



La pena en la justicia especial para la Paz como herramienta para consolidar la Paz y restablecer el orden jurídico e institucional en Colombia

Sandra Marisol Rincón Arcos

Trabajo de grado para optar al título profesional:
**Maestría en Derechos Humanos y Derecho Internacional
de los Conflictos Armados**

Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto"
Bogotá D.C., Colombia

2017

B452

Gj. 1

**LA PENA EN LA JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ COMO HERRAMIENTA
PARA CONSOLIDAR LA PAZ Y RESTABLECER EL ORDEN JURÍDICO E
INSTITUCIONAL EN COLOMBIA**



SANDRA MARISOL RINCÓN ARCOS

ESCUELA SUPERIOR DE GUERRA

**MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL
DE LOS CONFLICTOS ARMADOS**

BOGOTÁ D.C.

2017

82868

La pena en la justicia especial para la paz como herramienta para consolidar la paz y restablecer el orden jurídico e institucional en Colombia.

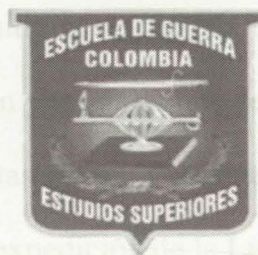
2

Ministerio de Defensa Nacional

Comando General de las Fuerzas Militares

Escuela Superior de Guerra

Maestría en derechos humanos y derecho internacional de los conflictos armados



La pena en la justicia especial para la paz como herramienta para consolidar la paz y restablecer el orden jurídico e institucional en Colombia

Sandra Marisol Rincón Arcos

Doctor: Luis Andrés Vélez Rodríguez

Derechos Humanos, DICA y justicia

Maestría en derechos humanos y derecho internacional de los conflictos armados

Trabajo de grado

Bogotá - Colombia

2017

Resumen

La imposición de la pena como poder punitivo de los estados, tiene una finalidad, en aras de consolidar la democracia o la convivencia pacífica dentro de cada sociedad. En Colombia, con la suscripción del Acuerdo final de paz, se pretende terminar el conflicto armado interno que por más de cinco décadas ha ocasionado graves violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, así mismo, busca garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

Las penas que se encuentran previstas dentro del Acuerdo Final y que, actualmente son objeto de debate en el Congreso previo a la expedición de la Ley Estatutaria que regule la materia, pretenden restablecer el orden jurídico e institucional, consolidar la democracia y dar cabal cumplimiento a las obligaciones internacionales en la lucha contra la impunidad y la garantía y protección de los derechos humanos.

Para lograr en Colombia, la consolidación de la paz y la reconstrucción de los tejidos sociales quebrantados, debe acudir a instrumentos excepcionales de la justicia transicional. La pena, es por lo tanto una de las herramientas que se ha incorporado dentro de la Justicia Especial para la Paz, con el fin de prevenir la comisión nuevamente de hechos que puedan constituirse como graves violaciones a los derechos humanos, así como, herramienta para restaurar y reparar el daño causado a las víctimas con ocasión del conflicto armado y guardar la debida observancia a los tratados internacionales que obligan al estado a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Palabras Claves: La pena, la paz, Derechos de las víctimas, Derechos humanos, Impunidad, Justicia Transicional.

Abstract

The imposition of punishment as punitive power of the states, has a purpose, for the sake of consolidating democracy or peaceful coexistence within each society. In Colombia, with the signing of the final Peace Agreement, the aim is to end the internal armed conflict that for more than five decades has caused serious violations of International Human Rights Law and International Humanitarian Law, and seeks to guarantee the rights of the victims to the truth, justice, reparation and guarantees of non-repetition.

The penalties that are foreseen in the Final Agreement and that are currently under discussion in the Congress prior to the issuance of the Statutory Law that regulates the matter, are intended to restore the legal and institutional order, consolidate democracy and fully comply with international obligations in the fight against impunity and the guarantee and protection of human rights.

To achieve in Colombia, the consolidation of peace and the reconstruction of the broken social fabric, we must turn to exceptional instruments of transitional justice. The penalty is therefore one of the tools that has been incorporated into the Special Justice for Peace, in order to prevent the commission of events that could constitute serious human rights violations, as well as a tool for restore and repair the damage caused to victims during the armed conflict and keep due observance of international treaties that oblige the state to respect, protect and guarantee human rights.

Key Words: Punishment, Peace, Victims Rights, Human Rights, Impunity, Transitional Justice.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco al Dios del cielo y de la tierra que me permitió adelantar y culminar este significativo logro, a mis padres que, aunque ya no están en esta tierra, me guiaron y oraron por mí ante Dios para que esta Maestría en Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Conflictos Armados fuera una realidad. A mi amada hija Ángela María, que apoyó incondicionalmente a su madre en este difícil y sacrificante caminar, aunque muchas veces me extrañó, esta fue sin duda, una lección de vida, aprendió que las cosas que siempre valen la pena, requieren de grandes esfuerzos y constante disciplina. A mi esposo, quien con su gran amor y generosidad logró sortear cada ausencia mía en el hogar, a mis hermanos que estuvieron siempre prestos para apoyarme en todas mis actividades académicas y familiares durante este recorrido, son mi tesoro más grande. A la Escuela Superior de Guerra y a toda la comunidad académica de esta prestigiosa institución, que me hicieron amar aún más mi profesión, cada uno aportó cosas invaluable a mi vida, al Dr. Luis Andrés Vélez, quien además de ser mi mentor, fue mi más grande referente académico de esta Escuela, y a cada una de las personas que en grande o pequeña medida contribuyeron a ser de este proyecto una realidad. Muchas gracias.

CONTENIDO

1. Introducción	9
2. La pena como respuesta a la comisión de un delito a través de la historia	15
2.1 Suplicio: el <i>ius puniendi</i> para quien comete un delito.....	15
2.2 El humanismo como principio condicionante a la acción punitiva del estado.....	19
2.3 La constitución y la ley como lineamientos normativos para la imposición de la pena.....	24
3. Teorías que sustentan la imposición de la pena	29
3.1 Teorías absolutas de la pena	29
3.2 Teorías relativas de la pena	30
3.3 Teoría mixta o ecléctica de la unión	33
3.4 Teoría negativa o agnóstica de la pena.....	34
3.5 Teoría del derecho penal mínimo.....	35
4. La justicia transicional como herramienta excepcional para alcanzar la paz.....	37
4.1 La paz, ideal democrático para el fortalecimiento social e institucional	37
4.2 La justicia transicional en procesos de mutación de estados en conflicto a estados en paz	39
4.3 La búsqueda de la convivencia pacífica en el ordenamiento jurídico colombiano	45
5. La función y el fin de la pena en la Justicia Especial para la Paz.....	51
5.1 La Constitución como mecanismo integrador de las normas internacionales de protección y garantía de derechos humanos al ordenamiento interno colombiano.....	51
5.2 La lucha contra la impunidad y la garantía de los derechos de las víctimas en la justicia especial para la paz	57
5.3 Crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional y su regulación en el Ordenamiento Jurídico Colombiano	62
El delito de Genocidio	62
Respecto del delito de lesa humanidad:	64
En cuanto a los Crímenes de Guerra:	67

Y finalmente, en lo que tiene que ver con el Crimen de Agresión:70

5.4 La sanción penal como concreción a los derechos de las víctimas y el cumplimiento en las obligaciones internacionales72

6. CONCLUSIONES 76

7. BIBLIOGRAFÍA 79

CONADEP

Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas

FARC

Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia

JEP

Justicia Especial para la Paz

M-19

Movimiento Guerrillero de 19 de Abril de 1970

M.P.

Magistrado Ponente

TPIY

Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia

TPIR

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

I. INTRODUCCIÓN

ABREVIATURAS

AUC	Autodefensas Unidas de Colombia
CEJIL	Centro por la Justicia y el Derecho Internacional
CONADEP	Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
JEP	Justicia Especial para la Paz
M-19	Movimiento Guerrillero de 19 de Abril de 1970
M.P.	Magistrado Ponente
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda

1. INTRODUCCIÓN

A través de la historia, los estados han pretendido expiar los daños causados con la conducta ilícita ejecutada por un individuo, mediante la imposición de una pena. Sin embargo, a través del tiempo la forma de sanción ha cambiado, el cuerpo del individuo ya no es el receptor del reproche social, ahora recae en su derecho a la libertad, aunque, en el modelo de justicia transicional el reproche social ha de realizarse teniendo en cuenta la reparación del daño que con su conducta causó. Es así que, algunos teóricos han pretendido enmarcar la función y el fin de la pena dentro de diferentes teorías. En la búsqueda de justificar la pena dentro de parámetros de necesidad o utilidad que, dependiendo del grado de desarrollo social en determinada comunidad, puede recurrirse, bien a ll modelo de retribución o al modelo de prevención.

En Colombia, después de haber padecido por varias décadas el conflicto armado colombiano y atendiendo la necesidad de buscar la paz, no solo como ejercicio de un derecho, sino como un deber de obligatorio cumplimiento (Costitución Política de Colombia, 1991), se ha recurrido a la implementación de un nuevo modelo de justicia penal, con miras a garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación, las garantías de no repetición y la terminación del conflicto armado interno, mediante la adopción de una justicia transicional. La función de la pena, en este nuevo modelo de justicia, ha de ser el resultado del respeto y garantía de los derechos de las víctimas, el cumplimiento en las obligaciones internacionales contraídas por el estado colombiano en la lucha contra la impunidad, la consolidación de la paz y el restablecimiento del orden jurídico e institucional.

Hasta antes del acto legislativo 01 del año 2012, se sostenía que el único modelo de justicia transicional en Colombia era el que se encontraba regulado por la ley 975 de 2005, que reglamentaba el procedimiento para que los miembros de los grupos armados organizados que

La pena en la justicia especial para la paz como herramienta para consolidar la paz y restablecer el orden jurídico e institucional en Colombia.

10

operaban al margen de la ley se reincorporaran a la vida civil y logaran cooperar para la efectiva consecución de la paz. No obstante, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, mucho antes de la ley 975 de 2005, ya se habían promulgado múltiples normas con el fin de solucionar los conflictos pacíficamente y buscar la restauración a un daño por medios menos penosos.

En Colombia, la búsqueda de la paz ha sido una constante. Para el año 1982, el gobierno de Belisario Betancourt, llevó a cabo un proceso de paz avalado por la Constitución de 1886, debido a los enfrentamientos constantes entre el Estado y las diferentes guerrillas que operaban para la época (Arias, 1993). En el periodo de gobierno del presidente Virgilio Barco, se emprende una iniciativa política, con el fin de consolidar la paz, permitiendo que el grupo guerrillero M-19 se reincorporara a la vida civil y se alcanzara la dejación de armas, por parte de este. (Centro de Memoria Paz y Reconciliación, 2014)

El 9 de diciembre de 1990, durante el gobierno de Cesar Gaviria Trujillo, la Alianza democrática M-19 obtuvo una votación significativa en dichas elecciones lo que demostró que su participación en política, después del desarme era una realidad. De los setenta constituyentes elegidos, la Alianza Democrática (M-19) obtuvo diecinueve. En este histórico proceso de consolidación de la democracia no estuvieron presentes, representantes del grupo guerrillero FARC y ELN, lo que a futuro les permitió fortalecer su lucha en contra de los gobiernos de turno (Gonyalons, 2017).

En el año 1994 llega al poder el presidente Ernesto Samper Pizano, quien pretende reestablecer con los grupos de guerrilla, una política de paz, para poder superar los anteriores intentos fallidos de consolidación de la paz.

Posteriormente, con el gobierno del presidente Andrés Pastrana Borrero, se continuó con el legado que sus predecesores habían iniciado, en la lucha por alcanzar la tan anhelada paz y la

terminación del conflicto armado en Colombia. Su gobierno se abanderaba de la búsqueda de la paz, que, mediante una política de diálogos con los miembros de la guerrilla de las FARC, en zonas del país que se encontraban dispuestas únicamente para esta finalidad, se pretendía consolidar estos ideales históricos.

Así mismo, el presidente Álvaro Uribe Vélez, adoptó el programa de gobierno denominado “seguridad democrática”, el cual, pretendía reestablecer el orden público mediante el accionar bélico contra los grupos guerrilleros, especialmente contra el grupo guerrillero de las FARC. Para el año 2005 se expide la ley 975 de 2005 denominada “Ley de Justicia y Paz” en la que se reconoció ser promulgada para lograr fines políticos del grupo armado Autodefensas Unidas de Colombia, sin embargo la legitimidad en la expedición de esta ley, fue empañada por los diferentes escándalos sobre la intervención de los paramilitares en el congreso de la república, con la llamada “Parapolítica”, aunque en vigencia de esta norma se realizaron diferentes procesos de extradición de grandes comandantes paramilitares de las AUC y del Bloque Central Bolívar en el año 2008 (Grajales, 2011).

Por su parte el Presidente Santos, aunando esfuerzos, logra consolidar un acuerdo, en el que se pacta el fin del conflicto, otorgando concesiones en materia penal a fin de garantizar la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición en el marco de una Justicia Especial de Paz, la cual, se encuentra diseñada para garantizar una correcta investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de aquellos que se encuentren responsables de las graves violaciones en contra de los derechos humanos, ocurridos en Colombia a causa del conflicto armado. (Corte Interamericana de Derechos Humanos , 1998)

Dentro del Acuerdo Final, se tuvo en cuenta la posibilidad de aplicar penas alternativas a quienes colaboren de forma efectiva en la Justicia Especial para la Paz. La individualización de la

pena, en este escenario, ha sido concebida para lograr reestablecer los derechos de las víctimas conculcados, la terminación del conflicto armado, el cumplimiento de las obligaciones internacionales respecto de la lucha contra la impunidad y el restablecimiento del orden jurídico, político y social. El sentido y el alcance actual se basan en la reconstrucción de la paz quebrantada con el conflicto y el fortalecimiento de las instituciones del estado, lo que quiere decir, que con el transcurrir del tiempo, ha desaparecido la concepción de que en el cuerpo humano se purgan los pecados, el suplicio ya no es el blanco del poder punitivo del estado como lo indica Foucault, sino que, el fin ahora es, impedir que se causen los mismos daños y evitar que otros los cometan nuevamente. (Becaria, 2015)

La pena, ha sido empleada en todas las sociedades, como la facultad punitiva del estado, contra quien comete una conducta ilícita, aunque en el caso en concreto, contiene connotaciones más de carácter social e institucional que de carácter penal.

Las diferentes teorías que justifican su imposición, la identifican como una sanción para quien decide atentar contra los bienes jurídicos protegidos por el legislador, de ahí la importancia de ésta en el marco de la justicia transicional adoptada en Colombia para la terminación del conflicto armado, la consolidación de la paz y el restablecimiento del orden jurídico e institucional del estado.

Esta nueva forma de contemplar la pena en el ordenamiento jurídico colombiano, es impuesta como un medio para lograr los fines del estado, respecto del respeto y garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, la superación del conflicto armado interno, la lucha contra la impunidad y el fortalecimiento de los tejidos sociales con el fin de lograr una convivencia pacífica.

La pena, en el marco de la Justicia Especial para la Paz, es una herramienta para consolidar la paz y restablecer el ordenamiento jurídico e institucional, ya que es en ésta, donde se concreta la posibilidad de que los sujetos infractores dejen las armas y se reincorporen a la vida civil, ya que al otorgárseles grandes concesiones penales a cambio de colaborar en el esclarecimiento de los hechos y en el reconocimiento de su responsabilidad, la pena adquiere un fin utilitario.

A lo largo de esta investigación, realizaré una descripción de la pena a través de los diferentes procesos históricos que ha presentado la sociedad. Así mismo, tomaré en el desarrollo de este trabajo, los fundamentos teóricos de César Becaría y Franz Von Liszt en lo que respecta a la función y el fin de la pena, dentro del nuevo modelo de sanción penal adoptado en la Justicia Especial para la Paz, por lo que permitirá concluir que la misma, es una herramienta subsidiaria para la consolidación de la paz y el restablecimiento del orden jurídico e institucional en Colombia.

De acuerdo a lo anteriormente señalado se formula el Problema de investigación, ya que la implementación y adopción de diferentes instrumentos de carácter excepcional con el fin de terminar con el conflicto armado en Colombia, implica que se organice un nuevo modelo de justicia en materia penal, que cumpla con los estándares internacionales y las obligaciones por Colombia contraídas en la lucha contra la impunidad, así mismo que garantice los derechos de las víctimas y logre la consolidación de la paz.

Por lo que es necesario plantear la siguiente pregunta de investigación ¿Cómo la pena, puede ser una herramienta dentro de la Justicia Especial para la Paz, para consolidar la paz y reestablecer el orden jurídico e institucional en Colombia?

En cuanto a la metodología utilizada, se ha recurrido a un tipo descriptivo e histórico puesto que, a través del tiempo, las sociedades han pretendido proteger los diferentes bienes jurídicos, mediante la imposición de penas que logren castigar el mal cometido, sin embargo, las Naciones

Unidas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la jurisprudencia constitucional, y la doctrina han realizado pronunciamientos respecto de las sanciones penales alternativas, en procesos socio políticos de conflicto a paz, ya que la finalidad perseguida en este escenario no corresponde a aquella que aparece en conflictos sociales corrientes. En cuanto al método de investigación, ha sido el analítico, donde a partir de diferentes posturas doctrinales se determinó la función y fin de la pena, en el marco de transiciones de guerra a paz y el restablecimiento del orden jurídico e institucional de un estado, mediante la adopción de la teoría relativa de la pena, encaminada a la prevención especial, con fundamento en el teórico Franz Von Liszt.

Dentro del análisis de la Doctrina sobre el tema, se tomará como principal referente a Cesar Becaría con su libro “De los delitos y de las Penas”, así como a los teóricos Claus Roxín y el libro “Problemas Básicos del Derecho Penal” Franz Von Liszt con su libro “La idea del Fin” y a Luigi Ferrajoli y el libro “Prevención y teoría de la pena”, así como diversas posturas teóricas y doctrinales que abordan la cuestión de la función y el fin de la pena en el derecho penal.

Teniendo en cuenta la herramienta adoptada en el presente trabajo de investigación, como documentos, doctrina, jurisprudencia, fue necesario, utilizar técnicas de recaudación y análisis para determinar si los mismos resultaban adecuados al momento de realizar los respectivos aportes teóricos al presente trabajo, el enfoque empleado es mediante la adopción de un concepto general para aplicarse a un caso particular, se tomaron conceptos como la pena, justicia transicional, la paz y se llevó al caso particular de la Justicia Especial para la Paz como modelo de justicia transicional en Colombia y la función y el fin de la pena que en este nuevo modelo de justicia ha de adoptarse.

