrajoli, L. (2015), *Justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto*, ob. cit.

Aunque las políticas públicas para la familia, objeto del Acuerdo de Convivencia que promovemos, no están pensadas como mecanismos de reparación a las víctimas, pueden formar parte o articularse con estos. Igualmente, constituyen un excelente instrumento para el proceso de reconciliación nacional.

Si bien no hay duda de que los alzados en armas pueden y deben participar en la vida política, dados los problemas de legalidad y legitimidad por los que atraviesan la clase política y la insurgencia, resulta conveniente que los principales dirigentes de ambas, por iniciativa propia o a solicitud ciudadana asuman la responsabilidad individual que les corresponda, renuncien protocolariamente a sus aspiraciones para continuar o ingresar a la vida política y condicionen su permanencia o ingreso a las decisiones y recomendaciones de la justicia penal para la convivencia, propiciando de esta manera que funcionarios públicos, magistrados, jueces, fiscales, líderes religiosos, dirigentes sociales y ciudadanos expresen su disposición también de someterse a esta jurisdicción, facilitando un juicio de responsabilidad al régimen y contribuyendo de paso a dar inicio al proceso de renovación y dignificación de la política.

Esta renovación constituye también una oportunidad para que en procura de la convivencia se fortalezca la relación política y la legalidad. Dos tareas resultan centrales: la primera, proscribir la violencia de la actividad política y fortalecer la democracia. Y la segunda, evitar que la política se convierta en un negocio particular. Proponemos cambiar un régimen basado en el predominio casi que exclusivo de la política como profesión, reducir los costos de la intermediación política, establecer límites y controles a fin de que deje de ser o se convierta en el negocio privado de los que a ello se dedican, se reduzca la corrupción y se aplique la legalidad. Incluso la paz, tal como lo evidencia la experiencia de otros países, no puede consistir en facilitar la incorporación a la legalidad de los políticos de profesión ilegales. La dignificación de la política es presupuesto fundamental para la paz y la convivencia.

Además de tener la posibilidad de convertirse en políticos de profesión, los alzados en armas podrían igualmente optar por ser empresarios sociales y culturales, y demandar del gobierno las políticas necesarias para acompañar este esfuerzo. Esta es también otra forma de hacer política.

A los fines de construir paz y poner en marcha un verdadero sistema de justicia para la transición, se necesita un acuerdo ciudadano para la convivencia, la reforma del régimen político y la creación de un sistema de justicia penal de nuevo tipo. La tarea de los actores del conflicto y la negociación es facilitar la construcción del acuerdo ciudadano, someterse al sistema de justicia para la convivencia y dar inicio a la reforma del régimen político.

Mediante el primero transformamos los acuerdos de paz política en un proyecto de país y cambiamos la justicia penal de una centrada en la delincuencia a otra en la



convivencia. La renuncia condicionada a las aspiraciones políticas y el sometimiento al sistema de justicia transicional hace posible un juicio de responsabilidad al régimen político y da inicio a su reforma; permite, igualmente, la construcción de un poder judicial plenamente independiente, requisito indispensable para la convivencia y el cumplimiento de la legalidad.

No hay razón económica, ni política, ni técnica, ni social, de ningún tipo, para no construir un acuerdo y un sistema de justicia para la convivencia. Con su puesta en marcha no solo se estará haciendo un uso mejor de los recursos públicos, sino que también la inteligencia y el talento de un país serán mejor aprovechados, la cultura jurídica se enriquecerá y se fortalecerán a su paso la convivencia y la democracia.

