



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Bogotá

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**FINES DE LAS PENAS Y MODELOS PUNITIVOS UTILIZADOS EN EL
MARCO DEL ACUERDO DE PAZ ENTRE EL GOBIERNO COLOMBIANO Y
LAS FARC-EP**

ANA CAMILA TORRES RAMÍREZ

Trabajo de Grado para Optar al Título de Abogada

Directora

LORENA CECILIA VEGA DUEÑAS

Bogotá D.C., junio de 2020

TABLA DE CONTENIDO

Palabras o conceptos clave.....	3
INTRODUCCIÓN.....	4
CAPITULO I. FINES DE LA PENA Y MODELOS PUNITIVOS. TEORIA GENERAL Y APLICACIÓN EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO	9
1. Fines de la pena	10
a. Teoría de la retribución justa o teoría absoluta de la pena.	11
b. Teorías relativas de la pena	16
i. Teoría de la prevención general.....	17
<i>a. Teoría de la prevención general negativa</i>	<i>19</i>
<i>b. Teoría de la prevención general positiva.....</i>	<i>20</i>
ii. Teoría de la prevención especial.....	22
<i>a. Teoría de la prevención especial negativa.....</i>	<i>22</i>
<i>b. Teoría de la prevención especial positiva.....</i>	<i>23</i>
2. Modelos Punitivos.....	24
<i>a. Proporcionalista.....</i>	<i>24</i>
<i>b. Rehabilitador.....</i>	<i>27</i>
<i>c. Reparador/restaurador.....</i>	<i>28</i>
<i>d. Incapacitador</i>	<i>30</i>
CAPITULO II. ACUERDO DE PAZ ENTRE COLOMBIA Y LAS FARC-EP. MARCO LEGAL DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ	32
1. Conceptos de Justicia Transicional	32
2. Jurisdicción Especial Para La Paz	42
CAPITULO III. FINES DE LA PENA Y MODELOS PUNITIVOS EN EL CONTEXTO DE JUSTICIA TRANSICIONAL DEL ACUERDO DE PAZ CELEBRADO POR EL GOBIERNO COLOMBIANO Y LAS FARC-EP	47
1. Cuestiones Preliminares.....	47
2. Tratamiento de los bienes jurídicos afectados, análisis comparativo.	50
3. Fin de la sanción, análisis comparativo desde ambos sistemas	55
CONCLUSIONES.....	62
BIBLIOGRAFÍA.....	66

Resumen

Se estudian los fines de las penas y los modelos punitivos presentes en el sistema penal ordinario colombiano y la aplicación de los mismos mediante el uso de ejemplos contenidos en el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal. Adicionalmente, se realiza un análisis de los supuestos encontrados en la doctrina de la Justicia Transicional, que fueron adoptados por la Jurisdicción Especial para la Paz para lograr la reconciliación entre la población civil. Finalmente, se realiza una comparación entre sistemas para observar cómo la posibilidad de contar con un tribunal especializado e independiente aumenta las posibilidades de lograr la reconstrucción de la memoria histórica del país.

Palabras o conceptos clave

Justicia transicional, acuerdo de paz, fines de las penas, modelos punitivos, justicia restaurativa.

INTRODUCCIÓN

Colombia es uno de los países de Latinoamérica que ha tenido que lidiar con un conflicto armado interno que se ha librado en contra de diversos grupos insurgentes, en donde muchas familias han sido víctimas de décadas de violencia. Por el gran número de afectados es muy complejo realizar una individualización que cumpla con las expectativas de justicia a quienes se han visto envueltos en medio del fuego cruzado sin ser combatientes, quienes se han visto obligados a dejar todo lo que han conocido para salvarse a sí mismos de perder la vida o de ser obligados a unirse a las filas de los grupos insurgentes.

Este conflicto también le ha significado al país la pérdida del control sobre los territorios, situación que ha dificultado la presencia de la institucionalidad en lugares en donde han necesitado ayuda por parte del Estado. La comisión de delitos en la proporción que ha sucedido en este país, no puede ser abordada de la misma forma en la que se adelantaría un caso en contra de un criminal común.