Las dificultades que se presentaron en el desarrollo de este trabajo fueron sobre todo en encontrar material documental sobre la efectividad de la pena, en la Justicia Especial para la Paz, toda vez que la misma aún no ha empezado a operar.

2. LA PENA COMO RESPUESTA A LA COMISIÓN DE UN DELITO A TRAVÉS DE LA HISTORIA

A través de procesos históricos, la humanidad ha pretendido encausar la conducta humana cuándo ésta ha sido contraria a lo establecido en sus propias normas, su finalidad ha sido que el infractor no vuelva a realizarla y que la sociedad en general no desee repetir tal acto, teniendo en cuenta el castigo al que se ve expuesto quien decide cometer el hecho ilícito.

En la antigüedad, no se tenía claro la teoría del fin o de la función de la pena, sin embargo, la lucha por mantener el equilibrio social, permitía que se llevaran a cabo actos públicos, que purgaran la comisión de una conducta no permitida o rechazada por el conglomerado social, ese reproche, recaía entonces en el cuerpo del infractor, el temor a ser expuestos a tan vejaminosos actos, conseguía que no se cometieran nuevamente tales hechos.

En la actualidad, las conductas que no son aceptables socialmente han sido descritas dentro de un texto normativo como delitos, los cuales, dentro de su enunciado contienen el reproche de determinada conducta ilícita y una sanción para quien la infrinja, como respuesta social, la cual será ejecutada por los Jueces en representación del poder punitivo del estado.

2.1 Suplicio: el *ius puniendi* para quien comete un delito

En la época antigua, la llamada ley del Talión de “ojo por ojo, diente por diente” regía para el año 1700 A.C., en la antigua Mesopotamia, fue un intento de ley penal, aplicado a quienes atentaran contra los bienes, propiedades y derechos de sus semejantes, estos sujetos eran acreedores de unas sanciones enunciadas por el rey en razón de su cercanía con la divinidad (Caza, 2003).

En la antigua Roma, dentro del escrito de las XII Tablas, se encontraban la pena de muerte como castigo y la ley del Talión, el delincuente debía sufrir el mismo daño que había causado con

su conducta (Barrio, 1993). Por su parte, el Código de Manú (año 200 A.C.), evidenciaba dos tipos de muerte para los delincuentes: la simple, que se trataba del descabezamiento, y la muerte calificada, ocasionada por golpes a palo, fuego, aplastamiento por los pies de un elefante, ahogo, aceite hirviendo, ser cortado en trozos con navajas o ser desgarrado de sus extremidades (Durkheim É. , 2016). Estas penas estaban previstas para los delitos más graves. En caso de conductas consideradas menos graves, las mutilaciones, otras clases de castigos corporales y las multas, eran las apropiadas a imponerse. En este sentido el castigo era visto como justicia para todos los hombres, pues ninguno era tan naturalmente virtuoso como para no padecerlo y el temor al castigo era lo que no permitía que los hombres se abandonaran a sus placeres (Drama, 1883).

En la compilación legislativa¹ *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, del año 534, las sanciones impuestas por delitos cometidos dependían de la persona infractora (Torres, 2009). Así, eran condenados a muerte, los esclavos, mientras que se imponían penas menos severas para libres, militares y clérigos. Las penas de mutilaciones o amputaciones², multas, azotes, confiscación de bienes, exclusión de derechos, eran aplicadas a las faltas menos graves y la pena de muerte para las conductas más ofensivas en contra el emperador, es decir para los declarados herejes, paganos o samaritanos, ya que atentaban contra el régimen imperial (González, 1990).

Dentro de la compilación que realizara Justiniano, se encontraron constituciones que trataban sobre la pena preventiva y la duración máxima de la misma dependiendo del proceso que se adelantara, la cárcel era la forma para garantizar el desarrollo del proceso, mas no era prevista como una pena. Esta pena carcelaria no era concebida como en la actualidad, su finalidad no era en materia penal sino, procesal, la pena preventiva para la época en que gobernó Justiniano podría

¹ El Digesto o pandectas: Agrupaba la Jurisprudencia, Las institutas: Obra escrita para aprender el derecho.

² Eran penas para determinados delitos en algunas ocasiones como pena subsidiaria de multa

ser de hasta un año, la reclusión tenía presente la separación de sexos, no eran autorizadas las cárceles privadas, pues la facultad de encarcelar a una persona era del emperador y se les hacía efectiva la ley del talión a quienes por cuenta propia atentaran contra el poder punitivo del emperador o para quienes lo quisiera suplantar en esta labor.

El objeto del castigo sobre el que gira el poder punitivo del estado siempre fue, el cuerpo humano. Michel Foucault lo identifica como el receptor del repudio general en aras de salvaguardar el orden social y demostrar el poder del estado monárquico mediante un espectáculo terrorista, degradante y ejemplarizante frente a la conducta desobediente que ultraja la autoridad del soberano (Fraile, 1985).

Posteriormente, la edad media empieza a emerger como resultado de la caída del imperio Romano y como un nuevo modelo de pensamiento racional. En este periodo de la historia se experimentaron cambios ideológicos, y el modelo de castigo que hasta el momento imperaba no fue la excepción. Los castigos físicos se encontraban vigentes, pero eran excepcionalmente aplicados; la pena de muerte seguía siendo un castigo ejemplar y contundente para quienes cometían delitos mayores. La reparación del daño a la víctima aparece por primera vez en el texto de las *Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, ya que, quien negara el daño causado lo pagaba doblado. En este sentido la finalidad de la sanción punitiva estaba reservada a la reparación del daño, cuando estuviera previsto.

Los hechos que amenazaban con la perturbación de la paz merecían el más alto repudio por parte de la sociedad y del estado - la pena de muerte, la función de la pena debía ser retributiva. Es así como en la edad media, se encontraban vigentes dos corrientes diferentes de función punitiva de la sanción, ya que empezaba a contemplarse una forma diferente de castigar el delito, se

vislumbraba una pequeña justicia restaurativa, sin embargo, la sangre de quienes delinquían seguía siendo el principal pago por su hecho, la retribución, en su máximo esplendor.

En 1215 después de que el rey Juan de Inglaterra llamado “Juan sin Tierra”, llegara a algunos acuerdos con los nobles de la época para poner límite al poder absoluto del rey, se da nacimiento al que se conoce como el primer documento de origen constitucionalista: La Carta Magna. Este documento consagraba los acuerdos que se lograron entre el Estado, la iglesia y los demás miembros de Inglaterra, con el objetivo de poner fin al absolutismo monárquico y al logro de una convivencia pacífica.

Dentro de la Carta se encuentran contemplados avances en el reconocimiento de los derechos humanos, derechos a poder acudir a la administración de justicia, al debido proceso, al juez natural, que son entre otros el pilar fundamental del garantismo. En este documento se manifestaba la existencia de un procomún, (Linebaugh, 2013) de donde se deriva el habeas corpus, el juicio por jurado, el imperio legal y la prohibición de la tortura. Las penas que se encontraban consagradas dentro del texto eran básicamente pecuniarias y privativas de la libertad. Este poder de sancionar se encontraba en cabeza de una persona investida de tal poder para ejercerlo. La carta Magna, es por lo tanto un documento en el que se pretendió dar por terminados conflictos en los que se encontraba inmerso Inglaterra, reconociendo derechos nunca antes pensados y la finalidad del castigo se encuentra enmarcado por la función de retribución que el mismo conlleva (Carta Magna, 1215).

De este hito histórico emerge una nueva corriente ideológica en razón del individuo y sus derechos.

2.2 El humanismo como principio condicionante a la acción punitiva del estado

Con el iluminismo o ilustración, aparecen grandes teóricos que aportan con su conocimiento las principales corrientes de pensamiento contemporáneo. Se empieza a generar una nueva forma de concepción del mundo y de las ideas que lo gobiernan. Se replantea la legitimación del castigo como pena, la voluntad divina pasa a un segundo plano, y se da paso a los acuerdos colectivos. Los castigos empiezan a verse como respuesta a la transgresión de los acuerdos pactados, ya no se trata de una pena merecida, sino de una pena útil. (Fraile, 1985)

Se empieza a evidenciar la proporción del delito con la pena, emerge la humanidad de las penas o en palabras de Montesquieu el justo medio, de tal forma que no todos los castigos tenían carácter pecuniario o corporal (Montesquieu, 1906). La ideología de penas proporcionales emerge al no concebir el penalizar de igual forma dos delitos que ofendían desigualmente a la sociedad, ya que, de ser así, los individuos no encontrarían un limitante lo suficientemente fuerte para cometer el mayor delito, cuando encuentran en este una mayor ventaja (Beccaria, 2015).

Para el año 1764, aparece el señor Cesar Becaria quien con la reflexión de que los actos que emanen de la autoridad, de un hombre a otro hombre, que no sea derivado de la necesidad absoluta será un acto de tiranía, evidenciando que la función punitiva del estado, debe ser guiada por la voluntad del legislador como el responsable de decretar las penas por los delitos cometidos y las mismas debían basarse en la voluntad general.

La pena, por tanto, no debía infligir un sufrimiento al individuo, ni deshacer el delito cometido, el fin es, impedir al delincuente causar nuevos daños a la comunidad³ y disuadir a otros individuos a su no realización⁴. La pena de muerte para entonces, tenía esa finalidad - la retribución

³ Teoría de la prevención especial

⁴ Teoría de la prevención general

a un castigo justo - imposibilitando al delincuente a reincidir en el hecho y de esta manera se disuadía a otros individuos a cometer el mismo acto (Neuman, 2004).

Para Beccaria la pena privativa de la libertad era viable mediante la emisión de una sentencia, y la cárcel, era el instrumento para custodiar al individuo hasta ser declarado reo, por lo tanto, su permanencia en ella debía ser mínima y la pena debía ser lo menos dura posible (Beccaria, 2015). Este pensamiento transformador sobre la base del humanismo, opuesto al proceso inquisitivo que predominaba en la época, se forjaba sobre una racionalidad de la ley y en la proporcionalidad de las penas, lo que contribuye ampliamente a la ideología proclamada en la Revolución Francesa. La que, a su vez, produjo un despliegue ideológico de dogmas de igualdad, fraternidad y libertad, principios que fueron los precursores de la Declaración Universal de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Fernández, 1983).

En cuanto al Derecho Penal, la influencia de este nuevo pensamiento incide drásticamente en el castigo, pues se adopta el principio de que la pena no debe ser pública, pero, los hechos y la decisión debían ser conocidos, la ejecución penal debía estar en secreto, solo bastaba con saber que el individuo se encontraba tras los muros cumpliendo la pena que serviría de ejemplo para los otros individuos, poniendo punto final a los espectáculos públicos. La humanización del derecho se materializa en este documento. (Foucault, 2003)

Así, la Declaración Universal de los derechos del hombre y del ciudadano en su Artículo 5 consagra que la medida de los delitos es, el daño que se cause a la nación, conocido como el principio de proporcionalidad (Beccaria, 2015). El artículo 6, por su parte, consagra el Derecho a la igualdad, de oportunidades (igualdad formal) y el trato desigual a los desiguales (igualdad material), antes de esta premisa el sistema penitencial se regía como una respuesta a la desigualdad ya sea porque las sanciones eran diferentes según la condición del delincuente o porque los medios

eran diferentes para ejecutar la misma pena (García S. , 1991). Así mismo, el principio de legalidad, regula que las penas deben ser estrictas y necesarias, con fundamento en una ley previa a la comisión del delito y aplicada dentro del marco de la ley, y el artículo 9 contiene el principio de inocencia, pilar fundamental del actual estado Social y Democrático de Derecho (Salazar, 2015).

Fue con la Revolución Francesa y la promulgación de la Declaración Universal de los derechos del hombre y del Ciudadano, que se empieza a ver al reo como un individuo dotado de humanidad y por lo tanto la concepción del castigo no se evidencia en el cuerpo humano como objeto sobre el que recaía inicialmente el poder punitivo del estado, ahora, se priva al ser humano de su derecho a la libertad, como castigo por el delito cometido.

Pese a los postulados de Cesar Becaría de no existir pena, sin una ley y una conducta que violara explícitamente la norma, la penalidad encuentra una nueva corriente basada en identificar la capacidad del individuo para realizar una conducta, sin tener en cuenta el hecho cometido, nace el concepto de peligrosidad, entendida como la capacidad que puede tener una persona de pensar al realizar determinada conducta, y por ello se penaliza. La prisión entonces tenía doble función: la que buscaba que el individuo compensara a la sociedad por la conducta cometida y la de transformar a quienes cometieran el delito. (Fernández, 1983)

John Howard, creador del Derecho Penitenciario, en 1777 escribe el libro "*El Estado de las Prisiones de Inglaterra y Gales*", en la que describe las prisiones europeas de la época, después de haberlas visitado y concluye la conveniencia de realizar una reforma al sistema penitenciario, con mínimas condiciones de higiene, alimentación, separación de condenados de acuerdo a la gravedad del delito cometido, trabajo por parte de los reos y el aislamiento de los presos con el fin de evitar la corrupción moral (Caro, 2013).

En cuanto a los castigos que se utilizaban en las prisiones Howard encuentra que éstos no son acordes con los principios racionales sino con maltratos físicos oponiéndose firmemente a recurrir a la tortura como herramienta para conseguir la confesión o la rehabilitación de quienes cometieron un delito. Sin embargo, este no es lo único en lo que corresponde a la infraestructura de las prisiones este autor tuvo un nuevo concepto de celdas individuales, en donde la espiritualidad podría ser el medio regenerador de la moral. (Caro, 2013)

A raíz de ello, aparece el modelo principal de infraestructura penitencial de Jeremías Bentham “*El panóptico*”⁵ diseñado para locos, enfermos, condenados, obreros o alumnos, que, mediante vigilancia desde la torre central al individuo, con efecto contra – luz, captaba las siluetas prisioneras que se encontraban en las celdas de la periferia (Bentham, 1979).

Los conceptos de transparencia y asepsia, fue lo preponderante dentro de este modelo arquitectónico de vigilancia plena al preso (Fraile, 1985). Su finalidad era crear en el sujeto la conciencia de estar vigilado para evidenciar el poder que lo tenía subyugado (Olmo, 2000). Este poder estatal siempre ha emanado la facultad de punir las conductas no apropiadas. Ahora, a diferencia de la época antigua y de la época medieval, el hombre sigue siendo el centro de la pena, aquí se encuentra siendo observado, en la plenitud de su cuerpo y en la totalidad de sus movimientos corporales, pero lejos del suplicio de su carne (Focault, 2003).

En el Panoptismo prima una nueva forma de tratamiento hacia el reo y es la disciplina como modelo para conseguir el respeto hacia las autoridades y a los reglamentos, es un nuevo tipo de

⁵ Se trataba de un edificio circular, en cuyo centro se encontraba una torre, con amplias ventanas que se abren en la cara interior del círculo. Este edificio estaba dividido en diferentes celdas, las cuales ocupaban todo el espesor del edificio, tenían dos ventanas: una abierta hacia el interior dirigido a las ventanas de la torre; y otra hacia el exterior permitiendo pasar la luz de un lado al otro de la celda. El diseño del actual museo nacional de Bogotá fue construido a partir del modelo benthamiano.

poder, ahora cimentado en la observación del delincuente. El estado ejerciendo su poder soberano sobre el individuo observado y disciplinado. (Focault, 2003)

Aparece posteriormente Jean Jacques Rousseau, para quien la libertad era una consecuencia de la naturaleza humana, y renunciar a ella era renunciar a su condición de hombre, esta libertad individual era limitada por la voluntad general "*Pacto social*", que debía de cumplirse, el individuo que no obedezca o se rehúse a ello, debe ser obligado para evitar la destrucción de la sociedad política. La voluntad general dirige al estado, de acuerdo a los fines, que no sería otro que el bien común. Esta voluntad general es por tanto indivisible y por ello es ley.

Este Pacto se suscribe por razones de utilidad, ya que se protege la comunidad a través de la prevención de los delitos, que generan un daño social, elemento estructural del derecho penal contemporáneo (Peñaranda, 2000). A diferencia de Cesar Beccaria, Jean Jacques Rousseau, apunta a que la autoridad entregada al estado por la voluntad general, es soberana y si el juez, en representación del interés general, concluye que debe darse muerte a un individuo, éste debe morir, pues su vida es un regalo del estado y si atenta contra el bienestar social o traiciona la patria, es incompatible con éste, por tal razón ha de ser necesario que uno de los dos perezca, debe darse la pena de muerte, no como ciudadano sino como un potencial enemigo del estado (Rousseau, 1999).

Para Rousseau, en un estado que sea bien gobernado no debían existir los castigos porque habrían pocos criminales, en la medida que el estado cumpla con sus deberes, los ciudadanos cumplirían con los suyos, de ahí que las normas que los rijan deban basarse en dos principios fundamentales: la libertad y la igualdad, por ello debe existir división funcional entre las entidades del estado. El denominado Tribunal es quien controla tanto al poder legislativo y es el protector

del soberano, sin embargo, su labor es independiente de ellos dos, de esto depende que se mantenga en firme una Constitución.

Después de la Revolución Francesa y la promulgación de la Declaración de los derechos del hombre y del Ciudadano, se empieza a ver al reo como un individuo dotado de humanidad y por lo tanto la concepción del castigo no se evidencia en el cuerpo humano como objeto sobre el que recaía inicialmente el poder punitivo del Estado, ahora, se priva al ser humano de su derecho a la libertad, como castigo por el delito cometido.

2.3 La constitución y la ley como lineamientos normativos para la imposición de la pena

Del estado liberal se extraen los conceptos de, estado de derecho y de estado democrático, emanados de la voluntad general, expresados en la Constitución que es manifestación de la soberanía nacional (Constitución Política de Colombia , 1991). Cobijada bajo el manto del principio de legalidad contenido en la lucha contra la delincuencia, el bienestar común y la protección de cada uno de sus miembros, la prevención de delitos, y el derecho a la libertad, es limitada por el ordenamiento jurídico (Mir Puig, 1982).

La pena de prisión y su institucionalidad como forma de castigo surgen a partir del pensamiento liberal de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, los suplicios que se vivían en el cuerpo humano desaparecen casi que por completo en los nuevos modelos de sociedad. La función de la pena en el Estado liberal estaba destinada a la retribución del delito cometido y a la prevención del mismo, a diferencia del estado social de derecho en donde se supone, la pena debe cumplir con una función de prevención del delito. El estado liberal cimentaba su existencia

en el pacto social, el cual aún sigue teniendo vigencia en este nuevo modelo de estado, la coexistencia social basada en la lucha contra la delincuencia (Mir Puig, 1982).