Bibliografía

- AA. VV. (2001), *Colombia, nunca más*, recuperado de www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/nm/z14i/index.html
- ABAD FACIOLINCE, Héctor (2007), *El olvido que seremos*, Barcelona, Seix Barral.
- ABRAHAMSON, Peter (2000), “¿Estado de bienestar nacional o europeo?”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago, *et al.* (dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas - Escuela Libre Editorial.
- ALBA, Alfonso (2000), *La riqueza de las familias: mujer y mercado de trabajo en España democrática*, Barcelona, Ariel.
- ALESINA, Alberto. y PEROTTI, Roberto. (1996), “Income distribution, political instability, and investment”, *European Economic Review*, núm. 40, pp. 1203-1328.
- ALBI, Emilio; GÓNZALEZ PÁRAMO, José Manuel y ZUBIRI, Ignacio (2004), *Economía pública*, Barcelona, Ariel.
- AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (2009), *Justicia de transición*, Uruguay, Konrad Adenauer - Stiftung, e. V.
- ANGIOLINI, V. (2000), “Indipendenza della magistratura e verifiche di professionalità”, *Questione Giurizzia*, núm. 2, pp. 315-329.
- ANISI, David (1997), *Creadores de escasez. Del bienestar al miedo*, Madrid, Alianza.
- ANISI, David (1989), “La posibilidad actual de un nuevo pacto keynesiano”, en MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael (comp.), *Crisis y futuro del Estado de bienestar*, Madrid, Alianza.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (1988), *Justicia y conflicto*, Madrid, Tecnos.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (1996), *Corrupción y Estado de derecho*, Madrid, Trotta.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2007), *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (dir.) (1999), *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y MOVILLA ÁLVAREZ, Claudio (1986), *El poder judicial*, Madrid, Tecnos.
- ARRIAGADA, Irma y GODOY, Lorena. (2000), “Prevenir o reprimir: falso dilema de la seguridad ciudadana”, *Revista de la Cepal*, núm. 70, pp.107-131.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (13 de septiembre de 2012), “Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición”, A/67/368.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (16 de diciembre de 2005), “Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, A/RES/60/147.
- BANCO MUNDIAL (1997), *Informe sobre el desarrollo mundial 1997. El Estado en un mundo en transformación*, Washington.
- BANDRÉS MOLINÉ, Eduardo y GARCÍA DELGADO, José Luis (2000), “Estado de Bienestar y crecimiento económico”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago, *et al.* (dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa* (pp. 279-286), Madrid, Civitas - Escuela Libre Editorial.
- BARAHONA DE BRITO, Alexandra, AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Carmen (eds.) (2002), *Las políticas hacia el pasado: juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Madrid, Istmo.
- BARATTA, Alessandro (1977), “El Estado de derecho. Historia del concepto y problemática actual”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 17-18, pp. 11-23.
- BARATTA, Alessandro (1986), “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal”, *Poder y Control*, núm. 0, pp.77-92.
- BARATTA, Alessandro (1987), “Principios del derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal”, *Doctrina Penal*, pp. 623-650.
- BARATTA, Alessandro (1990), “Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal”, *revista IIDH*, núm. 11, pp. 11-28.
- BARATTA, Alessandro (1991), *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI.

- BARATTA, Alessandro (1997), “Política criminal: entre la política de seguridad y la política social”, en CARRANZA, Elías, *Delito y seguridad de los habitantes*, San José de Costa Rica, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ilanud), pp. 80-95.
- BARATTA, Alessandro (2000), “La política criminal y el derecho penal de la Constitución. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales”, *Nueva Doctrina Penal*, t. 1999/B.
- BARATTA, Alessandro y RIVERA, Sneider (dirs.) (1995), *Niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal. El nuevo derecho penal juvenil: un derecho para la libertad y la responsabilidad*, San Salvador, Prodere-Edinfodoc, Ministerio de Justicia de El Salvador.
- BARATTA, Giorgio (2004). “Un humanismo de la convivencia”, *Anthropos*, núm. 204, pp. 59-53.
- BARRETO NIETO, Luis H. y RIVERA, Sneider (2009), *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*, Bogotá, Ministerio de Justicia - Unión Europea.
- BECCARIA, Cesare (1983), *De los delitos y de las penas*, Barcelona, Bruguera.
- BECK, Ulrich (1998), *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós Ibérica.
- BECK, Ulrich (2000), *La democracia y sus enemigos*, Barcelona, Paidós Ibérica.
- BECK, Ulrich (2000), *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Barcelona, Paidós Ibérica.
- BECK, Ulrich (2002), “Políticas alternativas a la sociedad de trabajo”, en AA. VV., *Presente y futuro del Estado de bienestar: el debate europeo*, Buenos Aires, Editorial Miño y Dávila.
- BEGG, Iain; DRAXLER, Juraj y MORTENSEN, Jorgen (agosto de 2008), “¿Is Social Europe Fit for Globalisation?”, *CEPS Policy Brief*, núm. 165, Bruselas, Centre for European Policy Studies.
- BENTHAM, Jeremy (1978), *Escritos económicos*, México, Fondo de Cultura Económica.
- BERGALLI, Roberto (1982), *Crítica a la criminología: hacia una teoría crítica del control social en América Latina*, Bogotá, Temis.
- BERGALLI, Roberto (1983), *Pensamiento criminológico II: Estado y control*, Barcelona, Península.
- BERGALLI, Roberto (1984), *Estado democrático y cuestión judicial. Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial*, Buenos Aires, Depalma.
- BERGALLI, Roberto (1999), *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*, Buenos Aires, Ad-Hoc.