Situación que puede ser desarrollada tanto desde la complejidad y/o motivaciones que llevan a un determinado sujeto a participar en un grupo insurgente, cuestión que se tiene en cuenta en el proceso de resocialización del individuo, como desde los matices propios de un conflicto que pueden ser barreras para lograr la restauración del tejido social; lo anterior, en contraposición a las conductas delictivas cometidas por delincuentes comunes, cuyas motivaciones y modus operandi puede permitir la individualización de la pena y asimismo la indemnización se realiza pensando en una especie de compensación a la víctima de la conducta.

También se analiza cómo desde un punto de vista estructural, ante la vulneración masiva de derechos humanos, es necesaria una metodología diferente y especial que permita, no sólo un análisis integral, sino que cuyo fin último sea lograr una reconciliación en la sociedad, más allá de un análisis individual de las conductas delictivas. Así es como debemos cuestionarnos como sociedad fórmulas de encuentro de todos los actores que participaron en esta época de violencia o fueron afectados por la misma, para que vean hacia el futuro y puedan reconstruir aquello que les ha sido arrebatado en por el conflicto con los grupos insurgentes.

En Colombia, la política criminal encaminada a afrontar a los grupos insurgentes, debe tener en cuenta, no solamente la posibilidad de asignar sanciones individuales a quienes cometieron delitos de lesa humanidad, sino que también surgen unas obligaciones adicionales con las víctimas del conflicto, soluciones que a largo plazo puedan permitir entender las causas del conflicto, conocer lo ocurrido durante el mismo y para no repetir los errores cometidos, permitir participación de ambas partes involucradas.

Para esto, el sistema penal no sólo tiene que flexibilizar las sanciones que han sido usadas comúnmente por las leyes penales, sino que sus decisiones deben estar basadas en la solución del conflicto con miras a evitar la repetición; esta flexibilización se encuentra, como veremos a lo largo de esta monografía, justificada por las aristas presentes en el tipo de criminal con el que se está lidiando.

Es por esto que esta monografía realiza una revisión bibliográfica y tiene como punto de partida los fines de las penas y modelos punitivos, elementos teóricos fundamentales que la política criminal de un Estado debe tener en cuenta para emprender la lucha contra las conductas que sean determinadas como delictivas. Para ello, y frente a la situación política

actual del país, es de suma importancia realizar una comparación de los sistemas, en donde se analicen estos componentes tanto en el sistema penal ordinario, como en el sistema propuesto en el Acuerdo de Paz que crea la Jurisdicción Especial para la Paz.

También, se va a encargar de observar cómo estos acuerdos políticos pueden usar elementos que, a pesar de existir en las normas penales del sistema ordinario aplicables en contextos de normalidad, la Justicia Transicional les permite un desarrollo mucho mayor y su aplicación es más consciente por parte del órgano que en estos contextos tenga la potestad de impartir justicia, tal y como el caso colombiano lo permite la Jurisdicción Especial para la Paz.

Lo anterior se justifica en la medida en que con la creación de un sistema especializado en donde la prioridad de este sea el conocimiento, investigación y juzgamiento de aquellos actores que participaron directa o indirectamente en el conflicto armado interno, cuenta con una oportunidad que no tiene el sistema ordinario, al cual se encuentran sometidas cuestiones diversas y con una complejidad distinta, en donde, como se mencionó previamente, las soluciones cuentan con un alto grado de individualización en las sanciones, que pueden evitar lograr los cambios estructurales que requieren el paso de un contexto en conflicto a un contexto en paz.