Y por ello, el derecho penal solo puede actuar bajo la premisa de proteger el derecho a la libertad constitucionalmente reconocido a sus ciudadanos y son éstos quienes ejerciendo su libertad actúan autónoma e independientemente (Morillas, 2013).

Ahora bien, no todos los individuos actúan bajo su propia autodeterminación, por lo que no le es preciso al Estado ejercer su poder punitivo en todos los casos, lo que implica que al legislador le corresponda prever aquellas situaciones en las que se ve limitado el castigo al comportamiento cometido. Es el reproche de culpabilidad al individuo que comete el ilícito, lo que le permite ejercer el castigo al estado. Sin culpabilidad no podría imponerse de ninguna manera una pena, por lo tanto, éste debe justificar el fin que pretende cuando impone el castigo (Durán, 2011). El Legislador limita el poder punitivo que ejerce el estado por medio del operador judicial y la garantía de los derechos del individuo, siendo estos dos conceptos el pilar sobre el cual se edifica el estado liberal, que, a su vez, promueve la justicia social, como principio sobre el que se edifica el estado Constitucional (Häberle, 2003).

La Constitución, por lo tanto, es límite al derecho punitivo estatal y el origen en la imposición de la pena (Donini, 2007). Dentro de su contenido axiológico se erigen los derechos fundamentales limitantes al *ius puniendi*, tanto por vía legislativa, como por vía judicial y es ésta quien impone los límites a sus entidades, tanto en funciones como en competencias, para garantizar un orden justo y equilibrado, con autonomía e imparcialidad institucional (Duran, 2011).

Los Derechos reconocidos al individuo son la base para que los estados los reconozcan como seres dotados de humanidad, la dignidad es inherente a su condición de hombre y son los derechos humanos los que limitan al estado en su poder correctivo (Neuman, 2004). Este texto es

la expresión de las diferentes instituciones jurídicas, descritas en el papel, pero que, al infringirlas, violenta la ley y quien la trasgrede debe ser castigado, son estas instituciones los factores reales y efectivos de poder que rigen la sociedad (Lasalle, 1999).

Al encontrarse dentro del ordenamiento jurídico del Estado la Constitución como norma suprema se garantizan los derechos de los individuos agrupados en determinada sociedad, la humanidad de la persona es el núcleo central de las garantías de dicha protección, ya sean garantías políticas como jurídicas para el ejercicio de los derechos fundamentales. (Ferrajoli, 1989)

El derecho penal democrático se funda en la intimidación mediante la aplicación de una pena que logre garantizar los derechos de las mayorías y se respete los de las minorías, en ello se basa la prevención general de los delitos, en el estado social de derecho, la función del derecho penal es de carácter preventivo, con el cual se busca evitar la comisión de determinadas conductas que atentan contra los bienes jurídicos que el estado de derecho pretende proteger.

Dentro de una sociedad debidamente organizada y con ejercicio pleno de su institucionalidad, el castigo, es el resultado del derecho que mediante el accionar judicial se le otorga a quien transgrede la ley, de este modo la sociedad confía en la recta justicia, así como en la protección y garantía a sus derechos por parte del Estado, y para tal fin aparecen entonces las medidas de seguridad como respuesta al clamor social. La prisión está dispuesta por el estado para lograr la protección de diferentes bienes jurídicos, por medios preventivos- prevención especial-útil -, que permita garantizar la seguridad de la sociedad y el aislamiento del delincuente (Rimo, 2009). El papel del estado ya no es solamente de expiatorio de culpas, sino de protector de los bienes jurídicos de los demás miembros de la sociedad.

No en vano es el principio de legalidad, sobre el que se edifica la pena, “*Nullum Crimen nulla pena sine lege*”, la codificación de la norma se convierte en la aplicación del derecho por el

juez, de acuerdo con la ley escrita que en forma clara describe la conducta a punir y su punición (*lex scripta*), antes del hecho cometido (*lex previa*), de forma precisa en lenguaje descriptivo respecto de la conducta y su sanción (*lex cierta*) sin admitir analogía (*lex stricta*) (Gandulfo, 2009). La codificación de la norma confiere, por tanto, seguridad jurídica, si la norma, dependiera de la subjetividad del juez, la misma, perdería su esencia. (Beccaria, 2015).

El reproche de culpabilidad al individuo es lo que le permite ejercer el poder punitivo al estado, sin culpabilidad no habría pena, por lo tanto, éste debe justificar el fin que pretende cuando impone un castigo (Duran, 2011). Este límite ejercido por el operador judicial con observancia a la garantía de los derechos del individuo es el fundamento sobre el cual se edifica el estado liberal, y la justicia social es el principio sobre el que se edifica el estado Constitucional (Häberle, 2003).

Foucault en su libro Vigilar y Castigar (2003), relata la mutación que ha sufrido el castigo en los diferentes procesos históricos político - sociales, lo que permite deducir, que esto se debe a la evolución de la sociedad, a la racionalización del hombre que logra descubrir la humanidad inmersa en cada individuo. En la actualidad la pena cumple con este principio, rechazando por completo la concepción de aplicación de sanciones penales que impliquen maltrato físico o comportamientos en los que se advierta actos de crueldad o sufrimientos innecesarios o inhumanos como castigo, así, la pena capital se encuentra abolida como sanción penal, así como aquellas penas prolongadas excesivamente en el tiempo, porque con ello se admitiría que la existencia de una persona es innecesaria para su sociedad (Villavicencio, 2008).

De conformidad con toda esta perspectiva cambiante del castigo, las sociedades modernas han pretendido incorporar dentro de sus normas penales sanciones que respeten la humanidad del delincuente pero que garanticen el goce de los derechos de los demás ciudadanos que han visto quebrantado el orden social por la comisión de un hecho ilegal. Para ello, diferentes teorías han

V. TEORÍAS QUE SUSTENTAN LA IMPOSICIÓN DE LA PENA

desarrollado la finalidad de la imposición de la pena por parte de los estados, identificándose corrientes ideológicas claras, que pretenden dar respuesta a esta antigua política criminal.

propósito, cual es, el establecimiento de las normas que rigen el estado para que sean cumplidas por sus ciudadanos. La pena, por lo tanto, es la respuesta al actuar indebido de un sujeto, es el resultado de la desobediencia a las reglas que la misma sociedad ha fijado para la sana convivencia y que al sancionarse, se pretende: una Retribución o la Prevención.

3.1 Teorías absolutas de la pena

La finalidad retribucionista de la pena es, la pena en sí misma (Hollier, 2014). Los mayores exponentes de esta teoría son Emmanuel Kant y Hegel. Pretende compensar con la pena el daño causado por el ilícito, de acuerdo con esta teoría: (I) Todos los criminales y solo estos deben ser castigados, (II) La pena debe ser la retribución por el daño cometido, (III) La pena debe ser proporcional al daño causado y (IV) El grado de la pena debe ser equivalente al daño cometido (Correa, 2014).

Para Emmanuel Kant el poder punitivo del estado es un derecho que le asiste al soberano, para poder imponer una pena al delito cometido (Correa, 2012). La pena es total, debido a que la falta se castiga así misma, por ello, la pena no puede servir como un medio para promover un bien a favor de quien comete una conducta ilícita o a favor de la sociedad, ha de fijarse en razón de que el sujeto ha cometido una conducta delictiva.

En la misma línea teórica se encuentra Georg Wilhelm Friedrich Hegel, para quien la vulneración al derecho no solamente es justa, así como justa fue, su voluntad, sino que también es un derecho impuesto a este, en su libertad de acción (Hegel, 1908). En razón del mal cometido,

3. TEORÍAS QUE SUSTENTAN LA IMPOSICIÓN DE LA PENA

A través del poder punitivo del Estado, se ha pretendido salvaguardar bienes jurídicos de los individuos que componen determinada sociedad, la imposición de la sanción, lleva consigo un propósito, cual es, el acatamiento de las normas que rigen el estado para que sean cumplidas por sus conciudadanos. La pena, por lo tanto, es la respuesta al actuar indebido de un sujeto, es el resultado de la desobediencia a las reglas que la misma sociedad ha fijado para la sana convivencia y que al sancionarse, se pretende: una Retribución o la Prevención.

3.1 Teorías absolutas de la pena

La finalidad retribucionista de la pena es, la pena en sí misma (Bollier, 2014). Los mayores exponentes de esta teoría son Emanuel Kant y Hegel. Pretende compensar con la pena el daño causado con el ilícito, de acuerdo con esta teoría: (i) Todos los criminales y solo éstos deben ser castigados, (ii) La pena debe ser la retribución por el delito cometido, (iii) La pena debe ser proporcional al daño causado y (iii) El grado de la pena debe ser equivalente al daño cometido (Cordini, 2014).

Para Emanuel Kant el poder punitivo del estado es un derecho que le asiste al soberano, para poder imponer una pena al delito cometido (Cortina, 2012). La pena es total, debido a que la falta se castiga a sí misma, por ello, la pena no puede servir como un medio para promover un bien a favor de quien comete una conducta ilícita o a favor de la sociedad, ha de fijarse en razón de que el sujeto ha cometido una conducta delictiva.

En la misma línea teórica se encuentra Georg Wilhelm Friedrich Hegel, para quien la vulneración al delincuente no solamente es justa, así como justa fue, su voluntad, sino que también es un derecho impuesto a este, en su libertad de acción (Hegel, 1968). En razón del mal cometido,

el infractor de la norma penal, es responsable de sus acciones y legitima al estado para que ejerza el poder punitivo en su contra (Mizrahi, 2004). El castigo es la opresión al delincuente bajo la ley que el mismo impone, en su actuar ha negado el derecho - la pena es la negación de su negación (Hegel, 1968).

La teoría absoluta de la pena gira entorno a la justicia y a la imposición de una pena justa para quien cometa una conducta delictiva (Duran, 2011). La retribución es, la forma correcta y adecuada para lograr imponer el castigo como contraprestación al ilícito de quien se auto determina plenamente, es la modernización de la ley del tali3n, al mal hecho, mal impuesto. Para esta corriente ideol3gica, la pena ha de reestablecer el orden que fue alterado por la comisi3n de la conducta il3cita, ella es la respuesta a un delito cometido y quien realiza esta conducta debe auto determinar su actuar, por lo tanto, el castigo depende del hecho il3cito que fue realizado y la pena justifica su imposici3n a quien la comete.

Para esta corriente de pensamiento, la pena ha de ser proporcional al hecho, es la medida a la sanci3n penal, la culpabilidad es el pilar sobre el que se basa la imposici3n de 3sta y su medida, por lo tanto, la pena tiene su l3mite en el reproche que sobre el il3cito se haga, debe ser justa y corresponder a la duraci3n e intensidad que se imponga (Rox3n, 1997). No tiene en cuenta la utilidad social, la evitaci3n del delito o su prevenci3n (Dur3n, 2011).

3.2 Teor3as relativas de la pena

La finalidad de la pena responde a la prevenci3n del delito por parte del estado, para Cesar Beccaria, la pena es la respuesta a un mal cometido con fin de prevenci3n. La finalidad de la pena no debe ser atormentar o infligir dolor a un sujeto, tampoco deshacer el mal cometido, sino impedir a quien cometió la conducta que la vuelva a realizar y evitar que otros sujetos cometan el mismo

hecho; guardando la debida proporción con el acto ejecutado, protegiendo la humanidad del reo y siendo un garante del orden jurídico social (Botero, 2001).

Dentro de estas teorías se encuentran las de prevención especial y prevención general, alejadas estas dos, de la concepción de retribución, ya que su enfoque es la prevención en la comisión de delitos a futuro. Mediante el control social, la resocialización del sujeto, que debe encontrar motivos para ello, así como la posibilidad de enmendar su comportamiento y evitar que el ilícito se cometa nuevamente, se fundamenta esta teoría relativa de la pena (Londoño, 2016). La principal diferencia con las teorías absolutas de la pena, es que, estas últimas, miran hacia el hecho cometido, es decir, hacia atrás, y se castiga al sujeto por ello, en cambio, dentro de este modelo teórico, la mirada estatal se centra en el futuro, en la prevención que la conducta delictual, pueda llegarse a cometer.

La prevención especial se materializa al momento de ejecutarse la sanción (Pena privativa de la libertad), mediante un sistema de medidas alternativas (medidas de seguridad y protección) no punitivas, que se aplican, con carácter social y en reacción social contra las diferentes perturbaciones sociales que no revisten el carácter de una sanción ordinaria, para quien comete un delito (Cury, 2013).

El teórico Franz Von Liszt es uno de los abanderados de esta teoría, para él la finalidad de la pena ha de ser, según el criminal de que se trate: (i) la corrección de los delincuentes que son capaces y necesitan la corrección, (ii) la intimidación para quienes no necesitan de corrección y la (iii) la ausencia de castigo para los que son incapaces de corrección, es decir, la innocuización debe ser predicada para los incorregibles y la corrección para quienes se pueden corregir (Von Liszt, 1998).

La prevención especial, es la corrección e intimidación de la conducta cometida por el sujeto, en otras palabras, la resocialización de éste (Roxin, 1997). De esta manera, se evidencia que la finalidad de la pena es restaurar la autoridad de la ley violada (Von Liszt, 1998), la protección del autor, quien además es sujeto de resocialización, y de protección por parte de la sociedad en general, procurando mantener un orden social equilibrado (Roxin, 1981).

Ahora bien, la teoría de prevención general no comparte la finalidad de la pena de la teoría retribucionista, ni la de la prevención especial, para ésta, su razón de ser es la sociedad, que responde con la limitación a sus derechos, si decide transgredir la norma haciéndose acreedora de la sanción que se encuentra descrita en la norma (Gómez R. , 2016). Su finalidad es intimidar a los individuos para que se abstengan de cometer conductas delictivas porque podrían ser sujetos de sanciones –penas-, por parte del poder punitivo estatal, sin embargo, la intimidación no es su estandarte, lo que realmente busca es reafirmar la moral en donde se requiera para el desarrollo y mantenimiento social. (Oneca, 1944)

Esta teoría es desarrollada principalmente por Paul Johann Ansel V. Feuerbach a quien se le atribuye ser padre de la máxima penal “*Nullum crimen, nulla poena, sine lege*” (Lamarca, 2011), (No hay delito, ni pena, sin una ley previa) y quien sostuvo que el temor al castigo debe ser suficiente para disuadir a los individuos a cometer conductas delictivas (Universidad Señor de Sipán, 2007).

Esta noción también fue considerada por Emile Durkheim, quien contempló al castigo como un refugio social, en el que la sociedad se expresa y ella misma se regenera. Es el castigo para este pensador, el eje central de la sociedad (Garland, 1999). El delito por lo tanto ya no ha de ser concebido como un mal contenido en límites mínimos, sino que, debe renovarse, de acuerdo con las nuevas aspiraciones de ciencia y moral social (Durkheim, 2001). El castigo depende del

grado de desarrollo social y este avanza con el tiempo, por lo tanto, el concepto del castigo no debe ser estático (Durkheim, 2016).

Al respecto existen dos vertientes: la teoría de la prevención general positiva y la teoría de prevención general negativa. La concepción negativa es aquella en la que se consigna la intimidación que se genera por parte del poder punitivo del estado hacia al individuo cuando decide cometer un delito, es la teoría expuesta por Feuerbach, sin embargo no es la pena lo que intimida al individuo, sino la posibilidad de ser capturado en su realización, la flagrancia en el acto, y por otro lado el aspecto positivo, que se materializa en la firmeza y acatamiento del ordenamiento jurídico por parte de la sociedad y su compromiso para cumplir las leyes, según el llamado efecto integrador. (Roxin, 1997)

3.4 Teoría mixta o ecléctica de la pena

3.3 Teoría mixta o ecléctica de la unión

La pena cumple con función tanto retributiva como preventiva general y de resocialización, este es el pensamiento de Claus Roxin, quien traza una línea de tiempo de la pena, identificando su función en cada una de las teorías antes citadas (García, 2013). Para Roxin la función preventiva – general se encuentra en manos del estado, cuando infunde temor mediante la inscripción de una pena en el texto normativo (Amenazando), la función preventiva - especial, está en las manos del juez cuando individualiza la pena (Imposición), y la función de Retribución, se expresa cuando el individuo es sujeto de la sanción (Ejecución de penas) (Roxin, 1976).

Para Roxin, es fundamental identificar la función del derecho penal y la función de la pena, ya que no significan lo mismo; el derecho penal apunta a proteger a la comunidad con sus preceptos legales que salvaguardan los bienes jurídicos con la imposición de una sanción por su violación, en otras palabras, es lo que Rousseau denominaría un “Contrato Social” con carácter preventivo,

el esfuerzo del estado está dirigido a evitar que las conductas que dieron origen a un delito se repliquen (Prevención Especial) y genera conciencia social sobre el alcance de las sanciones penales para evitar su comisión (prevención General) (Roxin, 2012).

La pena por su parte, afecta únicamente al delincuente, a su individualidad y sobre la comunidad genera un efecto mediático, cumpliendo la función de prevención especial y de prevención general, así como la función de retribución, dada por la culpabilidad del individuo en la realización del hecho punible (Roxin, 2012). Por lo tanto la pena debe ser proporcional a la responsabilidad en la comisión de la conducta que se le reprocha (Mendez, 2013).

3.4 Teoría negativa o agnóstica de la pena

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, existen dos vertientes del *ius puniendi*: (i) el principio de justicia y (ii) el principio de utilidad.

Respecto del principio de justicia debe considerarse: (i) la dañosidad social. Hay que punir los daños que se cometan a los bienes jurídicos de mayor jerarquía, (ii) subsidiariedad, la sanción penal es procedente siempre y cuando sean deficientes otros mecanismos que se encuentren contemplados en el derecho, (iii) proporcionalidad y adecuación a la culpabilidad, la pena debe fijarse de acuerdo esta última, (iv) tolerancia y respeto a la dignidad de la persona, no ha de imponerse penas inhumanas y (v) al aplicarse la ley penal, que debe ser bajo el principio de legalidad, por la exigencia de la seguridad jurídica.

Y respecto del principio de utilidad, la pena impuesta al individuo debe ser justa, los fines del poder punitivo del estado radican en la protección del sujeto infractor, de la sociedad, del estado y de la resocialización del individuo (Orellana, s.f.).