- BERGALLI, Roberto (2001), “Globalización y control social: posfordismo y control punitivo”, *Sistema*, núm. 160, pp. 107-124.
- BERGALLI, Roberto y BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1983), *Pensamiento criminológico: un análisis crítico*, Barcelona, Península.
- BERGER, Peter y LUCKMANN, Thomas (1968), *La construcción social de la realidad*, Madrid, Amorrortu-Munguía.
- BERNSTEIN, Eduard (1982), *Las premisas del socialismo y las tareas de la socialdemocracia*, México, Siglo XXI.
- BEVERIDGE, Informe de Lord (1989), *Seguro social y servicios afines*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- BOBBIO, Norberto (1977), *¿Existe una doctrina marxista del Estado?*, Barcelona, Avance.
- BOBBIO, Norberto (1977), *¿Qué socialismo?*, Barcelona, Plaza y Janés.
- BOBBIO, Norberto (1982), *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa.
- BOBBIO, Norberto (1984), *Las ideologías y el poder en crisis*, Barcelona, Ariel.
- BOBBIO, Norberto (1986), *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica.
- BOBBIO, Norberto (1991), *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema.
- BORRA MARCOS, Cristina y PALMA MARTOS, Luis (2005), “Las políticas familiares: entre la conciliación laboral y la fecundidad”, en LASARTE, Javier (ed.), *La familia ante el derecho tributario*, Granada (España), Comares - Fundación El Monte.
- BORRA MARCOS, Cristina y GÓNZALEZ CAMACHO, M. Carmen (2009), “Las políticas familiares en la Unión Europea”, Documento de Trabajo, Departamento de Historia e Instituciones Económicas y Economía Aplicada, Universidad de Sevilla, Sevilla.
- BUSTOS GISBERT, Antonio (1998), *Lecciones de Hacienda Pública I*, Madrid, Colex.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1984), *Manual de derecho penal español. Parte general*, Barcelona, Ariel.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1990), *Coca-cocaína, entre el derecho y la guerra (política criminal de la droga en los países andinos)*, Barcelona, PPU.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1990). *Control social y sistema penal*, Barcelona, PPU.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2004), *Nuevo sistema de derecho penal*, Madrid, Trotta.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2006), *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Madrid, Trotta.

- BUVINIC, Mayra. y MORRISON, Andrew. (1999), *Violence as an Obstacle to Development*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo.
- CARRARA, Francesco (1956), *Programa de derecho criminal. Parte general*, Bogotá, Temis.
- CARRILLO FLÓREZ, Fernando (2007), “Seguridad ciudadana en América Latina: un bien público cada vez más escaso”, *Pensamiento Iberoamericano*, núm. 0, pp. 181-198.
- CASTELLS, Antoni y BOSCH, Nuria (dirs.) (1998), *El futuro del Estado de bienestar*, Madrid, Civitas.
- CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA (2013), *¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad: informe general Grupo de Memoria Histórica*, Bogotá, Centro Nacional de Memoria Histórica.
- CEPAL (1997), *Panorama Social de América Latina 1996*, Santiago de Chile, Cepal, LC/G, p. 1946.
- CEPAL (1999), *Panorama social de América Latina 1998*, Santiago de Chile, Cepal, LC/G, p. 2050.
- CHRISTIE, Nils (1993), *La industria del control del crimen*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2005), “Los valores europeos en un mundo globalizado”, contribución de la Comisión a la reunión de jefes de Estado y de Gobierno en el mes de octubre, comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, Bruselas, 20.10.2005, com (2005) 525 final.
- COMISIÓN HISTÓRICA DEL CONFLICTO Y SUS VÍCTIMAS (2015), “Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia”, recuperado de www.elespectador.com/el-informe-de-comisión-historica
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (2007), “Towards common principles of flexicurity: more and better jobs through flexibility and security”, communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Bruselas.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (2008), Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and The Committee Of The Regions, “Renewed social agenda: Opportunities, access and solidarity in 21st century Europe”, Bruselas, 2.7.2008 COM (2008) 412 final.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (9 de agosto de 2012), “Informe del Relator Especial

- sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff”, A/HCR/2146.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS (3 de agosto de 2004), “Informe del Secretario General sobre el Estado de derecho y la justicia transicional en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, S/2004/616.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS (12 de octubre de 2011), “Informe del Secretario General sobre el Estado de derecho y la justicia transicional en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, S/2011/634.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS (18 de febrero de 2005), “Conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, E/CN.4/2005/102/add.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2007). *Memorias 2006*, ts. I y II, Madrid, CGPJ, Centro de Documentación Judicial.
- CORPORACIÓN EXCELENCIA DE LA JUSTICIA (2015), *Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*, Bogotá.
- CORPORACIÓN TRANSPARENCIA POR COLOMBIA (2011), *Corruptions perceptions 2010. Results*, recuperado de www.transparenciacolombia.org.co
- CORPORACIÓN TRANSPARENCIA POR COLOMBIA (2011), *Informe global de la corrupción 2007*, recuperado de www.transparenciacolombia.org.co
- CORPORACIÓN TRANSPARENCIA POR COLOMBIA (2011), *Informe global de la corrupción 2010*, recuperado de www.transparenciacolombia.org.co
- COSTA, Jean Paul (2000), “La Carta Social Europea revisada”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago *et. al.* (dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa* (pp. 435-447), Madrid, Civitas - Escuela Libre Editorial.
- CRESPO GARRIDO, María y GARCÍA PÉREZ, Carmelo (2005), “Adecuación de las políticas públicas de familia a la situación de la fecundidad en España y sus comunidades autónomas”, en LASARTE, Javier (ed.), *La familia ante el derecho tributario*, Granada (España), Comares - Fundación El Monte.
- DE LA ROTA, Miguel Emilio y BERNAL URIBE, Carolina (2014), *Esfuerzos irracionales. Investigación penal del homicidio y otros delitos complejos*, Bogotá, DeJusticia.
- DÍAZ, Catalina (ed.) (2010), *Tareas pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*, Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ).
- DÍAZ, Catalina; SÁNCHEZ, Nelson Camilo y UPRIMNY, Rodrigo (2009), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Bogotá, Centro

- Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) - Centro de Estudios de Justicia y Sociedad, DeJusticia.
- DÍAZ, Elías (1978), *Legalidad - legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, Civitas.
- DURKHEIM, Emilio (1988), *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales*, Madrid, Alianza.
- EGGERSTSSON, Thráinn (1995), *El comportamiento económico y las instituciones*, Madrid, Alianza.
- ERHARD, Ludwing (1994), *Economía social de mercado: su valor permanente*, MIRABELL, Ignacio (ed. y pres.), Madrid, Rialp.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta (1993), *Los tres mundos del Estado de bienestar*, Valencia, Edicions Alfons El Magnanim, Institució Valenciana D Estudis i Investigació, Generalitat Valenciana, Diputació Provincial de València.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta (2000), *Fundamentos sociales de las economías posindustriales*, Barcelona, Ariel.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta (2002), “¿Burócratas o arquitectos? La reestructuración del Estado benefactor en Europa”, en AA. VV., *Presente y futuro del Estado de bienestar: el debate europeo*, Buenos Aires, Editorial Miño y Dávila.
- Elster, John (2006), *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz.
- EUCKEN, Walter (1963), *La economía de mercado*, Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones.
- EUCKEN, Walter (1967), *Cuestiones fundamentales de economía política*, Madrid, Alianza.
- EUROSTAT (2006), *The family in the EU 25 seen through figures*.
- FANNZYBER, Pablo; LEDERMAN, Daniel y LOAYZA, Norman (2001), *Crimen y violencia en América Latina*, Bogotá, Alfa y Omega.
- FERRAJOLI, Luigi (1978), *Política y justicia en el Estado capitalista*, Barcelona, Fontanella.
- FERRAJOLI, Luigi (1986), “El derecho penal mínimo”, *Poder y Control*, núm. 0, pp. 25-48.
- FERRAJOLI, Luigi (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi, (1997), “Jurisdicción y democracia”, *Jueces para la Democracia*, núm. 29, p. 9.
- FERRAJOLI, Luigi (2001), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi (2001), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi (2004), *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi (2006), *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*, Madrid, Trotta.

- FERRAJOLI, Luigi (2007), “Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho”, *Crimen y Castigo*, Cuaderno del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires, año 1, núm. 1, p. 27.
- FERRAJOLI, Luigi (2008), *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi (septiembre de 2015), “La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna”, conferencia presentada en Bogotá. Véase la página web de la Fiscalía: www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/FERRAJOLI-PAZ
- FERRAJOLI, Luigi; SENESE, Salvatore *et al.* (1978), *Política y justicia en el Estado capitalista*, Barcelona, Fontanella.
- FERRERA, Maurizio (2000), “Los dilemas de la Europa social”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago *et al.* (dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa* (pp. 421-433), Madrid, Escuela Libre Editorial - Civitas.
- FISAS, Vicenc (2010), *Procesos de paz comparados. Cuaderns de Construcio de Pau*, Barcelona, Escola Cultura de Pau-Agencia Catalana de Cooperació al Desenvolupament.
- FLAQUER, Luis (2000), *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*, Barcelona, Ed. Fundación la Caixa, Colección Estudios Sociales.
- FLAQUER, Luis (2002), *Políticas familiares en la Unión Europea*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials.
- FRIEDMAN, Milton (1987), *Libertad de elegir: hacia un nuevo liberalismo económico*, Barcelona, Grijalbo.
- FUNDACION NUEVO VEREDICTO (julio-diciembre de 1985), “Editorial”, *Nuevo Veredicto*, núm. 8, p. 6.
- GALLÓN GIRALDO, Gustavo y REED HURTADO, Michel (eds.) (2007). *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones: compilación de documentos de la ONU*, Bogotá, Comisión Colombiana de Juristas.
- GALTUNG, Johan (2003), *Paz por medios pacíficos*, Bilbao, Bakeaz, Centro de Documentación y Estudios para la Paz.
- GAMBOA, Camila de (ed.) (2006), *Justicia transicional: teoría y praxis*, Bogotá, Universidad del Rosario.
- GARCIA COTARELO, Ramón (1986), *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo (2000), “El reconocimiento de los derechos sociales en la Comunidad Europea”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago *et al.* (dirs.),