Asimismo, es como se va a realizar un cuestionamiento mediante el cual, la política criminal y el sistema de justicia, al jugar un rol fundamental en la implementación de los acuerdos y en la construcción de la memoria histórica, fue necesario que el Estado colombiano replanteara sus opciones y se tomara así la determinación de la creación de un tribunal independiente y especializado, cuya tarea principal se encuentra radicada en la investigación y posterior juzgamiento de aquellas personas involucradas en crímenes cometidos durante el conflicto armado interno. Esto es a quienes, como actores en el conflicto cometieron crímenes

de lesa humanidad y que, mediante una flexibilización en las sanciones, que serán explicadas en su momento, crea una nueva pirámide de valores mediante los cuales el fin último de la justicia transicional se encuentra en la construcción de verdad, la cual será la medida de las penas asignadas

Para realizar la comparación entre los sistemas, este escrito va a realizar una breve explicación teórica sobre las teorías usadas por el sistema ordinario, desde los supuestos del artículo 3 y 4 del Código Penal y la ley procesal penal colombiana. Es así como mediante ejemplos específicos de tipos penales será posible observar la aplicación del sistema ordinario, mientras que, por otro lado, se hace necesario ver, desde el punto de vista de la teoría de la justicia transicional, que fórmulas existen y cuáles son las sanciones propuestas.

La monografía se encuentra dividida en tres componentes, el primero de ellos se encarga de estudiar todo lo relativo a los fines de las penas y modelos punitivos que podemos encontrar en el sistema penal ordinario colombiano, realizando una explicación teórica y una aplicación de los mismos mediante el uso de ejemplos extraídos tanto de la Ley 599 del 2000 o Código Penal colombiano vigente, como de la Ley 906 del 2004 o Código de Procedimiento Penal.

El segundo de los componentes será usado para explicar cómo desde la doctrina, la Justicia Transicional es un mecanismo usado históricamente como una oportunidad para, valga la redundancia, realizar una transición de un régimen, como en el caso colombiano, de conflicto armado interno a uno de paz; y así mismo se va a explicar cómo justifica la doctrina, según los modelos de Justicia Transicional adoptados, la flexibilización de las penas; es así como en este capítulo se explica brevemente el funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Finalmente, el tercer componente se va a encargar de realizar una revisión desde las penas y sanciones propuestas en el modelo de justicia transicional adoptado por Colombia en el Acuerdo de Paz realizado con la guerrilla de las FARC-EP en contraposición con aquellas sanciones que pertenecen al modelo utilizado por la justicia ordinaria.

CAPITULO I. FINES DE LA PENA Y MODELOS PUNITIVOS. TEORIA GENERAL Y APLICACIÓN EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

Con este primer capítulo, además de realizar un acercamiento a los lineamientos presentes en el sistema penal ordinario en Colombia, para cada uno de los conceptos estudiados se va a realizar una aplicación del mismo mediante el uso de ejemplos, tanto en las sanciones que trae un determinado tipo penal, como en la asignación de las penas de los mismos; también en las opciones que tiene el juez del caso cuando al asignar una determinada sanción, es posible observar cómo se desarrollan los diferentes modelos punitivos en el proceso penal. Además, le permite al lector conocer las diferentes alternativas que el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal Colombiano aportan al sistema ordinario, herramientas que serán relevantes para la comparación que es objeto principal de esta monografía.

El derecho penal, como *ultima ratio*¹, se caracteriza por ser el último recurso del Estado para hacerse cargo de sujetos que controviertan el orden legal y que con su actuación lesionen bienes jurídicos, los cuales son de especial protección por la política criminal de un determinado país.

La política criminal de un Estado es de suma importancia para su identidad debido a que esto determina las prioridades del mismo, representadas en bienes jurídicos tutelados por las leyes penales². A su vez, estas leyes permiten entender no solamente cuales son las conductas que los particulares deben evitar para mantener el *statu quo*, sino que también indican que, en

¹Carnevali Rodríguez, R. (2008). Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. *Ius et praxis*, 14(1), 13-48.

² Mir Puig, S. (1991). Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del " Ius puniendi.

caso de que la persona llegue a cometer una determinada acción, el Estado, quien es el titular de la acción penal, va a determinar cuál será la consecuencia de dicha actuación.

Estas consecuencias se van a ver representadas en que, haciendo uso del *ius puniendi*³, se imponen sanciones en contra de sujetos que han puesto en riesgo o han lesionado de forma injustificada uno o varios bienes jurídicos. Para asignar sanciones, el Estado va a tener en cuenta las finalidades especificadas por el ordenamiento jurídico, cuya tendencia actual es preservar la dignidad de los imputados.