A la luz de esta doctrina, la pena no cumple con ninguna función legitimadora del sistema penal que pueda comprobarse científicamente, las penas son la materialización del poder del estado, como un hecho político, no como un acto judicial (Rafecas, 2005). Las penas son vistas como un elemento de coerción, que impone la privación de derechos al individuo, sin tener ningún objeto reparador ni de restitución, además de considerarlas inocuas ante las lesiones de bienes jurídicos, ya que no contrarrestan los peligros vigentes en la comunidad. Este por lo tanto es un concepto negativo de la pena, pues la misma no tiene ninguna función positiva (Toro, 2013).

3.5 Teoría del derecho penal mínimo

El teórico Luigi Ferrajoli, expone que el fin del derecho penal, se encuentra por fuera de la esfera jurídica, es decir, que se sale, del entorno judicial, representado en un costo humano y social que debe ser justificado. Para este pensador ni el derecho es un mal en sí mismo, porque se encuentre prohibido, ni la pena es un bien en sí misma, porque sea aplicable a un sujeto como consecuencia de la comisión de un delito (Guinborg, 1998).

El derecho penal debe cumplir con un fin, sea con la imposición de la pena o sin la imposición de ésta, el infractor no debe ser tratado como un medio que justifique el fin (Kant, 2003). La prevención en la comisión de los delitos es el fundamento del derecho penal, como de las penas y de las diferentes prohibiciones penales que se encuentran consagradas en una norma (Guibourg, 1998). La razón de su teoría es proteger a la sociedad de los actos cometidos por los que denomina “desviados”, y minimizar mediante la imposición de la pena el daño que se le puede causar éste (Ferrajoli, 1989).

Dentro de este modelo de teoría garantista, la pena responde a criterios de “cuando” y “como”, criterios que se encuentran fundados en la positivización de los derechos humanos

conocido como el garantismo constitucional (Ferrajoli, 1989). Respecto al primer interrogante de cuando castigar, han sido los diferentes ordenamientos jurídicos los que responden a los principios de legalidad, retribución y culpabilidad. Y respecto del cómo, se debe acudir a la minimización de la imposición penal en cuanto a la cantidad y calidad de la sanción partiendo de los principios de utilidad y humanismo de la pena (Muñoz, 2009).

Así las cosas, el fin del derecho penal es impedir que los individuos impongan su propia justicia y minimizar la violencia en la sociedad. Para ello, el derecho penal contiene principios sobre los que se edifica: (i) El principio de Necesidad de la pena que se justifica en la medida que sea necesaria, el derecho penal debe ser la última ratio, (ii) El principio de humanidad que impide que la sanción impuesta se desborde y desconozca la humanidad del sujeto infractor. (iii) El Principio de proporcionalidad de la pena que debe responder a la conducta realizada teniendo en consideración la naturaleza y gravedad de la misma. (iv) El Principio de legalidad: basado en el aforismo "*Nulla poena, Nullum crimen, sine lege*", reconoce las normas en un texto, es el derecho penal vigente. Para Ferrajoli, el fin de la pena es la prevención de delitos, mediante la amenaza descrita en la norma, evitando la comisión de delitos y la utilidad del mínimo sufrimiento para el infractor. (Ferrajoli, 1989)

Progresivamente las sociedades, han buscado alternativas para proteger sus bienes jurídicos y garantizar los mismos a quienes infringen la ley, con el fin que las conductas que dieron origen a la infracción no se cometa nuevamente, han acudido a modelos de política criminal que les permitan alcanzar sus fines. Las sociedades que atravesaron por conflictos armados tanto de carácter internacional como los de carácter no internacional, han pretendido dar por terminado los conflictos armados, y para tal efecto han acudido a modelos de justicia transicional, con el fin de garantizar los derechos de las víctimas y consolidar la paz en sus territorios.

4. LA JUSTICIA TRANSICIONAL COMO HERRAMIENTA EXCEPCIONAL PARA ALCANZAR LA PAZ

4.1 La paz, ideal democrático para el fortalecimiento social e institucional

La convivencia pacífica, es el mayor de los propósitos de convivencia social, no es un contexto que se predique únicamente de los estados sino que, se trata de una construcción individual que repercute en la vida en comunidad (Galtung, 2014). La paz, hace parte de la democracia y de las relaciones políticas de los estados, de su desarrollo y de la garantía y protección de los derechos humanos (Izquierdo, 2007).

Este ideal democrático, no puede ser entendido como un ideal perfecto, un estadio fantástico, ya que de ser así, se desconocería la realidad social y la dinámica del mundo contemporáneo, la paz, no es la ausencia de conflictos sociales, sino la posibilidad que se resuelvan pacíficamente (Sentencia C-225, 1995). Vivir en sociedad trae consigo oposiciones con diferencias individuales o colectivas que pueden convertirse en conflictos, pero ello no obsta para que se puedan solucionar respetando al otro en su dimensión humana. La paz es, presupuesto democrático, libre, abierto, y una condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales. (Sentencia T-102, 1993)

El propósito de la paz es solucionar los conflictos que genera la violencia en sus diferentes manifestaciones, tanto física⁶, cultural⁷ como estructural.⁸ No implica que esta desaparezca de la vida en sociedad ya que los conflictos están inmersos en la interacción social, por ello la democracia es el pilar fundamental que evita la creación y la permanencia de los factores que

⁶ Es aquella que puede verse en la realidad. Es perceptible al ojo humano

⁷ Es la violencia indirecta originada por la injusticia y desigualdad como resultado de la estructura social.

⁸ Son aspectos de la cultura materializados por medio de la religión, la ideología, el arte, que legitiman la violencia directa o la estructural.

propician la violencia. Es el control social, lo que permite que aquellas situaciones gestoras de conflicto no se propaguen ni tengan su espacio en el tiempo (Galtung, 2000).

Para tal efecto debe comprenderse la paz desde dos perspectivas; tanto positiva, como negativa. La paz positiva vista como la ausencia de violencia y la Paz negativa, vista como la ausencia de la guerra (Fisas, 2006). Las dos representaciones, aunque diferentes en su esencia reconocen la paz como un estadio social. En la primera podría decirse que se trata de una convivencia estable y pacífica y en la segunda la convivencia es tensa, pero no hostil. De cualquier modo, en los dos estadios, la sociedad construye el modelo de paz que ha de imperar en su colectividad.

El trabajo para la construcción de paz es democrático, que, en todos los casos y especialmente el colombiano, implica un cambio en todos los sujetos que componen la sociedad, de forma individual, social y estructural. Para lograr un exitoso paso en la transición de guerra a paz, esta transformación institucional y social, debe ser empoderada por toda la sociedad que directamente vivieron el conflicto armado, quienes son finalmente los que más padecieron la violencia. (Fisas, 2006)

Las concepciones sobre el ideal de paz son diversas, no obstante, en el imaginario social, está en primer término la convivencia sin armas y la eliminación de la violencia sobre todo en el contexto estructural, por supuesto, que es indispensable, procurar la construcción de las relaciones sociales con fundamento en los valores constitucionales de solidaridad, cooperación y reciprocidad, de esta manera podría eliminarse la violencia en el contexto cultural e individual (García, M., 2004).

Por tanto, Colombia ha diseñado un nuevo modelo de justicia, teniendo en cuenta que, por tratarse del tránsito de un estado de guerra que por décadas ha padecido, a un estado en paz, se

debe acudir a modelos especiales de justicia, como es el caso de la Justicia transicional y en particular la adopción de una Justicia especial para alcanzar la paz, sobre todo con el propósito de cimentar bases para eliminar la violencia estructural en materia de justicia penal. El concepto de justicia en este contexto, puede desdibujarse un poco de la clásica idea de verla como el llamado social a luchar en contra de la impunidad y a que el estado ejerza su más severa función punitiva, al momento de la imposición de las sanciones, en contra de quienes, lesionan o ponen efectivamente en peligro los bienes jurídicamente tutelados. (Vélez, 2017)

En el contexto colombiano actual, la terminación del conflicto armado, la garantía de los derechos de las víctimas, así como la confianza en la legitimidad institucional son factores preponderantes al momento de impartir justicia e imponer las penas. Además, el fortalecimiento de un estado social, democrático participativo y pluralista, así como la consolidación de una paz estable y duradera, son los fines de la justicia transicional adoptada en el este estado.

En la búsqueda del fortalecimiento social e institucional, se ha implementado un modelo de justicia que pretende consolidar una paz constante y perdurable, y por tanto la pena, no puede desligarse de este contexto, y es ella la que garantiza los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Mediante la sanción penal que se imponga al reo al momento de reconocer su responsabilidad y con su participación activa en la restauración de la paz que por sus actos fue quebrantada, principia este fortalecimiento estatal. (Roxin, 1999)

4.2 La justicia transicional en procesos de mutación de estados en conflicto a estados en paz

El concepto de Justicia Transicional aparece en la historia política de los estados a partir del siglo XX, por los efectos producidos con la primera y segunda guerra mundial, después de

evidenciarse las graves violaciones a los derechos humanos como prácticas de guerra. Las sociedades que padecieron el horror de la guerra cambian las políticas estatales, con el fin de la no repetición, es así que se da inicio al nacimiento de transiciones estatales (Teitel, 2003).

La consolidación de una paz sólida, la seguridad duradera de los ciudadanos y la no repetición, son las finalidades de las sociedades en posconflicto. La garantía de los derechos humanos y la protección a los mismos por parte de los estados, ha fomentado en las últimas décadas la implementación de mecanismos excepcionales que logren satisfacer las necesidades judiciales de las víctimas y de la sociedad en general. La paz y la seguridad se pretenden reestablecer, mediante una responsable investigación de los hechos ocurridos, la identificación de los responsables en la comisión de los mismos y las sanciones penales a que hayan lugar respecto de las conductas constitutivas de graves violaciones a derechos humanos y crímenes de guerra (Romeike, 2016).

Este modelo de justicia, no es una adecuación del estado a un nuevo sistema político y/o judicial como mecanismo excepcional, que se aplica a casos en los que se pretende superar una situación de conflicto armado interno para conseguir una convivencia ciudadana pacífica, es, el restablecimiento del ordenamiento jurídico y del orden social de un estado Social y democrático de Derecho, la reivindicación de los derechos de las víctimas y una efectiva justicia judicial, lo que implica que se realicen compromisos institucionales y sociales que garanticen los derechos de los actores del conflicto, dentro del marco de una institucionalidad legítima para la protección y seguridad ciudadana (Villa & Joinet, 2008).

El Derecho Internacional y la responsabilidad internacional de los estados en la comisión de estas conductas, son los linderos sobre los cuales se proyecta la lucha en contra la impunidad. Diferentes países del mundo, han acudido a estos instrumentos con el fin de reestablecer el orden

político social, que con ocasión de las guerras o conflictos internos se quebrantaron. Es la comunidad internacional, la expectante guardiana de que los procesos transicionales sean efectivos en el cumplimiento de las obligaciones contraídas en relación con aniquilar la impunidad en materia de justicia penal y garantizar los derechos de las víctimas y de la sociedad en general.

Los primeros pasos de este modelo de justicia, se dieron después de la segunda guerra mundial, cuando se avizoraban las barbaries que el Holocausto produjo. Algunos estados se reunieron en el año 1945 y redactaron la Carta de las Naciones Unidas, en la que se consagraron propósitos de enmienda como reconocimiento a estos hechos atroces ocasionados con las políticas Nazis, así como el rechazo de políticas de desplazamientos forzados a otros territorios, mediante compromisos políticos, para no repetir la historia vivida. Y con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se consagró de deber de garantía y protección de los derechos humanos, en todos los países del mundo (Gómez, G., 2013). Después de tanta barbarie vivida con ocasión de las guerras mundiales, la comunidad internacional, realizó grandes esfuerzos, con el fin de generar conciencia histórica sobre los lamentables hechos que ocurrieron en contra de la humanidad.

Los Juicios de Núremberg, fueron instalados en Alemania tiempo después de la segunda guerra mundial para investigar, juzgar y sancionar a quienes llevaron a cabo las conductas que constituyeron crímenes de guerra y graves violaciones a los derechos humanos. El Tribunal Internacional de Núremberg, fue el primer modelo de institución jurídico penal transicional (Cuervo, 2014).

A efectos de que se dieran garantías judiciales a las partes, se permitió que los jueces encargados de llevar a cabo estos procesos, fueran de origen extranjero, para que conformasen el Tribunal Internacional Militar (IMT), quienes fueron designados por los países aliados en la

guerra: Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia y la Unión Soviética, con el objetivo de identificar y judicializar a los máximos responsables de los mayores crímenes causados en Alemania. El Tribunal de Núremberg, consagró el principio de culpabilidad personal y descartó los castigos en masa (Ambos, 2005), estos fueron los principales aportes de su jurisdicción, por esos hechos se judicializaron 24 individuos en representación de las instituciones estatales que se encontraban vigentes durante la dictadura de Hitler (Romeike, 2016).

Este modelo de Justicia Penal especial adoptado en Alemania, tuvo finalidad retributiva, aunque también estuvo provisto de reconocimiento a la verdad, construcción de memoria histórica, reparación del daño causado, garantías de no repetición y reconstrucción de la reconciliación social, es decir, también contenía tintes restaurativos (Rincón, 2010).

En Argentina, se creó una Comisión de la verdad, denominada Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas – CONADEP, para el esclarecimiento de la verdad, respecto de las graves violaciones a los derechos humanos cometidos por las juntas militares que se llevaron a cabo durante los años 1976 a 1983 (ICTJ, 2015). A partir de ese momento, empieza a ser de público conocimiento los sucesos en contra de los derechos humanos, que se llevaron a cabo, mediante el exterminio avalado por los miembros del estado y la muerte política de quienes fueran sus opositores, hechos, ocurridos en la dictadura militar que en estos años perturbó a Argentina y que de ellos aún sigue habiendo rezago (Crenzel, 2010).

Recuperar la memoria histórica de lo ocurrido para poder someter a quienes habían sido partícipes de los mismos a la justicia, ante instituciones que habían sido para ese entonces ya restablecidas, fue el cimiento sobre el que se edificó esta Comisión de la verdad denominada “Nunca más.”

Narrar en su informe lo ocurrido, conforme a lo relatado por las víctimas y sus familias, en la forma como el estado planeó y ejecutó desapariciones forzadas como parte del sistema institucional fue su trabajo. Así se estableció la responsabilidad penal de quienes conformaron las juntas militares que llevaron a cabo estos crímenes, identificaron los centros clandestinos utilizados para la desaparición de personas que se encontraban bajo el control militar, y de donde éstas eran distribuidas según los comandos establecidos, y que, mediante los llamados “pactos de sangre”⁹ se daba cumplimiento a las políticas estatales militares imperantes. (Crenzel, 2010)

Otro modelo de transición de estado de guerra a estado de paz se produjo en los años noventa, con el denominado Genocidio Ruandés, desencadenado después del atentado contra el avión presidencial el 06 de abril de 1994. El comandante de las FAR (Frente Popular Revolucionario¹⁰) Coronel Bagasora, por medio de las estaciones de radio y medios televisivos, señaló a los Tutsis, como los directos responsables del atentado en el que fallece el entonces Presidente de Ruanda (Rodríguez, 2017). Incentivó a los Hutus a armarse, con armas como machetes, cuchillos, piedras, palos y lanzas, con el discurso de recuperar su independencia de los invasores, asesinando a los Tutsi, y con ellos a quienes brindaban su apoyo (Hutus moderados) (Quintero, 2012).

En Europa, también, se presentaron graves violaciones a derechos humanos, en la región de la península Balcánica, en la Antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia (Servia, Croacia, Eslovenia, Macedonia, Bosnia-Herzegovina, Montenegro y las regiones de Kosobo y Vojvodina). Eslovenia y Croacia después de la disolución de la URSS logran su independencia por ser potencias económicas, mientras que en los demás estados comienza a desencadenarse una guerra sangrienta-“Guerra de Bosnia” (Padrós, 1995), con las denominadas “*Limpiezas étnicas*,”

⁹ Incluían conductas tanto de persecución como de homicidio

¹⁰ Estaba compuesto por exiliados Tutsis que fueron expulsados del país por los Hutus, en 1990.

ocasionando desplazamientos masivos y exterminio de personas, en razón de su identidad religiosa y cultural, hechos sucedidos entre los años 1991 y 2001. Después del Holocausto Nazi, es el mayor de los genocidios ocurridos en este continente (Rodríguez R. , 2014). En este lamentable escenario, se implementaron prácticas sangrientas, homicidios colectivos, desplazamientos masivos forzados, masacres como la de Serbrenica, en donde fallecieron miles de personas como resultado de la denominada limpieza étnica (Acosta & Gastón, 2011).

El Consejo de seguridad de las Naciones Unidas (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 1994), advierte la necesidad de crear Tribunales Ad-hoc¹¹, con la participación de jueces de diferentes países (Irigoin, 1993), para investigar las conductas constitutivas de graves violaciones a los derechos humanos y para que se sancionen a sus responsables, tanto de lo ocurrido en Ruanda, como lo que ocurrió en la ex Yugoslavia.

A partir del 1 de enero de 1991, empieza a operar la jurisdicción, con la designación del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY) fecha que marca el inicio de las hostilidades (Irigoin, 1993). Sus decisiones estaban amparadas en normas de derecho convencional y consuetudinarias, aunque en aras de garantizar el principio de legalidad este Tribunal debía dar aplicación a normas de Derecho Internacional Humanitario, es decir, sus pronunciamientos debían ser ajustados a las Convenciones de Ginebra, la Convención IV de la Haya y los Reglamentos relativos a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, la Convención para la prevención y represión del Crimen de Genocidio y el Estatuto del Tribunal de Núremberg. (Anello, s.f.)

¹¹ Se llaman Tribunales Ad-hoc, a aquellos tribunales especiales que son designados para juzgar delitos de carácter nacional o internacional, en donde se evidencie la comisión de conductas punibles que puedan constituir crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra.

En relación con el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), fue instalado el 8 de Noviembre de 1994, con competencia para investigar y sancionar las conductas que fueron cometidas entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994, respecto de los casos que constituían genocidio, crímenes de lesa humanidad, violaciones al artículo 3 común a los convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra (Portilla & Hernández, 2002). La primera Sentencia por estos hechos, es en contra de JEAN – PAUL AKAYESU, por actos de violencia sexual, torturas y asesinatos que fueron calificados como delitos de Genocidio y Crímenes de lesa humanidad, por los que fue encontrado culpable el 2 de octubre de 1998 y condenado a cadena perpetua. (Portilla & Hernández, 2002)

4.3 La búsqueda de la convivencia pacífica en el ordenamiento jurídico colombiano

En Colombia, el conflicto armado interno que ha padecido, ha permitido desde hace algunos años, buscar alternativas de solución a estos conflictos. A partir de la promulgación de la Constitución de 1991, se abrió el campo de acción para los mecanismos alternativos de solución de conflictos y la búsqueda de la convivencia pacífica.