- Las estructuras del bienestar en Europa* (pp. 413-420), Madrid, Civitas - Escuela Libre Editorial.
- GIDDENS, Antony (1999), *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, Madrid, Taurus.
- GONZÁLEZ CAMACHO, M. Carmen (1999), *Capitalismo, economía de mercado y doctrina social de la Iglesia*, Trabajo de investigación, Sevilla, Departamento de Teoría Económica y Economía Política de la Universidad de Sevilla.
- GONZÁLEZ PÁRAMO, Juan Manuel (2000), “De recortes y reformas en el Estado de bienestar: el papel de la gestión pública”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago *et al.* (dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa* (pp. 525-550), Madrid, Once-Civitas.
- GONZÁLEZ SEARA, Luis (2000), “Antecedentes y fundamentos teóricos y doctrinales del Estado de bienestar”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago *et al.* (dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa* (pp. 37-129), Madrid, Once - Civitas.
- GONZÁLEZ TEMPRANO, Antonio (2003), “El Estado del bienestar en España en los años noventa”, en GONZÁLEZ TEMPRANO, Antonio (dir.), *La consolidación del Estado del bienestar en España* (pp. 17-65), Madrid, Consejo Económico y Social.
- GONZÁLEZ TEMPRANO, Antonio (dir.) (2003), *La consolidación del Estado del bienestar en España*, Madrid, Consejo Económico y Social.
- GONZÁLEZ TEMPRANO, Antonio y TORRES VILLANUEVA, Eugenio (1992), *El Estado del bienestar en los países de la OCDE*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Publicaciones.
- GOUGH, Ian (1982), *Economía política del Estado del bienestar*, Madrid, H. Blume.
- HABERMAS, Jürgen (1999), *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós.
- HABERMAS, Jürgen (2009), *¡Ay, Europa!*, Madrid, Trotta.
- HÁBITAT (noviembre de 2009), *Enhancing urban safety and security-Global Report on human Settlements 2007*, recuperado de www.unhabitat.org
- HAYECK, Friedrich (1998), *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, Unión Editorial.
- HAYECK, Friedrich (2008), *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía*, Madrid, Unión Editorial.
- HOBBS, Thomas (1994), *El leviatán*, Barcelona, Atalaya.
- HULSMAN, Louk (1986), “La criminología crítica y el concepto de delito”, *Poder y control*, núm. 0, pp. 119-135.

- HULSMAN, Louk y BERNAT DE, Celis (1984), *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel.
- INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES (2007), *World Prison Population List in Research Findings*, 7.^a ed., Londres.
- IPPOLITO, Franco (1997), “Independencia judicial y transición política”, en MARTÍNEZ, Jaime (comp.), *Justicia para todos*, San Salvador, Fespada Ediciones.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1965), *Tratado de derecho penal*, v. I, Buenos Aires. Editorial Losada.
- KELSEN, Hans (2003), *La paz por medio del derecho*, Madrid, Trotta.
- LARRAURI, Elena (1987), “Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista”, *Poder y Control*, núm. 3, pp. 95-115.
- LARRAURI, Elena (1992), *La herencia de la criminología crítica*, Madrid, Siglo XXI.
- LARRAURI, Elena y CID, José (2005), *La delincuencia violenta: ¿prevenir, castigar o rehabilitar?*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- LASARTE, Javier (2005), *La familia ante el derecho tributario*, Granada (España), Comares - Fundación El Monte, Granada.
- LE MONDE DIPLOMATIQUE (2005), *Europa: momentos decisivos*, Madrid, Cybermonde.
- LEVITT, Steven y DUBNER, Stephen (2006), *Freakonomics* [un economista políticamente incorrecto explora el lado oculto de lo que nos afecta], Barcelona, Ediciones B.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, Claudia (2016), *¡Adiós a las FARC!. ¿Y ahora qué?*, Bogotá, Editorial Debate.
- LÓPEZ LÓPEZ, María Teresa y VALIÑO CASTRO, Aurelia (2004), *Conciliación familiar y laboral en la Unión Europea*, Madrid, Consejo Económico y Social, Colección Estudios.
- MANI, Rama (2011), “La reparación como un componente de la justicia transicional: la búsqueda de la ‘justicia reparadora’ en el posconflicto”, en MINOW, Martha; Crocker, David y Mani, Rama, *Justicia transicional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes - Pontificia Universidad Javeriana.
- MARSHALL, Thomas. Humphrey. y BOTTOMORE, Tom (1998), *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza.
- MARTÍNEZ, SÁNCHEZ, Mauricio (1990), *¿Qué pasa en la criminología moderna?*, Bogotá, Temis.
- MARTÍNEZ, SÁNCHEZ, Mauricio (1996), *La abolición del sistema penal*, Bogotá, Temis.

- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio (1999), *La crisis de la justicia penal en Colombia*, Bogotá, Temis.
- MINOW, Martha, CROCKER, David y MANI, Rama (2011). *Justicia transicional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes - Pontificia Universidad Javeriana.
- MISHRA, Ramesh (1992), *El Estado de bienestar en crisis: pensamiento y cambio social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- MISHRA, Ramesh (2000), “El Estado de bienestar en transición: Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda en la década de los noventa”, en MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael, *Retos y restricciones del Estado de bienestar en el cambio de siglo* (pp. 109-136), Madrid, Alianza.
- MONTERO, Tomás (2014), *Justicia restaurativa: instrumentos internacionales*, Lima, PAIP.
- MONTORO ROMERO, Ricardo (2000), “El Estado de bienestar moderno”, en MUÑOZ MACHADO, S. *et al.* (dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas - Escuela Libre Editorial.
- MORENO MÍNGUEZ, Almudena (2007), *Familia y empleo de la mujer en los regímenes del bienestar del sur de Europa. Incidencia de las políticas familiares y laborales*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas.
- MORENO, Luis (1997), *Unión Europea y Estado del bienestar*, Madrid, Instituto de Estudios Sociales Avanzados.
- MÜLLER ARMACK, Alfred (1963), “Las ordenaciones económicas desde el punto de vista social”, en EUCKEN, Walter; MÜLLER ARMACK, Alfred *et al.*, *La economía de mercado*, Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones.
- MISES, Ludwig (1980), *Seis lecciones sobre el capitalismo*, Madrid, Unión Editorial.
- MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael (1989), “Economía de mercado y Estado de bienestar”, en MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael (ed.), *Crisis y futuro del Estado de bienestar*, Madrid, Alianza Universidad.
- MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael (2000), “Retos y restricciones del Estado de bienestar en el cambio de siglo”, en MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael (ed.), *El Estado del bienestar en el cambio de siglo* (pp. 17-108), Madrid, Alianza.
- MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael (comp.) (1995), *Crisis y futuro del Estado del bienestar*, Madrid, Alianza.
- MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael (ed.) (2000) *El Estado del bienestar en el cambio de siglo*, Madrid, Alianza.
- MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael *et al.* (2007), *Desigualdad y delincuencia: una aplicación para España*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.

- MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael y BONETE, Rafael (2002), *Introducción a la Unión Europea: un análisis desde la economía*, Madrid, Alianza.
- MUÑOZ GÓMEZ, Jesús Antonio (2013), *Los sistemas punitivos a la luz de un modelo de la complejidad*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez.
- MUÑOZ GÓMEZ, Jesús Antonio (1986), El objeto de la criminología para América Latina y para Colombia, *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 14, pp. 49-63.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago; GARCÍA DELGADO, José Luis y GONZÁLEZ SEARA, Luis (2000), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Once - Civitas.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, et al. (2000), “La europeización de la garantía de los derechos y la universalización en Europa de algunas políticas de bienestar”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago et al. (dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa* (pp. 305-408), Madrid, Once - Civitas.
- NAVARRO, Vicenc (2000), *Globalización económica, poder político y Estado del bienestar*, Barcelona, Ariel.
- NAVARRO, Vicenc (2000), *Neoliberalismo y Estado del bienestar*, Barcelona, Ariel.
- NAVARRO, Vicenc (2004), “El Estado de bienestar en España”, en NAVARRO, Vicenc (coord.), *El Estado de bienestar en España*, Madrid, Tecnos - Universidad Pompeu Fabra.
- NAVARRO, Vicenc (2006), *El subdesarrollo social de España. Causas y consecuencias*, Barcelona, Anagrama.
- NORTH, Douglas (1993), *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de Cultura Económica.
- NOZICK, Robert (1990), *Anarquía, Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica.
- OCHANDO CLARAMUNT, Carlos (1999), *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, Barcelona, Ariel Practicum.
- OCHANDO CLARAMUNT, Carlos (2002), *El Estado del bienestar*, Barcelona, Ariel.
- O’CONNOR, James (1981), *La crisis fiscal del Estado*, Barcelona, Península.
- OECD (noviembre de 2009), “Family Database”.
- OECD (julio de 2009), “Social Expenditure Database”, recuperado de www.oecd.org/els/social/expenditure
- OECD (julio de 2009), “Society at a Glance 2009-OECD Social Indicators”.
- OECD (mayo de 2009), “Government expenditure by function”.
- OECD (julio de 2007), *Babies and Bosses. Reconciling Work and Family Life a Synthesis of Findings for OECD Countries*, versión electrónica.