Partiendo del marco anterior, en este componente se desea realizar un acercamiento conceptual de las teorías sobre los fines de las penas y de los modelos punitivos existentes. Así pues, sobre los fines de las penas, se van a explicar: las teorías absolutas o retributivas, la teoría neoretribucionista, las teorías relativas de la pena (tanto en su enfoque general, como en el especial); igualmente, sobre los modelos punitivos, se van a mencionar: el modelo proporcionalista, el modelo rehabilitador, el reparador o restaurador, y finalmente el modelo incapacitador.

1. Fines de la pena

Desde la perspectiva de la teoría del derecho penal, en su parte general⁴, entre las teorías existentes sobre los fines de la pena, se encuentran: en primer lugar, la teoría de la retribución justa y la teoría neo-retribucionista⁵ y, en segundo lugar, encontramos las teorías relativas de

³Mir Puig, S. (1991). Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del " Ius puniendi". También en Amado, J. A. G. (2008). Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites. Documentación Administrativa, (280-281).

⁴Roxin, C. (1997). DERECHO PENAL Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid (España): Editorial Civitas, S. A.

⁵Migliardi, M. D. (2011). Teorías Absolutas De La Pena: Origen Y Fundamentos. Revista de Filosofía (00348236), 67, 123-144. Retrieved from <https://search-ebshost-com.ezproxy.javeriana.edu.co/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=67372494&lang=es&site=ehost-live>

la pena, en donde, por un lado, es posible observar la distinción entre prevención general negativa y prevención general positiva⁶; y por otro lado, la teoría de la prevención especial positiva y la teoría de la prevención especial negativa⁷.

a. Teoría de la retribución justa o teoría absoluta de la pena.

La teoría absoluta o retribucionista de los fines de la pena tiene como grandes exponentes a Kant⁸, quien habla de la pena como un “*imperativo categórico*” y a Hegel⁹ que indica que “*el delito es la negación del derecho y que a su vez la pena es la negación de esa negación*”¹⁰. Para sus exponentes, la pena opera bajo la lógica de que, el delito es una negación de un determinado sujeto a las normas del ordenamiento jurídico y, a su vez, la sanción es una respuesta del Estado, haciendo uso de su poder de imperio, negándole al sujeto sus libertades. En el mismo sentido, la negación que se hace por parte del Estado, obliga al infractor a resarcir a la víctima de la conducta punible, en una medida igual al daño que injustamente tuvo que sufrir. Lo anterior explica en parte el nombre de retribución justa.

De esta manera, el esquema bajo el cual se mueve la teoría podría resumirse en que, para ella, la protección de la vigencia del ordenamiento jurídico tiene mayor importancia que la resocialización del agresor, pero sin caer en los excesos que caracterizan a los estados

⁶ Jakobs G. Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª Ed. Corregida. Trad. De Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons Editores, Madrid, 1997. Pág. 8.

⁷ V. Liszt, Franz. La idea del fin en el derecho penal. Carlos Pérez del Valle (trad.). Granada: Comares, p. 83 y ss.

⁸ Roxin, C. (1997). DERECHO PENAL Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid (España): Editorial Civitas, S. A. Cuando al explicar la teoría retribucionista cita a Kant, I. “La metafísica de las costumbres” (1798)

⁹ Roxin, C. (1997). DERECHO PENAL Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid (España): Editorial Civitas, S. A. Cuando al explicar la corriente neo-retribucionista cita a Hegel, G. W. F. “Líneas fundamentales de la filosofía del derecho” (1821)

¹⁰ Roxin, C. (1997). DERECHO PENAL Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid (España): Editorial Civitas, S. A.