Los esfuerzos normativos se encuentran regulados en diferentes preceptos. La Ley 23 de 1991 consagra por primera vez la definición de “Conciliación”¹² permitiendo terminar amigablemente con un conflicto, sin necesidad de acudir a la administración judicial. Así mismo, la ley 270 de 1996, establece mecanismos alternativos al proceso judicial con el fin de solucionar los conflictos. En 1998 la ley 446 de 1997, estableció la conciliación como un mecanismo efectivo de solución de conflictos, mediante la intervención de un tercero facilitador denominado

¹² Artículo 23. Conciliación: acto por medio del cual las partes en conflicto, en presencia de un funcionario competente, y en cumplimiento de los requisitos de fondo y de forma, contemplados en las normas que así lo regulan, llegan a un común acuerdo, para evitar un proceso judicial.

conciliador. El Acto legislativo 03 de 2002 que reformó el artículo 250 de la Carta Constitucional, autoriza a terceros particulares con funciones transitorias de administración de justicia para proferir fallos en derecho o en equidad, y facultó a la Fiscalía General de la Nación, para solicitar ante el Juez de conocimiento el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados del delito cometido, así como la posibilidad de la implementación y aplicación de la justicia restaurativa.

En el año 2004 el Congreso de la República le da viabilidad en la Ley 906 - nuevo código de Procedimiento Penal, a la aplicación de una Justicia restaurativa, permitiendo que víctima y procesado participen conjuntamente en la resolución de los asuntos derivados del delito para obtener un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.

Adicionalmente el artículo 521 establece los mecanismos que hacen parte de la Justicia Alternativa: (i) la conciliación pre procesal, (ii) la conciliación en el incidente de reparación integral y la (iii) mediación. Otorgándole a cada uno requisitos de procedibilidad para que puedan ser aplicables. La Conciliación en los delitos querellables, la mediación por su parte hace referencia a la reparación de perjuicios causados; hacer o no hacer determinada conducta, prestar servicios a la comunidad o pedimento de perdón o excusas a causa del ilícito cometido, lo mismo ocurre con la ley de infancia y adolescencia, en la que se incorpora como obligación del estado, entre otras el garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de los derechos conculcados (Ley 1098, 2006).

La implementación de la Ley 975 de 2005, conocida como la ley de “Justicia y Paz” es el ejemplo normativo más reciente de aplicación de un modelo de justicia transicional en Colombia. Articuló dos etapas procedimentales, una de carácter administrativo, con el fin de disolver los grupos armados organizados al margen de la ley (GAOML) por medio de la desmovilización y la

dejación de armas. Y otra de carácter jurídico – penal, fundamentado en la postulación del sujeto, que, podía ser seleccionado de conformidad con los lineamientos fijados por la Fiscalía General de la Nación y de acuerdo con su responsabilidad en los hechos considerados como violación a los derechos humanos. (Ambos, 2005).

Sin embargo, esta normativa, tuvo grandes críticas como: (i) lograr el perdón y otorgar la concesión de rebajas de penas a quienes cometieron actos que constituían violaciones de derechos humanos; (ii) la ausencia de una justicia judicial en el procedimiento penal de los actores comprometidos en dichas violaciones; (iii) el no reconocimiento de la verdad fáctica y (iv) la no reparación efectiva a las víctimas” (Rodas, 2009).

En este sentido, es claro que hablar de un modelo de justicia alternativa no es una novedad como se ha expuesto. En Colombia ya existen antecedentes sobre el asunto, no obstante, el ordenamiento Constitucional, permitió que se implementaran instrumentos excepcionales propios de la justicia Transicional, en aras de facilitar la terminación del conflicto armado interno y consolidar la paz y la democracia (Azkue, 2012). El restablecimiento de la armonía social quebrantada por los actos criminales y violentos de los grupos armados ilegales necesita de procesos de reconciliación, reparación y perdón entre quienes ocasionaron el daño, quienes lo padecieron, la comunidad en general y la institucionalidad. (Ordoñez & Brito, 2004)

El fin primordial de este modelo de justicia es recuperar la credibilidad en sus instituciones, investigar, juzgar y sancionar las conductas constitutivas de violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario, sin impunidad, la construcción de la memoria histórica para alcanzar la paz, la reconciliación permanente y la no repetición (Uprimny & Saffon, 2005).

La implementación de la justicia transicional en Colombia, para lograr la terminación del conflicto armado comienza después del 7 de agosto del año 2010. El presidente electo Juan Manuel Santos, empieza su cruzada a favor de la consolidación de la paz y la recuperación del orden público en el país. En diciembre de ese mismo año, por medio de la ley 1424 de 2010, se pretende iniciar el arduo camino por la consolidación de la paz. Esta ley contempla disposiciones en materia de justicia transicional con el fin de que se garanticen los derechos a la verdad, la justicia, la reparación de las víctimas de grupos armados organizados en el marco del conflicto armado interno. En esta ley se observa en primer término que el conocimiento de la verdad de los hechos sucedidos contribuye a la conservación de la verdad en la histórica, mediante la creación de un mecanismo que no sería de carácter judicial con el fin recolectar la mayor información veraz, real y clara posible para que con ello se elaboren documentos que permitan la protección de la verdad a través del tiempo.

A partir de ese momento se inician una serie de conversaciones entre delegados del gobierno y delegados del grupo guerrillero de las FARC, con el fin de suscribir un acuerdo por medio del cual se finalizará el conflicto armado en Colombia, se garantizarán los derechos de las víctimas y se diera cumplimiento a las obligaciones internacionales sobre la lucha contra la impunidad. Para el 23 de septiembre de 2015, ya existía un compromiso serio por parte del grupo guerrillero de las FARC y el gobierno respecto de temas como una reforma rural integral, su posible participación en política y la solución a la gran dificultad sobre la lucha contra las drogas, también reafirmaron el compromiso de satisfacer los derechos de las víctimas y a la contribución en la búsqueda de la paz, en el mismo comunicado se indica que para garantizar la lucha contra la impunidad, establecer la verdad, reparar a las víctimas y sancionar a quienes se encuentren

responsables de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra se establecería la creación de una Justicia Especial de Paz. (Presidencia de la República, 2015)

Después de este compromiso, se dio inicio a la conformación de los lineamientos que enmarcarían cada uno de los puntos de los diferentes acuerdos. Finalmente en un evento público, en la ciudad de Cartagena, el día 26 de septiembre del año 2016 se firma el acuerdo de Paz, con el principal objetivo de acabar con la guerra que por décadas ha golpeado a Colombia con palabras utilizadas por el Señor Presidente Juan Manuel Santos “cesar la horrible noche” y con el fin de consolidar la paz. (Santos, 2016)

Posteriormente este acuerdo fue sometido a un Plebiscito de refrendación del acuerdo suscrito en Cartagena el día 02 de octubre de ese mismo año, en donde los colombianos sentaron su voz de protesta en contra de lo allí acordado, votando la mayoría para su NO APROBACIÓN, sin embargo, después de haber realizado grandes esfuerzos no era lógico pensar que el gobierno del presidente Santos permitiera que tal suceso empañara lo que hasta ese momento se había logrado con las FARC (Revista Semana, 2016).

Así, se dio lugar a tratar los puntos que fueron objeto de debate y de desacuerdo en las urnas, para llegar a un acuerdo consensuado, por lo que fue necesario que los Acuerdos de paz, fueran refrendados por medio del Congreso de la República, el cual aprobó el nuevo acuerdo final el día 30 de noviembre de 2016. De esta manera el gobierno de Colombia consolida su programa de gobierno en la búsqueda de la paz, el reconocimiento de los derechos de las víctimas y la lucha en contra de la impunidad.

En procura de estos fines, el gobierno nacional lleva ante el congreso el proyecto de ley estatutaria en la que se contemplan penas acordes con la participación efectiva de los implicados en el esclarecimiento de los hechos. La sanción penal, es el punto álgido de la discusión, el hecho

de que las penas consagradas en el marco de la Justicia Especial para la Paz, no sean las previstas en la ley penal ordinaria, implicó, que se diera aplicación a una justicia alternativa que satisficiera los intereses de todas las partes en conflicto y de la comunidad internacional.

Creer que la privación de la libertad era la única solución para garantizar el ejercicio judicial, restringía en gran medida la capacidad de negociación del estado, sobre todo, cuando se encontraba de por medio la terminación de un conflicto armado que se hallaba asentado en la mayoría del territorio rural nacional por más de cinco décadas. Privar al estado colombiano de ofrecer alternativas penales a quienes se acojan a este modelo de justicia, restringía la posibilidad de garantizar los derechos de las víctimas, aunque para éstas, pudiera generarse una imagen de posible impunidad (Cála, *et. al.*, 2015).

La pena en este escenario jurídico – político actual, cumple una finalidad diferente a la que usualmente se ejerce en una acción penal ordinaria. La función, va más allá de proteger los bienes jurídicos lesionados, en esta ocasión se apunta a lograr la terminación del conflicto armado interno, a garantizar los derechos de las víctimas y de la sociedad en general y consolidar el estado social y democrático de derecho.

5. LA FUNCIÓN Y EL FIN DE LA PENA EN LA JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ

El conflicto armado en Colombia, el cual, por más de cinco décadas, ha causado graves violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, encuentra una salida mediante la fórmula presentada por el gobierno del presidente Juan Manuel Santos, con el Acuerdo final de paz. La comunidad internacional, se encuentra atenta, respecto al cumplimiento por parte del estado de los principios en la lucha contra la impunidad y la garantía de los derechos de las víctimas. Esta es una obligación de imperativo cumplimiento, el llamado bloque de Constitucionalidad, es el dispositivo integrador que permite a normas internacionales de protección y garantía de los derechos humanos ser acogidas dentro del ordenamiento jurídico doméstico.

5.1 La Constitución como mecanismo integrador de las normas internacionales de protección y garantía de derechos humanos al ordenamiento interno colombiano

El artículo 93 de la Constitución Política inciso primero, establece dos presupuestos para la integración de las normas al ordenamiento jurídico interno: 1. Que se trate de un derecho humano; y 2. De un derecho cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción (Sentencia C-295, 1993), este instrumento normativo admite incorporar, al texto de la carta, disposiciones que se encuentran en otras fuentes, igualmente vinculantes (Uprimny, 2017).

La Constitución de 1991 desarrolla este bloque a través de diferentes artículos, la supremacía del texto constitucional, (Constitución Política, Art. 4.); el reconocimiento de los principios del Derecho Internacional aceptados por Colombia (Constitución Política, Art. 9.); los Convenios Internacionales del trabajo que se encuentren debidamente ratificados (Constitución

Política, Art. 53.); los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el Congreso que reconocen Derechos Humanos y que prohíben su limitación en los estados de Excepción (Constitución Política, Art. 93.); los Derechos y garantías contenidos en la Constitución y los Convenios Internacionales, también aquellos que, aunque no se encuentren expresamente en el texto, son inherentes a la persona humana (Constitución Política, Art. 94.); la prohibición de suspender los derechos humanos y las libertades individuales en los llamados estados de Excepción. (Constitución Política, Art. 214.), también hacen parte las normas de Derecho Internacional Humanitario del denominado Bloque de Constitucionalidad, por contener normas de *Ius Cogens* (Sentencia C- 370, 2006).

Igualmente, el Estatuto de Roma, hace parte del ordenamiento jurídico nacional, aunque, este tuvo una incorporación diferente, para tal efecto fue necesario adicionar dos incisos al artículo 93 de la carta Constitucional. El Acto Legislativo 02 de 2001, reconoce la competencia de la Corte Penal Internacional, como una institución Jurídico - Penal de carácter internacional, fundamentada en el principio de universalidad que aboga por el respeto y garantía de los derechos humanos (Cadena, 2010). Principio que hace parte del *ius cogens* y del derecho consuetudinario.

Vale la pena recordar que, previo a la suscripción del Estatuto de Roma, ya se encontraba en vigor los Convenios de Ginebra, que fueron suscritos en el año 1949 con el fin de Aliviar la suerte de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, el trato debido a los prisioneros de guerra y la protección debida de las personas civiles en tiempo de guerra (Comité Internacional de la Cruz Roja, 1949). Sin embargo, tiempo después, en el año 1977, se incorporaron a estos convenios, dos protocolos adicionales con el fin de que se protegieran a las víctimas de los conflictos armados de

carácter internacional y las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional (Comité Internacional de la Cruz Roja, 1977).

En sentencias C-574 de 1992 y C-225 de 1995, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los Protocolos I y II adicionales a los convenios de Ginebra, y explicó claramente que las normas que protegen y garantizan los derechos humanos dentro del contexto de los conflictos armados son normas de Derecho Internacional Humanitario y por ende su contenido comprende normas de *Ius Cogens* y de carácter consuetudinario de los pueblos, tal y como se encuentra consagrado en la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los Tratados (Ley 32 , 1985). Lo que indica que las normas humanitarias son de obligatorio cumplimiento, así no se hayan suscrito los respectivos tratados, pues la imperatividad de tales normas se encuentra en su carácter consuetudinario y no en el consentimiento de las partes.

Por lo anterior, la lucha por el respeto y garantía de los derechos humanos ha sido un ideal de la humanidad al pretender amparar su derecho a la supervivencia en condiciones de dignidad, lo que denota que sean de carácter universal y tengan su reconocimiento material en tratados y convenios de carácter internacional.

Con la suscripción de estos convenios, los estados parte se obligaron a poner a disposición de las autoridades competentes a aquellas personas que después de haber sido investigadas y de encontrarse culpables en la comisión de un hecho ilícito u ordenado cometer alguna de las graves infracciones consagradas en los respectivos documentos, fueran sancionadas de acuerdo con la normativa internacional vigente. Es deber de los estados, hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, o si fuera su decisión entregarlas para ser juzgadas por otro estado contratante interesado. Colombia se encuentra obligada a lo pactado en dichos documentos, pues, ratificó los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra I y II (Ley 171 , 1994).

En consecuencia, las normas humanitarias son de obligatorio cumplimiento, la imperatividad se encuentra en su carácter consuetudinario y no en el consentimiento de las partes (Sentencia C-225, 1995), por lo tanto los derechos y deberes consagrados en la constitución se interpretan de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Colombia. (Sentencia T-1635 , 2000)

En el ámbito regional, se encuentra el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, creado a partir de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la novena conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá el 02 de mayo de 1948. En la que se exalta la dignidad del hombre como persona humana y el compromiso de los estados a proteger de manera especial los derechos esenciales del individuo como guía para la evolución de los mismos, así mismo, en 1969 en San José de Costa Rica se celebró la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, los estados miembros suscribieron la Convención Interamericana de Derechos Humanos que en Colombia fue aprobada en el gobierno de Misael Pastrana Borrero.

En la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se establecieron dos órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con violaciones a los Derechos Humanos en la Parte II – Medios de Protección, Capítulo IV De los Órganos Competentes:

Artículo 33 Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión.

b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

De conformidad con lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no solo es competente para conocer casos de violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana y Convención Americana, pues también es competente para conocer sobre las violaciones a derechos humanos consagrados en demás tratados interamericanos que consagren su protección, allí se encuentran aquellos que tienen como objetivo reafirmar la protección de derechos humanos y fomentar su desarrollo, básicamente éstos tratados prohíben la tortura, trato cruel inhumano o degradante, restablecimiento de la pena de muerte en los países que lo han abolido, violencia física, sexual o psicológica y discriminación contra la mujer, desaparición forzada y discriminación de personas con discapacidad.

Colombia reconoce la competencia de la Comisión y de la Corte a partir del 21 de junio de 1985 en condiciones de reciprocidad y para sucesos que pudiesen ocurrir con posterioridad a la aceptación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos sobre lo que atañe a la aplicación o interpretación de la convención. Esto hace que el estado colombiano se obligue a sus decisiones, de conformidad con el denominado bloque de Constitucionalidad. Y finalmente en aplicación del principio de Integración, los operadores judiciales en sus actuaciones deben interpretar la norma con fundamento en los tratados, convenios y demás normas contentivas dentro del bloque de constitucionalidad. Principio que se encuentra dispuesto a favor del imputado, en su condición de procesado y como límite al poder punitivo del estado (Enrique, 2012).

La interpretación de carácter vinculante de los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos, con prevalencia sobre el orden interno emerge teniendo como eje principal la Dignidad Humana en el derecho internacional a través de las normas *ius cogens* ya que tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de Derecho Internacional Humanitario son normas de esta naturaleza (Cifuentes, 1995).

De lo anterior se desprende que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene competencia para conocer sobre los casos en donde se hayan visto amenazados, vulnerados o quebrantado los derechos humanos. La protección jurisdiccional de la Corte Interamericana se extiende a aquellos derechos expresamente señalados por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, a los derechos contemplados en los Protocolos adicionales a dicha Convención y a aquellos derechos que no encontrándose en la Convención ni en protocolos adicionales la Corte considera que deben ser protegidos. (Carbonell, 2004.)

La jurisprudencia Colombiana en materia constitucional ha manifestado que tanto el Preámbulo, el articulado propio constitucional, los tratados de límites ratificados por Colombia, los tratados de derecho humanitario, los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, Convenios de la OIT y la doctrina elaborada por esa organización internacional y la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales, hacen parte del Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto. Así mismo ha indicado que en sentido lato harían parte del Bloque de Constitucionalidad las leyes estatutarias y las leyes orgánicas, sin perjuicio de que hay algunas leyes estatutarias que no hacen parte del Bloque Constitucional en sentido lato (Sentencia C-582 , 1999).

El hecho de que algunas normas que protegen, garantizan y respetan Derechos Humanos no se encuentren en el cuerpo de la Constitución, no significan que no puedan ser aplicadas, pues la Constitución contempla y adopta la posibilidad de que dichas normas Internacionales también nazcan a la vida jurídica en Colombia y tengan los mismos efectos y aplicación que las internas

5.2 La lucha contra la impunidad y la garantía de los derechos de las víctimas en la justicia especial para la paz

La lucha contra la impunidad y la garantía de los derechos de las víctimas, es el eje central sobre el cual se desarrolla el modelo de justicia Transicional Colombiana. El Acuerdo final suscrito en la Habana, consigna a efectos de dar aplicación a la Justicia Especial para la Paz, que, quienes se acojan a este modelo de justicia, garanticen los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición (Fundación para el Debido Proceso Legal, 2010).