- OFFE, Claus (1994), *Contradicciones en el Estado del bienestar*, versión española de Antonio Escotado, Madrid, Alianza.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2006), *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Comisiones de la Verdad*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2006), *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2006), *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Procesos de depuración: marco operacional*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2009), *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (2006), *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, Nueva York, Naciones Unidas.
- PALMA MARTOS, Luis (2009), “Política social y Estado del bienestar en la Unión Europea”, Documento de trabajo, Departamento de Economía e Historia Económica de la Universidad de Sevilla, Sevilla.
- Orozco Abad, Iván (2005), *Sobre los límites de la conciencia humanitaria: dilemas de la paz y la justicia en América Latina*, Bogotá, Temis - Universidad de los Andes.
- PALMA MARTOS, Luis (dir.) (2003), *Los nuevos yacimientos de empleo en servicios de apoyo a la familia en la ciudad de Sevilla*, Sevilla, Redes - Servicio de Desarrollo Local del Ayuntamiento de Sevilla.
- PALMA MARTOS, Luis (2003), “Política social y Estado del bienestar en la Unión Europea. Implicaciones ante el reto de la ampliación”, en *Bienestar y nuevos yacimientos de empleo* (pp. 9-28), Sevilla, Redes - Ayuntamiento de Sevilla.
- PALMA MARTOS, Luis (2005), “El Estado de bienestar en los albores del siglo XXI”, en PALMA, Luis (dir.), *La oferta de servicios de atención a la dependencia en la ciudad de Sevilla*, Sevilla, Redes.
- PALMA MARTOS, Luis (2005), “El Estado de bienestar en los albores del siglo XXI”, en REDES, *La oferta de servicios de atención a la dependencia en la ciudad de Sevilla: menores de tres años, personas con discapacidad y mayores* (pp. 15-41), Sevilla, Ayuntamiento de Sevilla - Universidad de Sevilla.

- PALMA MARTOS, Luis (2005), *La oferta de servicios de atención a la dependencia en la ciudad de Sevilla: menores de tres años, personas con discapacidad y mayores*, Sevilla, Redes - Servicio de Desarrollo Local del Ayuntamiento de Sevilla.
- PARLAMENTO EUROPEO (2009), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, recuperado de www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf (consultado el 20 de noviembre de 2009).
- PARLAMENTO EUROPEO (2009), *Tratado de Lisboa*, recuperado de www.europa.eu/lisbon-treaty (consultado el 20 de noviembre de 2009).
- PASTOR PRIETO, Santos (1990), “Elementos para un análisis económico de la justicia: el gasto público en justicia en España”, *Hacienda Pública española*, núm. 116, pp.155-174.
- PASTOR PRIETO, Santos (1991), “Gasto público en justicia: una nota comparativa”, *Presupuesto y gasto público*, núm. 3, pp.115-120.
- PASTOR PRIETO, Santos (1991), *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos.
- PASTOR PRIETO, Santos (1993), *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, Civitas - Ministerio de Justicia.
- PASTOR PRIETO, Santos y MORENO CATENA, Víctor (dirs.) (2002), *El coste de la justicia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- PECES BARBA, Gregorio (1980), *Derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Latina Universitaria.
- PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando (1986), *Curso de Criminología*, Bogotá, Temis.
- PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando (2005), *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- PÉREZ ROYO, Javier (2007), *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons.
- PREZWORSKI, Adam (1988), *Capitalismo y socialdemocracia*, Madrid, Alianza.
- PICO, Josep (1990), *Teorías sobre el Estado del bienestar*, Madrid, Siglo XXI.
- PINILLA PALLEJÁ, Rafael (2004), *La renta básica de ciudadanía: una propuesta clave para la renovación del Estado del bienestar*, Barcelona, Icaria.
- PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ (2005), *Compendio de la doctrina social de la Iglesia*, ts. I y II, Madrid, Movimiento Cultural Cristiano - Librería Dersa.
- PONTIFICIO CONSEJO PARA LA FAMILIA (2009), *Familia y derechos humanos*, Biblioteca electrónica Cristiana Bec, recuperado de <http://multimedios.org/docs/d000753> (consultado en noviembre de 2009).

- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, PNUD (2009), *Informe sobre desarrollo humano 2007*, Madrid, Mundi Prensa, recuperado de <http://hdr.undp.org> (consultado en octubre de 2009).
- RAVENTOS, Daniel (1999), *El derecho a la existencia: la propuesta del subsidio universal garantizado*, Barcelona, Ariel.
- RAVENTOS, Daniel (2002), *La renta básica: por una ciudadanía más libre, más igualitaria y más fraterna*, Barcelona, Ariel.
- RAWLS, John (1997), *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica.
- RAWLS, John (2004), *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso (1984), *Criminología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- RIFKIN, Jeremy (2004), *El sueño europeo*, Barcelona, Paidós.
- RITTER, Gerhard (1991), *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- RIVERA, Iñaki (coord.) (2005), *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos.
- RIVERA, Sneider (1997), “Legitimidad democrática del poder judicial”, en MARTÍNEZ, Jaime (comp.), *Justicia para todos*, San Salvador, Fespac Ediciones.
- RIVERA, Sneider (1999), *La nueva justicia penal juvenil. La experiencia de El Salvador*, 2.^a ed., El Salvador, Unicef.
- RIVERA, Sneider (2000), *La protección de los derechos humanos. La experiencia de la PDDH de El Salvador*. El Salvador, Unicef.
- RIVERA, Sneider (2013), *Política del derecho para la paz y la convivencia en Colombia. Más allá del esquema diálogo-guerra*, Bogotá, Oikos.
- RIVERA, Sneider; LEÓN, Guadalupe y BARRETO, Luis H. (2008), *Informe final de la Misión de asistencia técnica internacional para la elaboración de un estudio de impunidad del Sistema Penal colombiano*, Bogotá, Ministerio del Interior y de Justicia - Unión Europea.
- ROIG ALONSO, Miguel (1988), “El gasto público en justicia”, en *Papeles de Economía Española*, núm. 37, pp. 280-292.
- ROJAS, Mauricio (2008), *Reinventar el Estado de bienestar. La experiencia de Suecia*, Madrid, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales FAES.
- RUBIO LARA, María (1991), *La formación del Estado social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- SANDOVAL HUERTAS, Emiro (1982), *Penología. Parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