autoritarios. Luego, sin desconocer la dignidad humana de quien comete el delito y entendiendo que es posible que, en ejercicio de su libre albedrío, afecte a otro individuo, es que Kant entiende que es necesario que la sanción sea modificada según el caso concreto¹¹, pero sin perder de vista que la “*balanza de la justicia*”¹² debe permanecer igual.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible que la teoría retribucionista se defina por tres características esenciales. La primera de ellas consiste en que debe evitarse a toda costa que el castigo asignado no responda a fines utilitaristas, en los que la necesidad de la pena genere un desprendimiento de la dignidad que, al reo, como ser humano, le es inherente, con la única justificación de enviar un mensaje a la sociedad en su conjunto¹³. La segunda característica viene definida en la pena como sanción y en que esta a su vez, no debe ser objeto de reducciones, es decir, que adicionalmente al hecho de que la dignidad humana del reo debe ser considerada para asignar una pena, dicha consecuencia ante una conducta delictiva (sin importar su extensión según el caso concreto) debe completarse sin ningún reparo para restablecer el orden jurídico¹⁴. Finalmente, la tercera característica y en relación con la anterior, es que esta teoría pone como pilar fundamental a la vigencia del ordenamiento jurídico, de tal manera que esta, como se viene mencionando, es la justificación de la pena;

¹¹ Durán Migliardi, Mario. (2011). teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de immanuel kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual. *Revista de filosofía*, 67, 123-144. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-43602011000100009>

¹² Durán Migliardi, Mario. (2011). teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de immanuel kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual. *Revista de filosofía*, 67, 123-144. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-43602011000100009>

¹³ Este apartado puede ser explicado desde las propuestas de Kant, en donde debe entenderse al ser humano como un fin y no como un medio en sí mismo, por lo tanto, Migliardi, al explicar este pilar, hace referencia a que no es necesario que se persigan fines de prevención y se habla de la dignidad humana del delincuente como medida de la pena.

¹⁴ Durán Migliardi, M. (2011). Teorías Absolutas de la Pena: Origen y Fundamentos: Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de immanuel kant a propósito del neo-retribucionismo y del Neo-Proporcionalismo En El Derecho Penal Actual. *Revista de filosofía*, 67, 123-144. citando a este sentido, Zugaldía Espinar, José Miguel (1990), *Fundamentos de Derecho Penal*. pp. 53 y ss.

así mismo, analiza la culpabilidad del delincuente para que sea posible medir la pena, es decir, la gravedad de la lesión a un bien jurídico va a determinar la gravedad de la sanción hacia este sujeto.

Para esta teoría, se hace necesario armonizar los principios previamente mencionados de forma tal, que ante los ojos del autor de la conducta delictiva, la sanción impuesta no sea percibida como excesiva; así es como, reconociendo la dignidad del reo como ser humano, y ajustando la sanción al caso concreto, el Estado evita imponer sanciones que puedan llegar a ser concebidas como caprichosas (es decir, que instrumentalicen al sujeto), pero que tengan la virtualidad de mantener el *statu quo*¹⁵y/o vigencia de las normas del ordenamiento jurídico.

En el mismo sentido de la teoría propuesta por Kant¹⁶, también es posible hablar de diferentes concepciones de la pena, en donde por un lado se encuentra la pena judicial¹⁷, que hace referencia a aquella que es impuesta por el aparato judicial; y, por otro lado, la pena natural¹⁸, explicando que la conducta delictiva se castiga a sí misma, sin que este sirva como una prueba a la sociedad, sino que su justificación sea la de lograr justicia.

Es precisamente por lo anterior que, en Kant, se puede encontrar un *sistema talional*¹⁹, el cual va a ser el que determine la medida de la pena; en donde esta se justificará por el hecho de

¹⁵ Durán Migliardi, M. (2011). Teorías Absolutas de la Pena: Origen y Fundamentos: Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de immanuel kant a propósito del neo-retribucionismo y del Neo-Proporcionalismo En El Derecho Penal Actual. *Revista de filosofía*, 67, 123-144. citando a Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, PG., ob. cit., p. 58.

¹⁶ Roxin, C. (1997). DERECHO PENAL Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid (España): Editorial Civitas, S. A., Cuando explica la teoría de Kant, I. “La metafísica de las costumbres” (1798)

¹⁷ Migliardi citando a Kant, Inmanuel, en “La metafísica de las costumbres”, ob. cit., p. 166. Sobre los diferentes tipos de pena.