Este compromiso es vigilado por la comunidad internacional, la impunidad, es el mal que aqueja a los estados en este tipo de procesos sociopolíticos (Rettberg, 2005). En el informe presentado por el Relator Especial de las Naciones Unidas, sobre la cuestión de impunidad en 1997, Louis Jineté, recoge cuarenta y dos principios en los que reconoce a las víctimas como sujetos de derechos y plantea elementos para la protección y promoción de los derechos humanos. (Amnistía Internacional, 2001)

Los principios precitados se aprobaron por las Naciones Unidas en Resolución del 18 de febrero de 2005 conocida como “Conjunto de Principios actualizados para la protección y promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad” (United Nations, 2005), documento que recoge las corrientes actuales del derecho y prácticas internacionales sobre protección y garantía de derechos humanos.

La Comisión de Derechos Humanos aprueba esta resolución el 21 de abril de 2005, y resalta el deber que le asiste a todos los estados parte en combatir la impunidad y judicializar a quienes se encuentren responsables de las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, así como también insta a los estados para que reformen sus

instituciones y sus normas con el fin de que se dé cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas. (Office of the High Commissioner for Human Rights, 2005)

La Organización de Estados Americanos en Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia, el 13 de diciembre de 2004, recuerda que la comunidad internacional ha reconocido lineamientos en materia de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición recogidos de experiencias vividas en diferentes sociedades y en principios sobre la obligación de los estados de administrar justicia conforme al derecho internacional (OEA, 2006).

Aquellas conductas de quienes participan en el conflicto armado que sean característicos de los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o violaciones a los derechos humanos, los estados las deben investigar juzgar y sancionar, su obligación es luchar contra la impunidad con todos los medios legales disponibles, ya que de no ser así, se propicia la repetición de estas conductas. (OEA, 2006)

Así mismo, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) indica que la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, se encuentra consagrada dentro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 8 y 25, en los que se consagran las garantías judiciales y los derechos de las víctimas para acceder a la administración de justicia, con el fin de que se persigan a quienes cometieron dichos hechos (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2004). La satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, es el cumplimiento en las obligaciones imperativas que le asiste al estado colombiano, en la lucha contra la impunidad y en la garantía de los derechos de las víctimas y de la sociedad.

Respecto al derecho a la verdad la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado diferentes pronunciamientos¹³, para la Corte este derecho tiene dos dimensiones tanto individual como colectiva, el artículo 8 de la Convención, sobre las garantías judiciales, enmarca el sentido individual y el artículo 25 del mismo instrumento, la protección judicial enmarca el sentido colectivo (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2000). Considerado este derecho imprescriptible e inalienable, respecto de las familias y la sociedad, para construir memoria histórica, como mecanismo de lucha en contra de la impunidad (Rincón, 2010).

El estado colombiano debe garantizar el derecho a la verdad de lo sucedido con ocasión del conflicto armado y del paradero de los desaparecidos, así como la necesidad de que se repare a las víctimas de estos hechos, como mecanismo de prevención de conductas similares, que pueden llevarse a cabo mediante un estímulo de venganza (Cardona, 2015).

El derecho a la verdad es un derecho social que requiere necesariamente que sea efectivo, aunque lleguen haber medidas de garantías de no repetición y una justicia alternativa, se debe propender por no dejar en el olvido la realidad oculta que hasta el momento ha tenido en vilo al país. Para lograr consolidar los fines que se pactó en el acuerdo final de paz, es necesario construir memoria histórica, mediante la garantía de la verdad, la justicia y si se quiere, un perdón (López, 2015).

El derecho a la justicia es el soporte de un estado social y democrático de derecho, diferentes instrumentos internacionales contemplan este principio como reconocimiento y garantía

¹³ Sentencia del 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras; sentencia del 20 de enero de 1989, caso Godínez Cruz Vs Honduras; sentencia del 3 de noviembre de 1997, caso Castillo Páez Vs Perú; sentencia del 24 de enero de 1998, caso Blake Vs Guatemala; sentencia del 25 de noviembre de 2000, caso Bamaca Vs Guatemala; sentencia del 25 de noviembre de 2003, caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala; sentencia del 8 de julio de 2004, caso de los hermanos Gómez Paquiyauri Vs Perú; sentencia del 5 de julio de 2004, caso de 19 Comerciantes Vs Colombia; sentencia del 7 de septiembre de 2004, caso Tibi Vs Ecuador; caso Aldea de Moiwana Vs Suriname; sentencia del 22 de noviembre de 2004, caso Carpio Nicolle Vs Guatemala; sentencia del 1º de marzo de 2005, caso Hermanas Serrano Cruz Vs El Salvador; y sentencia del 15 de septiembre de 2005, caso de la Masacre de Mapiripán Vs Colombia.

de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.1., 2.3. y 14), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 2.2., 8 y 25), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 8 y 10) y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (artículo 18), son instrumentos internacionales, que son vinculantes y de obligatorio cumplimiento para el estado. Por medio de la Justicia, se protegen los derechos humanos y proporcionan recursos judiciales efectivos, es la única garante de que las víctimas conozcan la verdad real y judicial. Además, por medio de ella, se logra dar cumplimiento a la obligación de investigar, juzgar a quienes cometieron conductas constitutivas de graves violaciones a los derechos humanos, sancionar a los responsables proporcionalmente de acuerdo al daño causado, y reparar integralmente a las víctimas (Sentencia C-370, 2006).

Por otro lado, la reparación a las víctimas es un derecho garantizado por el estado, atribuible a quien ocasiona el daño. Según la Resolución 60/147 de las Naciones Unidas, esta debe ser proporcional a la gravedad de las violaciones y a los daños causados y contempla diferentes maneras de reparar el daño causado. La posibilidad de restituir las condiciones en las que se encontraba la víctima antes de haberse causado el hecho que le generó un perjuicio. La indemnización como una forma de reparación adecuada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso. La rehabilitación de la víctima mediante tratamientos médicos adecuados para lograr reparar su daño y la imposición de que las medidas adoptadas para lograr la reparación efectiva de las víctimas, deben satisfacer los intereses de quienes han sido vulneradas en sus derechos por actores violentos. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2005)

El reconocimiento a los derechos a las víctimas debe garantizar satisfacción en las medidas de indemnización, restauración o readaptación en los derechos de éstas, con mecanismos que

permitan una efectiva reparación, indemnización, compensación, rehabilitación o tributo, ya que no en todos los casos es posible una prestación económica, pueden para el efecto, adoptarse medidas reparables como programas de rehabilitación y medidas simbólicas, las disculpas oficiales, los monumentos y las ceremonias conmemorativas, hacen parte también de la reparación (Sentencia C-579 de 2013).

Finalmente la desmovilización, la entrega de armas y la reinserción a la vida civil, son elementales para que se logren alcanzar los valores de paz y el orden democrático, así se consolida la garantía de la no repetición respecto de las graves violaciones a los derechos humanos (Dorado, 2013) En Colombia, la terminación negociada del conflicto, el compromiso por la defensa y la protección de los derechos de las víctimas, la búsqueda de modelos de convivencia fuera de la violencia, abarcan todo el territorio nacional, inclusive aquellas zonas geográficas que limitan con otras naciones, lo que implica que estas garantías de no repetición deben ser también exigibles y aceptadas por la comunidad internacional. (Pfeiffer, 2014)

La garantía de no repetición, es el “núcleo duro” de la justicia transicional (Jaramillo, 2013), por lo tanto, deben ser reales, serias, responsables, ciertas y exigibles respecto de actos beligerantes y violentos por las partes involucradas en el conflicto. Sin no existe un deber absoluto de su cumplimiento, los hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos renacerían de sus cenizas, como en el mítico caso del ave fénix.

En materia de penas, puede llegar a concederse beneficios, siempre y cuando se respeten estos derechos y unos principios mínimos del derecho penal, siempre que no se encubran atrocidades o la responsabilidad de sus autores, sino como una búsqueda genuina de la paz en el marco de procesos justos. (Sentencia C- 370, 2006)

La garantía de los derechos de las víctimas y el compromiso estatal de luchar contra la impunidad, son elementos que como se citó en este capítulo, son de exclusiva responsabilidad del estado Colombiano, existen delitos internacionales que se encuentran descritos dentro del Estatuto de Roma, instrumento internacional que Colombia ratificó y que de no cumplirse con estos los propósitos internacionales la Corte Penal Internacional, en aplicación del principio de jurisdicción universal y bajo el principio de Complementariedad, podrá eventualmente ser competente para conocer de los casos, que activen su jurisdicción.

5.3 Crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional y su regulación en el Ordenamiento Jurídico Colombiano

Dentro del texto del Estatuto de Roma se indica los delitos sobre los cuales la Corte Penal Internacional tiene competencia, encontrándose enunciados: el genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión, aunque el mismo Estatuto aclara que la competencia de esta Corte solo será respecto de estos crímenes y siempre y cuándo se hayan cometido con posterioridad a la entrada en vigor del mismo. (Corte Penal Internacional, 1998)

La competencia de la Corte Penal Internacional, se debe a que en el libelo del Estatuto de Roma se encuentran descritos los delitos que le atribuyen dicha facultad, se encuentran enunciados de forma clara y precisa las conductas que constituyen delitos que activan esta función jurisdiccional de la Corte Penal Internacional.

El delito de Genocidio: Descrito como un tipo penal internacional que requiere para su configuración, que la conducta de un individuo se encuentre encaminada a destruir total o parcialmente un grupo (i) nacional (ii) étnico, (iii) racial o (vi) religioso. Las conductas que se lleven a cabo con tal fin fueron descritas inicialmente en la Convención para la Prevención y la

Sanción del delito de Genocidio, del 9 de diciembre de 1948 artículo II y transcrita posteriormente en el Estatuto de Roma. La conducta cometida busca destruir total o parcialmente a un grupo étnico, refiriéndose al genocidio cultural, si se trata de un grupo racial, hace referencia a atentar contra un conglomerado que tienen distinciones físicas comunes, es decir, un genocidio físico (Thiam, 1986).

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso en contra de JEAN PAUL AKAYESU indicó que para configurarse el delito de genocidio no era necesario el exterminio real de un grupo por completo, con que cualquiera de los actos mencionados en el acápite del tipo se desplieguen con la finalidad de destruir en parte o por completo un grupo nacional étnico, racial o religioso, el actor debe dirigir su voluntad a realizar los actos enunciados en el artículo 6 (literales a, b, c, d y e) del Estatuto (Akayesu, 1998).

En Colombia, la ley 599 de 2000 artículo 101, el legislador buscó proteger los bienes jurídicos de la vida, la integridad, la existencia misma de los grupos humanos sin distinción de raza, credo religioso o grupo político (Sentencia C-148, 2005). En la ley 589 de 2000 artículo 322A se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura como delito por primera vez, cobijando también como genocidio la conducta que atente contra grupos políticos, siendo este último un aspecto adicional en relación con lo consagrado dentro del Estatuto de Roma.

Para la Corte Constitucional la tipificación de esta conducta como delito no obedece únicamente al cumplimiento de los compromisos internacionales a los que se encuentra sujeto el Estado, ya que estas conductas hacen parte del *ius cogens*, y su fundamentación se encuentra dentro de la Constitución misma, con en ella se garantiza la diversidad étnica y cultural (Art. 7 C.P.), el derecho a la vida como inviolable (Art. 11 C.P.), el derecho a la libertad religiosa (Art. 19 C.P.), derecho a asociarse libremente (Art. 38 C.P.), a conformar movimientos o grupos políticos (Art.

40-3 C.P.), y eliminar toda forma de discriminación en razón de la raza, sexo, origen nacional, lengua, religión, opinión política o filosófica (Art. 13 C.P.) (Sentencia C-148, 2005), sin embargo, al acoger dentro del ordenamiento penal interno este delito, Colombia se obliga a prohibir aquellos actos que sean constitutivos de genocidio y a implementar acciones que tiendan a prevenir y sancionar estas prácticas. Lo anterior quiere decir que, el genocidio implica un reconocimiento por parte de la comunidad internacional a una obligación que de ser violada conlleva la responsabilidad internacional del Estado, lo que quiere decir, que se trata de una norma imperativa (*ius cogens*).

Tipificar la conducta de Genocidio en la legislación penal, tiene doble finalidad, no solamente es cumplir con la responsabilidad internacional que tiene Colombia para evitar que conductas que constituyan este delito no se materialicen, sino también lograr judicializar a quien realice este tipo de acción de forma personal o individual. La obligación que el estado tiene para investigar y judicializar estas conductas que atentan contra los derechos humanos se encuentra consagrada dentro de la Carta de las Naciones Unidas la cual impone que los estados parte se obliguen a respetar universalmente los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades (Naciones Unidas, 1945).

Respecto del delito de lesa humanidad: Se encuentra consagrado dentro del Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional, 1998) y requiere para su configuración que se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con el conocimiento previo de dicho ataque.

La enunciación de las conductas que se consideran crímenes de lesa humanidad dentro del estatuto de Roma, fue la concretización de otros tratados internacionales entre los que se encuentran: la Convención sobre Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes

de lesa humanidad de 1968, aquí se adopta la definición de crímenes de guerra incorporado por el Estatuto para el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra, así como en el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter internacional y en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

La tipificación de las anteriores conductas como crímenes de lesa humanidad, se considera que fueron incorporadas por primera vez dentro de la Convención Relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre cuando este instrumento indica que tanto civiles como beligerantes se encuentran protegidos por los principios del Derecho Internacional de Gentes y bajo las costumbres de las naciones civilizadas, tanto por las leyes de humanidad como de aquellas dadas por la conciencia pública, denominada “Cláusula Martens”, que apareciera por primera vez en el preámbulo del II Convenio de la Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Comité Internacional de la Cruz Roja, 1907).

Mediante los pronunciamientos de los Tribunales de Nüremberg se logró establecer los elementos característicos del crimen de lesa humanidad, con el componente particular de que dichos crímenes podrían ser cometidos tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra (Cruz Roja Internacional, s.f.). A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, retoma lo argumentado por el Tribunal de la Ex Yugoslavia dentro del caso *Prosecutor V. Dusko Tadic*, al indicar que solamente basta un único acto ilícito de los que se encuentran descritos en el Estatuto de Roma, para que sea considerado como crimen de Lesa Humanidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006)

Para su configuración, el artículo 7 del estatuto de Roma, requiere que la víctima sea la humanidad de la persona, que el ataque recaiga en la población civil de manera generalizada y sistemática (Ferreira) y que dichos actos se cometan dentro del marco de un conflicto armado o por fuera de éste. Por lo tanto, es necesario que se trate de un “ataque”, entendido éste como aquellos actos violentos que forman parte de una política de estado o de alguna organización, “generalizada o sistemática”, ya que las conductas deben cometerse en masa, y cuyo resultado afecte a un amplio número de personas, es decir, que haya gran cantidad de víctimas (Fernández, 1983). Por lo tanto, quien realice la agresión debe hacerla de forma extendida y sistemática en contra de la población civil (Ambos, 2011).

Los crímenes de lesa humanidad se entienden como conductas que atentan contra la humanidad del individuo, quien se encuentra protegido por normas universales que no son derogables, ya que constituyen normas de *ius cogens* de acuerdo con el derecho internacional. Este derecho consuetudinario se encuentra positivizado dentro del cuerpo del Estatuto de Roma, que por lo tanto tiene vida jurídica por vía convencional, como resultado de lo que se ha denominado “núcleo duro de los derechos humanos”, reconocido por los estados mediante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario (Servín, 2014).

Pese a que Colombia, ha tratado de dar cabal cumplimiento a sus compromisos internacionales en materia de lucha contra la impunidad sobre todo en lo que tiene que ver con aquellos delitos que atentan gravemente contra la dignidad humana y contra el individuo en sí mismo, no existe dentro del ordenamiento jurídico colombiano una norma específica que consagre expresamente la prohibición de conductas que sean constitutivas de crímenes de lesa humanidad. Lo que no quiere decir que en ausencia de un tipo penal específico dentro del cuerpo normativo del Código Penal actual, las conductas que constituyan crímenes de lesa humanidad, no se puedan

investigar, juzgar y sancionar, ya que los mismos no requieren que exista un conflicto armado para su caracterización, y ello se constata al encontrarse dentro de la ley 599 de 2000 tipos penales que tutelan los bienes jurídicos de la vida, la integridad personal, libertad individual, libertad, integridad y formación sexuales entre otros.

En la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, expedida por Naciones Unidas, se consagra que estos delitos no prescriben, independientemente de la fecha en que se hayan cometido. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que aunque un país no haya ratificado la Convención, la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de *Ius Cogens*, puesto que no nace en dicha convención, sino que se encuentra reconocida en ella, por lo que debe acatarse, ya que se trata de una norma de imperativo cumplimiento (Comité Internacional de la Cruz Roja, 1968).

Es así que en Colombia, de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución, cualquier Juez Penal puede acatar de manera preferente el derecho penal internacional, aunque no se encuentre tipificado en la ley penal Colombiana, ya que, aunque no se haya suscrito la Convención, la misma, hace parte de un compromiso *erga omnes* que se adquiere con la finalidad de prevenir y erradicar graves violaciones a los derechos humanos (Corte Constitucional de Colombia, 1995).

En cuanto a los Crímenes de Guerra: El artículo 8 del Estatuto de Roma indica que se tendrán como tales aquellos que violen el Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, tanto a los que tienen carácter internacional como aquellos que no tienen carácter internacional (Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra), es decir, que estos crímenes solamente se predicen de aquellas personas o bienes que se encuentran protegidos por el Derecho Internacional Humanitario (Convenios de Ginebra, artículos 50/I, 51/II, 130/III, 147/IV).

En los Conflictos que son de carácter internacional las personas protegidas se encuentran amparadas por los artículos 13, 24, 25 y 26 y los bienes civiles, se encuentran amparados por los artículos 19, 33, 34 y 35 de conformidad con el I Convenio de Ginebra. Así mismo, en los artículos 13, 36 y 37 se encuentran las personas protegidas y 22, 24, 25 y 27 se encuentran los bienes protegidos de conformidad con el II convenio de Ginebra. El Convenio III de Ginebra contiene en su artículo 4 los prisioneros de guerra y dentro del IV Convenio de Ginebra se encuentra el artículo 4 y 20 que habla sobre las personas protegidas y los artículos 18 al 22, 33, 53, 57 y demás, sobre bienes protegidos. El Protocolo adicional I en su artículo 50 define a la población civil como la que no participa de forma directa en el desarrollo de las hostilidades.