- SANDOVAL HUERTAS, Emiro (1985), *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis.
- SANTANA RODRÍGUEZ, Pedro (2010), “La reforma a la justicia”, en Semanario virtual *Caja de Herramientas*, núm. 222, Bogotá, Corporación Viva la Ciudadanía, recuperado de www.viva.org.co
- SANTANA, Pedro (comp.) (1995), *Crisis política, impunidad y pobreza en Colombia*, Bogotá, Corporación Viva la Ciudadanía - Ediciones Foro Nacional por Colombia.
- SANTA SEDE - Documentos Papales (octubre de 2009), *Centesimus annus 48 a*, recuperado de www.vatican.va/edocs/ESI/0081
- SANTA SEDE - Documentos Papales (octubre de 2009), *Gaudium et Spes*.
- SANTA SEDE - Documentos Papales (octubre de 2009), *Mater et Magistra*, recuperado de www.vatican.va/holy_father/john_x_xiii/encyclicals/documents/15051961
- SANTA SEDE - Documentos Papales (octubre de 2009), *Pacem in terris*, recuperado de www.vatican.va/holy_father/john_x_xiii/encyclicals/documents/1141963
- SANTA SEDE - Documentos Papales (octubre de 2009), *Populorum Progressio*, recuperado de www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/26031967
- SANTA SEDE - Documentos Papales (octubre de 2009), *Rerum novarum*, recuperado de www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/15051891_rerum_novarum
- SANTA SEDE - Documentos Papales (octubre de 2009), [www.vatican-ra/hoy-father/benedictXVI/encyclicalsdocuments/20090629](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/20090629)
- SEN, Amartya Kumar (2006), *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, Madrid, Katz.
- SEN, Amartya Kumar (1997), *Sobre ética y economía*, Madrid, Alianza.
- SENGHAS, Dieter (1985), *Aprender de Europa: consideraciones sobre la historia del desarrollo*, Barcelona, Alfa.
- SILVEIRA, Héctor (1988), *El modelo político italiano. Un laboratorio: de la tercera vía a la globalización*, Barcelona, Edicions Universitat de Barcelona.
- STIGLITZ, Joseph (2002), *La economía del sector público*, Barcelona, Antoni Bosch.
- STOCKHOLM INTERNATIONAL PEACE RESEARCH INSTITUTE (agosto de 2007), “Sipri Military Expenditure Database”, recuperado de www.sipri.org
- TITMUS, Richard (1981), *Política social*, Barcelona, Ariel.
- TOCORA, Fernando (1997), *Política criminal contemporánea*, Bogotá, Temis.
- UNITED NATIONS, OFFICE ON DRUGS AND CRIME (1999), *Global Report on Crime and Justice*, Graeme Newman (ed.), Nueva York, Oxford University Press.

- UPRIMNY, Rodrigo; SÁNCHEZ, Luz María y SÁNCHEZ, Nelson Camilo (2014), *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, DeJusticia.
- UPRIMNY, Rodrigo; RODRÍGUEZ, César y GARCÍA, Mauricio (2006), *¿Justicia para todos? Sistema Judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo *et al.* (2006), *¿Justicia transicional sin transición?*, Bogotá, De Justicia.
- VALENCIA VILLA, Hernando (2007), “Introducción a la justicia transicional”, *Claves de razón práctica*, núm. 180, pp. 76-82.
- VALIÑO CASTRO, Aurelia (1999), “Gasto público en justicia”, Documento de trabajo, Universidad Complutense de Madrid.
- VON LISZT, Franz (1995), *La idea del fin en el derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo de 1882*. Deft, Granada, Comares.
- WILKINSON, Richard y PICKET, Kate (2009), *Desigualdad: un análisis de la (in) felicidad colectiva*, Madrid, Turner.
- WORLD BANK, LATINOMERICAN AND CARIBBEAN STUDIES (1998), *Determinants of Crime Rates in Latinamerican and the World*. Washington D. C., The World Bank.
- YOUNG, Jock (2003)**, *La sociedad excluyente: exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, **Madrid, Marcial Pons.**
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1990), *En busca de las penas perdidas*, Bogotá, Temis.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1993), *Criminología: aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1997), *Estructuras judiciales*, Buenos Aires, Ediar.
- ZIPF, Hans (1980), *Introducción a la política criminal*, Madrid, Edersa.