¹⁸Migliardi citando a Kant, Inmanuel, en “La metafísica de las costumbres”, ob. cit., p. 166.

¹⁹ Sampedro A., Julio A. (2010) “Las víctimas y el sistema penal” Pg. 30, citando a Fontan Balestra, Carlos “*Tratado de derecho penal*” Tomo 1, Parte General, Buenos Aires: Editorial Aberro-Perrot, pg. 95, en lo referente al avance que significó la ley del Talión del “ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, etc” en la medida de la pena, cuando esta se aleja de una mera venganza. De la misma forma la propuesta de Kant,

que el delincuente, haciendo uso de su libertad y de su discernimiento, decide lesionar bienes jurídicos ajenos y al realizar esta acción, le permite al aparato estatal lesionar los propios asignando una sanción que equipare el dolor causado a la víctima.

Sobre las teorías absolutas de la pena, también se debe mencionar la neo-retribución²⁰, en donde Günther Jakobs²¹, quien, apartándose de sus ideas sobre la prevención general y de los postulados de la teoría retribucionista pura, plantea en esta nueva corriente una variación sobre la concepción de la pena y es que esta puede ser entendida como un mal atribuido al delincuente por la infracción de una norma²² de manera tal, que se compense el mal generado de forma injustificada (concepción extraída del retribucionismo puro).

Aplicando esta teoría en el sistema colombiano, la medida de la pena, en un marco de retribución, se encuentra dada por la dignidad del reo como ser humano, y en que la pena no debe contar con una función utilitarista, en donde el reo sea usado como un medio para lograr enviar un mensaje a la sociedad en general.

Este límite dado por la doctrina, se encuentra plasmado en la Constitución Política de Colombia de 1991 (en adelante entiéndase por Constitución), en donde, desde el primer artículo, se consagra a la dignidad humana como un principio fundamental del Estado²³. Así es como más adelante se desarrollan conceptos como: en primer lugar, la inviolabilidad del

Inmanuel, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., p. 167. Citado por Migliardi, cuando se explica que la ley del talión es la que, en Kant, determina la medida de la pena.

²⁰ Morselli, E. (1995). Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 48(1), 265-274.

²¹ Jakobs, Günther (2000), "Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional". *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijóo Sánchez; Enrique Peñaranda Ramos; Marcelo A. Sancinetti; Carlos J. Suárez González. Presentación Dino Carlos Caro Coria. Lima: Palestra Editores, pp. 19 y ss.

²² Durán Migliardi, Mario. (2011). teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de immanuel kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual, citando a Hassemer, Winfried-Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, ob. cit., p. 150.

²³ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 1°.

derecho a la vida, que proscribía la pena de muerte como una forma válida de sanción judicial respecto de una conducta delictiva²⁴; en segundo lugar, la protección del derecho a la libertad que cada ciudadano tiene, prohibiendo la desaparición forzada y también indicando que no es posible para el Estado colombiano, imponer penas crueles o inhumanas a los reos²⁵, lo que implica una limitación desde la intensidad de la sanción; y tercero, la Constitución también termina limitando la extensión de la pena, cuando prohíbe la posibilidad de aplicar una pena privativa de la libertad (prisión) de forma perpetua²⁶.

Esto toma relevancia en el Código Penal (en adelante CP) en donde estos principios constitucionales hacen parte de las bases fundamentales del sistema penal y en lo que a funciones de la pena se refiere, el artículo 4 del CP, menciona como uno de estos a la retribución justa. Ahora bien, la jurisprudencia colombiana, ha dicho que esta función se va a tener en cuenta por el funcionario judicial, al imponer una determinada pena²⁷.

Si bien es cierto que esta teoría puede incidir de esta forma en la imposición de la pena en sí misma, el ordenamiento colombiano encuentra limitaciones dadas por los principios constitucionales previamente mencionados, en donde no es posible pensar en la posibilidad de un *sistema talional*²⁸ en el que, la medida de la pena encuentre su justificación en equiparar un daño causado para mantener la balanza de la justicia; sino que, por el contrario, la función

²⁴ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 11.

²⁵ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 12

²⁶ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 34.