En los conflictos armados de carácter no internacional se encuentra dentro del Protocolo adicional II el artículo 3 común, el artículo 4-1 en donde se define a las personas protegidas como aquellas que no participan de forma directa en las hostilidades o que, por alguna razón hayan dejado de participar en ellas.

En el Código Penal Colombiano se encuentra taxativamente como delitos las conductas en contra de las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario es así que el artículo 135 indica a que personas se les debe tener como personas protegidas.

Para poder catalogar una acción como crimen de Guerra, es necesario que se enmarque dentro de una confrontación bélica, es decir, que existan graves infracciones a los Convenios de Ginebra. Colombia, padece un conflicto armado de carácter no internacional, por lo que fue necesario que la Corte Constitucional determinara el alcance del término “combatiente”, el cual, debe ser entendido en sentido genérico, ya que según la Corte el término “*combatientes*” se refiere a aquellas personas que, en razón de pertenecer a las fuerzas armadas y a grupos armados irregulares, o que toman parte al momento de presentarse las hostilidades, no pueden gozar de la

protección internacional que existe en contra de los ataques hacia la población civil (Sentencia C-291, 2007). Por lo que pueden tratarse como objetivo militar legítimo y de ser el caso, gozan del derecho que les asiste a recibir un trato especial cuando han sido puestos fuera de combate, ya sea por rendición, captura o lesión, ya que estos motivos son considerados de protección como persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario y su inobservancia puede considerarse como Crimen de Guerra.

El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra estipula que debe existir un vínculo cercano entre las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario y el conflicto armado, lo que lleva implícito que quien realice la conducta pertenezca a una de las partes en conflicto, sin embargo esta situación no debe ser óbice para aplicar el artículo en mención.

En la legislación Colombiana, la participación de las víctimas de las graves infracciones al derecho internacional humanitario se encuentra los artículos 132 y 137 del Código de Procedimiento Penal que indican que tanto las personas naturales como las jurídicas pueden ser víctimas, y podrán actuar de manera individual o colectiva y que éstas personas en garantía de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación tienen el derecho a intervenir en cada fase del proceso penal, así como también tienen derecho a ser reparadas con posterioridad a la declaración de responsabilidad que haga el Juez de Conocimiento mediante Sentencia Condenatoria, de manera pronta e integral.

La ley 1448 de 2011, se encuentra la reglamentación en lo referente a las víctimas de crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, consideradas víctimas todas las personas que hayan sufrido un daño por hechos ocurridos después del 1 de enero de 1985 como consecuencia del conflicto armado interno.

Pese a que la norma indica con límite temporal los derechos de las víctimas, hay que recordar que los crímenes internacionales son imprescriptibles (Naciones Unidas, 1968), lo que quiere decir, que los derechos de las víctimas deben ser reconocidos en cualquier tiempo, así lo anotado la Corte Constitucional en Sentencia T-821 de 2007, en donde expone que el derecho a la restitución de su tierra es uno de los derechos que surge con la reparación integral del daño causado (Sentencia T-821 , 2007), ya que hace parte del bloque de constitucionalidad.

Y finalmente, en lo que tiene que ver con el Crimen de Agresión: Se encuentran consagradas todas aquellas conductas encaminadas a realizar ataques de carácter militar contra un estado, atentando contra su soberanía e integridad territorial o su independencia.

Este Crimen surgió en el siglo XX, como derecho de los estados a llevar a cabo actos de guerra, y como respuesta del *ius contra bellum*. El Pacto Briand – Kellogg, suscrito en París en 1928, enmarca la posibilidad de que los estados puedan hacer la guerra, como facultad de cada estado frente a otros estados. Pero con el tiempo, esta facultad ya no fue vista como un derecho, sino como un delito internacionalmente ilícito y rechazado por el derecho internacional (Corredo, 2012).

Así mismo la Carta de las Naciones Unidas, dentro de sus principios indica que el propósito de esta organización, es entre otras cosas suprimir los actos que sean considerados de agresión o de quebrantamientos de la paz, de tal forma que pueda recurrirse a métodos pacíficos de solución de controversias, (Carta de las Naciones Unidas) sin embargo, este instrumento contempla dos excepciones, por medio de los artículo 39, 42 y 51 de la Carta, ya que el uso de la fuerza armada está autorizado siempre y cuando medie autorización del Consejo de Seguridad de este organismo y en el ejercicio que le asiste a los estados a ejercer su legítima defensa.

Este delito se encuentra consagrado en el Estatuto de Roma, por atentar contra nobles ideales de la humanidad, como son la paz y la seguridad internacionales que se encuentran previstos dentro de la Carta de las Naciones Unidas. Este delito, fue definido en la Resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas N. 3314 de 14 de diciembre de 1974, en su artículo 1 como el uso de la fuerza armada por parte de un estado, en contra de la soberanía, o la integridad del territorio, o la independencia de otro estado, o de cualquier otro atentado que se encuentre consagrado en la Carta de las Naciones Unidas (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1974).

Pese a encontrarse dentro del Estatuto de Roma este crimen, la comunidad internacional, hasta el año 2018 en Kampala, logra una definición jurídica para todos los estados, respecto de que debía entenderse por Crimen de Agresión, (International Criminal Court, 2010) estableciendo la respectiva responsabilidad internacional penal, para quien ejecutara conductas que permitan establecerse como violatorias de la paz y la seguridad internacionales.

Es así, como el Estatuto de Roma, da vida a la institución jurídico penal más importante a nivel internacional, para que investigue, juzgue y sancione aquellas conductas que se encuentren descritas dentro de este instrumento y que, de manera complementaria activa la competencia de la Corte Penal Internacional, sea porque el estado “no pueda o no quiera” investigar y enjuiciar un crimen de carácter internacional.

Por lo tanto, la Justicia Especial para la Paz, tiene la obligación de investigar, juzgar y sancionar las conductas que puedan activar la competencia de la Corte Penal Internacional, y mediante la imposición de la pena, dar cabal cumplimiento a las obligaciones contraídas por parte del estado colombiano, en la lucha contra la impunidad.

5.4 La sanción penal como concreción a los derechos de las víctimas y el cumplimiento en las obligaciones internacionales

La Organización de Naciones Unidas al igual que el Consejo Económico y social, han reconocido en diferentes oportunidades la importancia de los derechos de las víctimas, por ello, exhortan a los estados a implementar nuevas prácticas en materia de prevención del delito y aplicación de justicia penal y que, de ser procedente se adopten alternativas al encarcelamiento (penas alternativas) y se implemente la justicia restaurativa (Naciones Unidas , 2003). Este nuevo modelo de justicia, es la respuesta evolutiva al delito, que, basada en el respeto a la dignidad e igualdad, promueve la armonía social (Asamblea General de la ONU, 2002).

La comunidad internacional, ha manifestado su respaldo al Acuerdo de Paz suscrito en la Habana, sin embargo, es la encargada de verificar que se cumplan con los estándares internacionales sobre la lucha contra la impunidad y la efectiva justicia, corolario a ello, las sanciones penales que han de imponerse en el marco de la aplicación de dicha justicia, para garantizar los derechos de las víctimas y prevenir que estos hechos a futuro puedan repetirse (Ambos, 2003).

La retribución y la prevención son los ejes giratorios de las sanciones dentro del acuerdo de paz, la función y el fin de la pena aunque diferentes, justifican el ser y el deber ser de éstas (Bustos, 1995). Pretender mantener el orden social, proteger bienes jurídicos que se encuentran amparados en el ordenamiento legal, además de satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz, es su función.

Su finalidad es la prevención de la comisión de conductas constitutivas de graves violaciones a los derechos humanos respecto del individuo y de la sociedad en general, restaurar y reparar el daño causado (Alto Comisionado para la Paz, 2016), que en lo posible debe ser

proporcional a la gravedad de las violaciones perpetradas y a los perjuicios causados (Díaz, 2009). En Colombia se acudió a un modelo especial en materia de justicia penal, esta nueva alternativa judicial (Alto Comisionado para la Paz, 2016), pretende alcanzar el bienestar colectivo y una adecuada resolución al conflicto, mediante la participación social, para lograr la reconciliación y la convivencia pacífica (Masters, 2002).

Las penas, que se encuentran previstas dentro del acuerdo final, están diseñadas según la cooperación del actor en el esclarecimiento de la verdad de los hechos ocurridos con ocasión del conflicto armado y en su responsabilidad en éstos, por lo tanto, deberán cumplir con las exigencias propias del derecho penal, y recoger elementos de resocialización, reconocimiento del daño, no repetición y reparación. (Ambos; Malarino & Elsner, 2009). En materia de penas, al concederse beneficios, deben respetarse los principios mínimos del derecho penal y siempre que no se encubran atrocidades o la responsabilidad de sus autores, sino como una búsqueda genuina de la paz en el marco de procesos justos (Sentencia C-370, 2006).

Las sanciones ordinarias, serán aplicadas para quienes no reconozcan la verdad y no asuman sus responsabilidades, la pena oscila de 15 a 20 años, en caso de ser hallados culpables. La pena retributiva moderada (Hernández, 2017), será para aquellos que reconozcan verdad y su responsabilidad de forma tardía. Y las sanciones alternativas, con carácter restaurativo, para quienes reconozcan la verdad y su responsabilidad en la comisión de los actos violentos (Alto Comisionado para la Paz, 2016). Esta nueva manera de concebir el derecho penal pretende encontrar en el sujeto infractor un facilitador de reconstrucción social, por ello la pena permitirá el fortalecimiento social e institucional, ya que busca terminar con la violencia bélica y estructural en materia penal. Del reconocimiento de verdad y responsabilidad por parte del sujeto, dependerá la pena a imponer, es decir, que, de acuerdo a su colaboración dentro del proceso judicial se

determinará su grado de culpabilidad. Ese reproche social es el que limita la pena imponerse (Jakobs, 1992).

Por tanto, la pena dentro del marco de la aplicación de sanciones penales en la Justicia Especial para la Paz, tiene como propósito la construcción de tejidos sociales, el restablecimiento de la legitimidad institucional del estado, y el cumplimiento en las obligaciones internacionales contraídas por el estado colombiano (Gutiérrez & Reyes, 2002). Así como el fin preventivo, su sanción es por las violaciones a los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario y la represión, es la prevención en la comisión de estos (Von Liszt, 1998).

La ponderación respecto del derecho a la justicia y al derecho a la paz, permite que en aquellos estados, que se encuentran atravesando por etapas transicionales pueda dársele mayor beneplácito a este último que al primero, toda vez que, en los casos, que se presentan graves y masivas violaciones a los derechos humanos es necesario, otorgar grandes concesiones penales a quienes deciden acogerse a este modelo de justicia a cambio de que estos sujetos dejen las armas, se reincorporen a la vida civil y de esta manera pueda restablecerse el orden social.

La finalidad de la pena en Colombia, no es deshacer el daño causado, sino impedir que se reincida en las conductas que agraviaron a la sociedad mediante actos violentos contra la población civil, e impedir que los demás individuos las cometan nuevamente (Beccaria, 2015). Recuperar la confianza en la institucionalidad estatal y principalmente en su sistema judicial, tanto en las entidades correspondientes, como en las normas que las rigen, es la base para establecer la pena que ha de fijarse, por lo tanto, no es la culpabilidad del actor, el factor que constituye el castigo a imponerse (Roxin, 1981), como en los casos donde la lesión o la puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados son hechos aislados. En el caso colombiano, se trata de restituir la confianza en el ordenamiento jurídico y social, así como lograr una convivencia sin violencia.

La pena por tanto en el escenario colombiano es una herramienta subsidiaria para lograr la consolidación de una paz estable y duradera en cuanto se pretende terminar con un largo periodo de violencia materializada en sus tres dimensiones, tanto física (Confrontación bélica, torturas, desapariciones forzadas, violaciones sexuales, e.t.c.), como cultural y estructural, debido al conflicto armado, y que, mediante la imposición de penas alternativas, que serán otorgadas a aquellos que mediante su efectiva colaboración con el sistema de Verdad, Justicia, Reparación y garantías de no repetición, se hacen merecedores de concesiones punitivas.

Finalmente, se puede decir que la pena, en Colombia, es el medio que el gobierno nacional, contempló dentro del marco de esta justicia transicional, para que los actores del conflicto armado puedan acogerse a la Justicia Especial para la Paz, mediante la posibilidad de recibir rebajas punitivas y alternativas carcelarias, para conseguir la terminación del conflicto armado, la garantía de los derechos de las víctimas, la reconstrucción de los tejidos sociales, el cumplimiento de las obligaciones internacionales y evitar que los sujetos que se encontraban en la guerra, sigan empuñando las armas y generando violencia, es por ello, que la pena en este escenario se impone en razón de su utilidad (Von Liszt, 1998).

6. CONCLUSIONES

PRIMERA: Desde la época antigua, los estados han ejercido el poder punitivo a través de diferentes métodos amparados en el reproche social que de la comisión de una conducta ilícita se hace, para la protección de los bienes jurídicos y la imposición de las normas que los rigen. La sanción judicial que se impone al momento de individualizar la pena, es la materialización del sentir social y por ello, el individuo se hace acreedor a una pena en su humanidad o en sus derechos, que no le son propios, sino que, de un contrato social que realiza éste por el hecho de convivir en comunidad, le pertenecen al estado y este a su vez, lo limita de su goce como prevención y represión por el acto cometido. Sin embargo, este poder del estado de ejercer la facultad punitiva tiene límites que se encuentran en disposiciones internacionales y en las Constituciones de cada estado

SEGUNDA: Las penas, se han implementado dentro de los ordenamientos jurídico-sociales, con diferentes propósitos: retribuir, en contraprestación del ilícito cometido por quien teniendo la posibilidad de determinar plenamente su actuar no lo hizo, el precio justo por el mal acaecido, o el preventivo respecto del mismo sujeto que cometió la conducta ilícita para que no la realice nuevamente o para impedir que los demás miembros de la sociedad pretendan realizarla. Las diferentes teorías sobre la pena, muestran que la imposición de la misma, obedece a un fin legítimo, ejercido por quien tiene la facultad para ello, facultad emanada del estado y legitimada por la sociedad, en procura de proteger los bienes jurídicos de los miembros de ésta y el acatamiento del orden jurídico establecido.

TERCERA: La Justicia Transicional es una herramienta excepcional, para que aquellos estados, que se pretenden procesos de transición de tiranía a democracia, o de guerra a paz, logren

alcanzar una paz perdurable y estable en el tiempo, se garanticen los derechos de las víctimas y de la sociedad a la verdad, la justicia, la reparación, las garantías de no repetición y la memoria histórica con el fin de lograr una efectiva reconstrucción y reconciliación sociales, además de cimentar el fortalecimiento institucional. Este modelo de justicia especial, propende por la permanencia en el tiempo de la paz, la consolidación de la democracia, la reconciliación social, la reparación integral de todas las víctimas y el fortalecimiento del estado social de derecho.

CUARTA: La Justicia Especial para la Paz, es el componente de justicia que se encuentra previsto dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), la cual ha sido implementada para dar cabal cumplimiento en lo que respecta a una justicia judicial efectiva y con esto garantizar los derechos de las víctimas, reconstruyendo la verdad de los hechos ocurridos en el marco del conflicto armado mediante la implementación de una Comisión de la Verdad, impartiendo justicia de conformidad con el esclarecimiento de la verdad y el reconocimiento de responsabilidad por parte de quienes se acojan a este modelo de justicia, reparando a las víctimas en proporción a su conducta, y dejando las armas, para reincorporarse a la vida civil, en este escenario, el sujeto se convierte en un actor positivo y activo en la reconstrucción de los tejidos sociales quebrantados y de esta manera aporta en la consolidación de una paz estable y duradera.

QUINTA: La pena, dentro de la Justicia Especial para la Paz, se encuentra diseñada para lograr la terminación del conflicto armado, garantizar los derechos de las víctimas, evidenciar ante la comunidad internacional la obligación del estado en la lucha contra la impunidad mediante la investigación, judicialización y sanción de aquellos individuos que con ocasión del proceso penal, se encuentren responsables de cometer actos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario y de esta manera recuperar la legitimidad

7. BIBLIOGRAFÍA

institucional en materia penal, así como generar seguridad jurídica respecto de los procesos que se adelanten en el marco de este modelo de justicia, crea inclusión y desarrollo social por medio de la reconciliación, la participación activa en la reparación de las víctimas así como la no repetición, permite que aquel que fue perpetrador de violencia sea un actor de construcción de paz.

SEXTA: La prevención de que aquellas conductas que se consideran como graves violaciones a los derechos humanos y que fueron cometidas dentro del marco del conflicto armado en Colombia, no vuelvan a cometerse es el fin de la pena en este modelo de justicia transicional adoptado en Colombia y que por medio de la Justicia Especial para la Paz, permite que el sujeto infractor al ayudar a esclarecer la verdad y asumiendo su responsabilidad, sea objeto de la concesión de beneficios penales. El objeto de estas sanciones penales no es deshacer el daño que fue causado a las víctimas, sino el de impedir que vuelvan a cometerse, por lo tanto la pena en este escenario penal se impone en razón de la utilidad y no del merecimiento de ella por los hechos cometidos por el sujeto.

Berthoin, J. (1979). *El positivismo*. Editions Pierre Refflard.

Bollier, J. (2014). *Teoría de la pena*.

Buero, A. (2001). La Teoría Unificadora Chalcoer. In *Estudios A La Luz De Becerra*. *Revista Iberoamericana de Filosofía del Derecho*, nº 3.

Bustos, J. (1995). *Prevención y Teoría de la pena*. Editorial Jurídica ConoSur Ltda.

Cadena, W. (2010). El Principio De La Jurisdicción Universal De Los Derechos Humanos Desde La Globalización Y El Constructivismo. *Prolegómenos: Derecho y Política*.

Cerdano E. J. (2015). 22. *Arte, ritual y masacre. Reflexión sobre la reconciliación en el postconflicto colombiano*. Anuario del Conflicto Social.

Caro, F. (2013). *Johannes Howard y su influencia en la Reforma Penitenciaria Europea De Finales Del Siglo XVIII*. Santiago (Chile): Universidad Tecnológica Metropolitana.

Caza, B. (2003). El "código" de Hammurabi: Sentido político, forma jurídica y aporte jurídico. *Derecho y Humanidades*, 6(1), p. 4.

7. BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Acosta, M., & Gastón, G. (2011). La ex Yugoslavia. Conflictos y tensiones en una región de encrucijada. *Huellas n° 15*.
- Alto Comisionado para la Paz. (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Bogotá, Colombia.
- Ambos, K. (2005). *Estudios de derecho penal internacional*. UCAB
- Amnistía Internacional. (2001). *Acabar con la impunidad: justicia para las víctimas de la tortura*.
- Anello, C. (s.f.). *Tribunal penal internacional*.
- Asamblea General de la ONU. (2002). *Principios básicos para la aplicación de programas de justicia* .
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2005). *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*.
- Barrio, C. (1993). *Sacer Esto y la pena de muerte en la Ley de las XII tablas*. Estudios humanísticos. Filología. niversidad de León.
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid : Universidad Carlos III .
- Bentham, J. (1979). *El panoptico* . Editions Pierre Relfond.
- Bollier, I. (2014). *Teorías de la pena*.
- Botero, A. (2001). La Teoría Unificadora Dialéctica De Roxin A La Luz De Beccaria. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 5*.
- Bustos, J. (1995). *Prevención y Teoría de la pena*. Editorial Jurídica ConoSur Ltda.
- Cadena, W. (2010). El Principio De La Jurisdicción Universal De Los Derechos Humanos Desde La Globalización Y El Constructivismo. *Prolegómenos. Derechos y Valores*.
- Cardona E., J. (2015). 22. *Arte, ritual y masacre. Reflexión sobre la reconciliación en el posconflicto colombiano*. Anuario del Conflicto Social.
- Caro, F. (2013). *John Howard Y Su Influencia En La Reforma Penitenciaria Europea De Finales Del Siglo XVIII*. Santiago (Chile): Universidad Tecnológica Metropolitana.
- caza, B. (2003). El " código" de Hammurabi: Sentido político, forma científica y aporte jurídico. . *Derecho y Humanidades, (9)*, p. 4.

- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. (2004). *Pronunciamiento Sobre el Proyecto de Ley Presentado por el Gobierno Colombiano que Modifica el Delito de Concierto para Delinquir y la Ley de Justicia y Paz.*
- Cortina, A. (2012). *La Metafísica de las costumbres. Immanuel Kant.* Editorial Tecnos .
- Crenzel, E. (2010). *Políticas de la memoria en Argentina. La historia del informe nunca más.* Papeles del CEIC # 61.
- Cury, E. (2013). La prevención especial como límite de la pena.
- Departamento Nacional de Planeación. (2002). *Los compromisos fundamentales de la sociedad: reconstrucción del tejido social.*
- Díaz, I. (2009). El rostro de los invisibles. Víctimas y su derecho a la verdad, justicia, reparación y no repetición.
- Drama, M. (1883). *Leyes de Manu.* París.
- Durkheim. (2001). las reglas del método sociológico. *Cuadernos de la Gaceta.*
- Fernández, D. (1983). *Las repercusiones de la revolución francesa en el área del derecho penal .*
- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal .* Madrid: Editorial Trotta .
- Fisas, V. (2006). *Cultura de paz y gestión de conflictos.* Icaria .
- Foucault, M. (2003). *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión .* Buenos Aires : Siglo veintiuno editores Argentina .
- Fraile, P. (1985). El castigo y el poder. Espacio y lenguaje de la cárcel . *Cuadernos críticos de geografía humana .*
- Fundación Acción Pro Derechos Humanos . (1984). *Creación Y organización de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas.* Informe "Nunca Más".
- Fundación para el Debido Proceso Legal. (2010). *Las víctimas y la justicia transicional ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?*
- Galtung, J. (2000). La transformación de los conflictos por medios pacíficos. *Cuadernos de estrategia, N° 111.*
- García, M. (2004). *Alternativas a la guerra. Inicativas y procesos de paz en Colombia .* Cinep .
- García, P. (2013). *Acerca de la función de la pena.* Universidad de Piura.
- García, S. (1991). *Cesar Beccaria y la Declaración de Derechos de 1789.* México : Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

- Garland, D. (1999). *Castigo y sociedad moderna*. siglo veintiuno editores, s.a. .
- Gómez, R. (2016). *La prevención general y especial en el sistema penal y penitenciario colombiano*. Summa Luris .
- González, R. (1990). La obra legislativa de de Justiniano y la cristianización del cosmos . *Cristianismo y aculturación en tiempos del Imperio Romano*.
- Guibourg, R. (1998). Luigi Ferrajoli y el utilitarismo penal reformado. *Analisi e diritto*.
- Gutiérrez, M., & Reyes, M. (2002). La culpabilidad y responsabilidad como categorías de interpretación egorías de interpretación. *Derecho penal*.
- Häberle, P. (2003). *El estado constitucional*. Cercado de Lima: Pontificia Univ. Católica del Perú.
- Hammurabi, Rey de Babilonia. (1728). *Código de Hammurabi*. Feedbooks.
- Hegel, G. (1968). *Filosofía del derecho*. Buenos Aires : Editorial Claridad .
- Hernández, N. (2017). *El nuevo acuerdo final para la paz a través del lente del derecho penal*.
- ICTJ. (2015). *Cuestiones de Justicia Transicional. Argentina* .
- Irigoin, J. (1993). El tribunal Penal Internacional Para la ex Yugoslavia y el tribunal Penal internacional de Naciones Unidas.
- Jakobs, G. (1992). El Principio De Culpabilidad. *ADPCP, Tomo XLV Fascículo III*.
- Kant, M. (2003). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Biblioteca Virtual Universal.
- Lamarca, C. (2011). Principios de legalidad penal. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*.
- Lasalle, F. (1999). *¿Qué es una constitución?* elaleph.
- Londoño, H. (2016). La prevención especial en la teoría de la pena. .
- Masters, G. (2002). *Reflexiones sobre el Desarrollo Internacional*. Santiago, Chile : Seminario Adolescentes Infractores, Privación de libertad y Soluciones alternativas.
- Mendez, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*.
- Mir Puig, S. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona : Casa Editorial, S. A. - Urgel.
- Mizrahi, E. (2004). La legitimación hegeliana de la pena. *Revista de Filosofía Vol. 29 Núm. 1*.
- Montesquieu. (1906). *El espíritu de las leyes*. Madrid : LIBRERÍA GENERAL DE VICTORIANO SUÁREZ.
- Morillas, L. (2013). La función de la pena en el estado social y democrático de derecho. *Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia* .
- Muñoz, F. (2009). *Fines de la pena y libertad condicional*. Santiago, Chile : Universidad de Chile

- Naciones Unidas . (2003). *Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal* . Consejo Económico y Social .
- Neuman, E. (2004). *La pena de muerte en tiempos del Neoliberalismo*. Instituto Nacional de Ciencias Penales .
- OEA. (2006). *Informe de la comisión interamericana de derechos humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia*. Washington, d.c.: secretaría general organización de los estados americanos .
- Office of the High Commissioner for Human Rights. (2005). *Impunidad*.
- Olmo, O. (2000). *Origen Y Evolución Histórica De La Pena De Prisión*. Universidad del País Vasco.
- Oneca, J. (1944). *Discurso de apertura del curso académico de 1944 a 1945*. Universidad de salamanca.
- Orellana, O. (s.f.). El Ius Punendi y los fines de la pena.
- Padrós, L. (1995). *La guerra de Bosnia: ¿Fue guerra civil o conflicto internacional?* Estudios Internacionales.
- Peñaranda, E. (2000). *Sobre La Influencia Del Funcionalismo Y La Teoría De Sistemas En Las Actuales Concepciones De La Pena Y Del Concepto De Delito* . Universidad Autónoma de Madrid .
- Portilla, J., & Hernández, A. (2002). *La evolución y la efectividad de los tribunales penales*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Quintero, S. (2012). Tribunal Internacional para Ruanda: «Si la justicia así lo requiere». *CRITERIOS - Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional*.
- Rafecas, D. (2005). *Una mirada crítica sobre la teoría agnóstica de la pena*. Universidad Nacional de Buenos Aires.
- Rettberg, A. (2005). *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional* . Universidad de los Andes .
- Rincón, T. (2010). *Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional*. Universidad del Rosario .
- Rodríguez, D. (2017). *El genocidio de Ruanda: análisis de los factores que influyeron en el conflicto* . Instituto Español de Estudios Estratégicos .

- Romeike, S. (2016). *La justicia transicional en Alemania después de 1945 y después de 1989*. Academia Internacional de los Principios de Núremberg.
- Rousseau, J. (1999). *EL CONTRATO SOCIAL O PRINCIPIOS DE DERECHO POLITICO*. elaleph.
- Roxin, C. (1976). *Problemas básicos del derecho penal*.
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal*. reus, s. a. .
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en derecho penal* . Madrid : Reus S.A. .
- Roxin, C. (1997). *Derechos penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. ínter Naciones (Bonn).
- Roxin, C. (1999). *Pena y reparación* . ADPCP. VOL. LII.
- Roxin, C. (2012). *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania*. Barcelona : Goldammer's Archiv für Strafrecht.
- Salazar, A. (2015). Derecho penal preventivo y peligrosista. *Revista de Ciencias Jurídicas N0 139*.
- Toro, M. (2013). La prisión y sus penas. Prisión abierta: un límite humanista. *Revista del Centro Telúrico de Investigaciones Teóricas (4)*.
- United Nations. (2005). *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. Comisión De Derechos Humanos.
- Universidad Señor de Sipán. (2007). *Principio De Legalidad En El Derecho Penal*.
- Uprimny, R. (2017). *El Bloque De Constitucionalidad En Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*.
- Vélez, L. (2017). *Sociedad y Fuerza Pública ante los retos de la Paz. Justicia Transicional Víctimas y Consolidación Democrática*. . Ibañez: Ediciones Escuela Superior de Guerra: pontificia Universidad Javeriana.
- Von Liszt, F. (1998). *La idea del fin del drecho penal*. Bogotá: Editorial Temis.

Artículos de Revista

- Ambos, K. (2003). Sobre Los Fines De La Pena Al Nivel Nacional Y Supranacional. *Revista de derecho penal y criminología, 2.a.*
- Cála P., P.D., Cristancho. Duarte M. C.; Ortiz C., A., Quiroga, C.A. & Ruiz G., M. (2015). Colombia: Un reto para la justicia transicional. *Revista de Derecho Público, 34.* Universidad de los Andes (Colombia).
- Cordini, N. (2014). La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva? *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso no.43 .*
- Cuervo, B. (2014). Origen y fundamentos de la justicia transicional . *Revista Vinculos Vol. 11 Número 1.*
- Donini, M. (2007). Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana . *Revista Penal .*
- Durán, M. (2011). Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal. *Política Criminal vol.6 no.11.*
- Durán, M. (2011). Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos . *Revista de filosofía Volumen 67.*
- Durkheim, É. (2016). Dos leyes de la evolución penal. *Delito y Sociedad, 1(13), p. 71-90.*
- Enrique, C. (2012). El principio de integración. (art. 2º. del Código Penal) en Colombia: ¿garantía del imputado o herramienta de punición? *Revista Nuevo Foro Penal Vol. 8, No. 79.*
- Galtung, J. (2014). La geopolítica de la Educación para la paz. Aprender a odiar la guerra, a amar la paz y a hacer algo al respecto. *Revista de paz y conflictos .*
- Gandulfo, E. (2009). ¿Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica. *Política Criminal vol.4 no.8 .*
- Gómez, G. (2013). Justicia transicional “desde abajo”: Un marco teórico constructivista crítico para el análisis de la experiencia colombiana. *Revista Co-herencia Vol. 10, No 19.*
- Izquierdo, M. (2007). Por una cultura de paz. *Espiral XIV (40).*
- Rodríguez, R. (2014). El esencialismo racial y el genocidio. El caso de Yugoslavia (Bosnia-Herzegovina). *Cuicuilco vol.21 no.60.*
- Torres, F. (2009). La jurisprudencia (su evolución). *Alegatos, núm. 72 .*

Jurisprudencia

- Carta Magna. (1215). Obtenido de http://hum.unne.edu.ar/academica/departamentos/historia/catedras/hist_medi/documentos/occidente/carmagna.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1989). *Caso Godínez Cruz Vs Honduras. Sentencia del 20 de enero.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1997). *Caso Castillo Páez Vs Perú. Sentencia del 3 de noviembre.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1998). *Caso Blake Vs Guatemala. Sentencia del 24 de enero.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1998). *Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras. Sentencia del 29 de julio.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos . (2000). *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre .*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2000). *Caso Bamaca Vs Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). *Caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri Vs Perú. Sentencia del 8 de julio.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). *Caso de 19 Comerciantes Vs Colombia. Sentencia del 5 de julio.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). *Caso Tibi Vs Ecuador sentencia del 7 de septiembre.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). *Caso Carpio Nicolle Vs Guatemala sentencia del 22 de noviembre.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). *Caso Hermanas Serrano Cruz Vs El Salvador. Sentencia del 1º de marzo.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). *Caso Comunidad Moiwana Vs Suriname. Sentencia del 15 de junio.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs Colombia. Sentencia del 15 de septiembre.*

Naciones Unidas. (1999). *Caso Prosecutor Vs Dukotadi. 15 de Julio.*

Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 28 de octubre de 1992, MP Ciro Angarita Barón

Corte Constitucional. Sentencia T-102 de 10 de Marzo de 1993, MP Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional. Sentencia C-295 de 29 de Julio de 1993, MP Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995, MP Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional. Sentencia T-1635 de 27 de noviembre de 2000, MP Jose Gregorio Hernández Galindo

Corte Constitucional. Sentencia C-148 de 2005, MP Alvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, MP Manuel José Cepeda Espínosa, MP Jaime Córdoba Triviño, MP Rodrigo Escobar Gil, MP Marco Gerardo Monroy Cabra, MP Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández

Corte Constitucional. Sentencia T-821 de 2007, MP Catalina Botero Marino

Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 28 de agosto de 2013, MP Jose Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Penal Internacional. (17 de julio de 1998). *Estatuto de Roma.* Recuperado el 2017, de http://www.iccnw.org/documents/RomeStatutesimplified_july2007_sp.pdf

Páginas Web

Carbonell, José C. (2004). *LA Corte Interamericana de derechos humanos como órgano jurisdiccional de protección de los derechos.* Consultado el 5 de julio de 2015. Extraíble en: http://cpdp.uab.es/derecho_penal/remotti/articulo2006.pdf

Carbonell, José C. (2004). *LA Corte Interamericana de derechos humanos como órgano jurisdiccional de protección de los derechos.* Consultado el 5 de julio de 2015. Extraíble en: http://cpdp.uab.es/derecho_penal/remotti/articulo2006.pdf

Departamento de Derecho Internacional. (22 de noviembre 1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Pacto San José Costa Rica. Consultado e 12 de marzo de 2017. Extraíble en:

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

- López, L. G. (2015). *Perdonar, sí, olvidar, no! Hoja Lata*, (6). Extraíble en: Disponible en: <http://revistasum.umanizales.edu.co/ojs/index.php/hojalata/article/view/783/863>
- Organización de las Naciones Unidas. (2008). Declaración Universal de los Derechos Humanos, United Nations. Recuperada en Junio 15, 2009, del sitio Web temo: Portal de Recursos Educativos Abiertos (REA) Disponible en <http://www.temoa.info/es/node/19618>
- Teitel, R. (2003). Genealogía de la Justicia Transicional. *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, Spring 2003, Cambridge, MA, , 69-94. Extraíble en: <file:///D:/f06sepubbog/Downloads/Genealog-%C2%A0%C2%A6%C3%ADa+de+la+justicia+transicional.pdf>

Normatividad

- Colombia. Congreso de la República. Diario Oficial N° 33.780 de febrero 5 de 1973. Ley 16 de 1972. “Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969”.
- Colombia. Congreso de la República. Diario Oficial N° 3.6133 del 20 de noviembre de 1982. Ley 35 de 1982. “Por la cual se decreta una amnistía y se dictan normas tendientes al restablecimiento y preservación de la paz”.
- Colombia. Congreso de la República. Diario Oficial N° 39.752 del 2 de marzo de 1991. Ley 23 de 1991. “Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones”.
- Colombia. Congreso de la República. Diario Oficial N° 41.640 del 20 de diciembre de 1994. Ley 171 de 1994. “Estatutaria de la Administración de Justicia”.
- Colombia. Congreso de la República. Diario Oficial N° 42.745 del 15 de marzo de 1996. Ley 270 de 1996. “Por medio de la cual se aprueba el "Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)", hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977”.
- Colombia. Congreso de la República. Diario Oficial N°43.201 de diciembre 26 de 1997. Ley 418 de 1997. “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”.

Colombia. Congreso de la República. Diario Oficial N°43335 de 8 de julio de 1998. Ley 446 de 1997. *“por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”*.

Colombia. Congreso de la República. Diario Oficial N° 44097 del 24 de julio de 2000. Ley N° 599 de 2000. *“Por la cual se expide el Código Penal”*.

Colombia. Congreso de la República. Diario Oficial N° 44.097 de 24 de julio de 2000. Ley 600 de 2000. *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”*.

Colombia. Congreso de la República. Diario Oficial N. 45.043 de 223 de diciembre de 2002. Ley 782 de 2002. *“Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones.”*

Colombia. Congreso de la República. Diario Oficial N°45657 de 31 de agosto de 2004. Ley N° 906 de 2004. *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”*.

Colombia. Congreso de la República. Diario Oficial N° 45980 de 25 de julio de 2005. Ley N° 975 de 2005. *“Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”*

Colombia. Congreso de la República. Diario Oficial N° 46.446 del 8 de noviembre de 2006. Ley 1098 de 2006. *“Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”*.

Colombia. Congreso de la República. Diario Oficial N° 47937 del 29 de diciembre de 2010. Ley 1424 de 2010. *“Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”*.

Colombia. Congreso de la República. Diario oficial N° 48096 del 6 de junio de 2011. Ley 1448 de 2011. *“Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.”*

Colombia. Congreso de la República. Diario oficial N° 45.040 de 19 de diciembre de 2002. Acto Legislativo 03 de 2002. *“Por el cual se reforma la Constitución Nacional”*.

Colombia. Congreso de la República. Diario oficial N° 48.508 de 31 de julio de 2012. Acto Legislativo 01 de 2012. *“Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de Justicia Transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*.

Presidente de la República de Colombia. Decreto N. 2.711 del 19 de septiembre de 1982. *“Por el cual se crea la Comisión de Paz”*. Recuperado el 1 de noviembre de 2017- <http://www.ideaspaz.org/tools/download/48884>.

Resolución 60/147 del 21 de marzo de 2006, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *“Por la cual se establecen los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”*.

BIBLIOTECA CENTRAL DE LAS FF.MM.
"TOMAS RUEDA VARGAS"



201001581