²⁷ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-806 del 3 de octubre de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

²⁸ Que previamente se mencionó, puede pertenecer a la idea de justicia en un sistema retributivo como el propuesto por Kant en esta teoría.

retributiva de la pena, en lo que a privación de la libertad como sanción se refieren, queda limitada a un máximo de cincuenta (50) años²⁹, en los términos del CP.

Entonces, al cometer un homicidio³⁰, quien llevare a cabo esta conducta, no puede ser sancionado con la muerte³¹, sino que por el contrario, frente al tipo penal que consagra este comportamiento delictivo, el funcionario judicial tiene la potestad de moverse entre un máximo y un mínimo³², cuando después de un proceso penal³³, teniendo en cuenta los respectivos agravantes o atenuantes del caso concreto, así como la existencia de un concurso de conductas punibles que conlleva a una variación en la pena máxima consagrada en el tipo penal³⁴ se impondrá una sanción que logre “*compensar*” en daño causado al titular del bien jurídico afectado, que en esta oportunidad, se ve representado en la vida.

b. Teorías relativas de la pena

Contrastando la lógica que se manejaba en la teoría absolutista, aparecen las teorías relativas de la pena³⁵, en donde, en términos generales, poniendo como fin último la prevención del

²⁹ Código Penal Colombiano. Artículo 37.

³⁰ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 103.

³¹ Cabe mencionar, que la pena de muerte, en Colombia, fue prohibida desde el año 1910 en todo el territorio nacional, y en el mismo sentido, se reafirmó que este tipo de sanción es una flagrante vulneración a los derechos que como ser humano tiene el reo. Aguilera P., Mario. “*Condenados a la pena de muerte: entre 1886 y 1910 tuvieron lugar las últimas ejecuciones legales en Colombia*”. Red cultural del Banco de la República de Colombia. Extraído de: <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-16/condenados-la-pena-de-muerte-entre-1886-y-1910>

³² Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000, Artículo 60

³³ Cote-Barco, G. E. (2007). La necesidad de la pena-reflexiones a partir de los artículos 3º y 4º del Código Penal colombiano. *Vniversitas*, (114), 191-225.

³⁴ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000, Artículo 37 “*La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso*”, en concordancia con el Artículo 31, inc. 2º “*En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años*”.

³⁵ MEINI, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Derecho PUCP*, (72), 141–167. Retrieved from <https://search-ebsohost.com.ezproxy.javeriana.edu.co/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=102920245&lang=es&site=ehost-live>

delito, se desea enviar un mensaje cuyo destinatario dependerá de si estamos hablando de la prevención general o de la prevención especial; en la primera de ellas, el mensaje se envía a la comunidad en general, mientras que en la segunda, el mensaje va dirigido al sujeto en específico para que este sea prevenido de reincidir en una determinada conducta, fórmulas que al final sirven como medio para lograr otros fines³⁶. A continuación, se explicarán detenidamente las teorías relativas de la pena y sus divisiones.

i. Teoría de la prevención general

En esta teoría, los doctrinantes han diferenciado entre la prevención general positiva y la negativa. Por un lado, se tiene como parámetro orientador la intimidación hacia los potenciales delincuentes³⁷, quienes por miedo a la posible sanción que pueda ser asignada, evitarán a toda costa la comisión del delito.

Sobre esta teoría la Corte Constitucional Colombiana ha dicho que: “(...) *no solo debe orientarse a defender a la comunidad de quien infrinja la norma, sino que ha de respetar la dignidad de éstos, no imponiendo penas como la tortura o la muerte, e intentar ofrecerles alternativas a su comportamiento desviado, ofreciéndoles posibilidades para su reinserción social (...)*”³⁸.

³⁶ Mesa Velásquez, Luis E. (1962) “Lecciones de Derecho Penal: Parte General”. Editorial Universidad de Antioquia

³⁷ Como es el caso de la teoría de la prevención general negativa, según se explica en la sentencia C-328 del 2016 MP. Gloria Stella Ortiz Delgado

³⁸ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-806 del 3 de octubre de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández

Por otro lado, el parámetro limitador habla de la utilidad que la pena le puede prestar a la sociedad³⁹. Según Jakobs⁴⁰, la sanción se ve representada como una demostración ante la sociedad en general, de que las normas del ordenamiento jurídico permanecen vigentes y que, sin excepción, se deben cumplir para evitar cualquier tipo de sanción.

Justificando la existencia de esta teoría, Roxin⁴¹, citando a Freud⁴² menciona que: *“cuando alguien ha logrado satisfacer el deseo reprimido, debe sentirse el mismo deseo en todos los miembros de la sociedad; para mantener apaciguada esta tentación, es necesario que el que realmente es envidiado, sea privado del fruto de su atrevimiento”*. De esta forma es como se introduce un componente psicológico al análisis sobre las penas, no sólo para tratar de determinar las razones que conllevan a un sujeto determinado a infringir de forma injustificada una norma, sino que también toma cierta relevancia en la respuesta del Estado frente a la comisión del delito.

Aquí toma relevancia el efecto hacia el futuro que tiene la imposición de una pena⁴³. En Colombia, tanto en el artículo 3° del CP en donde se habla de los principios de las sanciones penales, más exactamente de la necesidad de la pena y su relación con la prevención, como en el artículo 4° del CP, también se hace una mención especial a la prevención general y a la

³⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-328 del 22 de junio de 2016. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado; y Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de abril de 2014 N° SP5420-2014. Rad. 41350, citando a Jakobs, Günther, Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 8-19: «La decepción, el conflicto y la exigencia de una reacción a la infracción de la norma, por ello, no pueden interpretarse como una vivencia del sistema individual “persona singular”, sino que han de interpretarse como sucesos en el sistema de relación social» (p. 12).

⁴⁰ Jakobs G. Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª Ed. Corregida. Trad. De Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons Editores, Madrid, 1997. Pág. 8.

⁴¹ Roxin, C. (1997). DERECHO PENAL Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid (España): Editorial Civitas, S. A.

⁴² Freud, S. (1972) “*Tótem y tabú*”. Alianza Editorial (El libro de bolsillo)

⁴³ Cote-Barco, G. E. (2007). La necesidad de la pena-reflexiones a partir de los artículos 3° y 4° del Código Penal colombiano. *Vniversitas*, (114), 191-225.

prevención especial, en donde la segunda de estas teorías cobra una relevancia mayor cuando se habla de la ejecución de una pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario⁴⁴. Sin embargo, en la doctrina existen dos acepciones, a saber, la negativa y la positiva:

a. Teoría de la prevención general negativa

El enfoque de esta teoría pone como pilar fundamental al Estado⁴⁵, es decir que, aquí lo que se quiere, no es que las penas sean más graves, sino que, por el contrario, lo que se busca es que se intensifique la persecución penal⁴⁶. Luego, mediante la “intimidación” y la “coacción psicológica”, en donde la pena es usada como una amenaza para que quien tenga la intención de cometer un delito, se va a abstener de hacerlo por la gran probabilidad que existe de que el Estado⁴⁷, no solamente investigue el caso, sino que también lo lleve a juicio para que se ejecute una determinada pena.

Sin embargo, en Colombia, si bien es cierto que el componente amenazador de la pena es tomado como una respuesta ante el comportamiento de aquellos individuos que con sus

⁴⁴ Código Penal Colombiano. Artículo 4° inciso 2: “La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”. También en Hernández Jiménez, N. (2018). *Derecho penal de la cárcel: Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Siglo del Hombre Editores, cuando cita el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 10-3 indica lo siguiente: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (...) El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.”

⁴⁵ Feuerbach, P.J.A.R. Tratado de derecho penal. Décimo séptima edición. Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer (trads.). Buenos Aires: Hamurabi, 1989, 11 s.

⁴⁶ *Ibidem* roxin. También MEINI, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Derecho PUCP*, (72), 141–167. Retrieved from <https://search-ebscohost-com.ezproxy.javeriana.edu.co/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=102920245&lang=es&site=ehost-live>

⁴⁷ Sobre el particular, también es posible hacer uso de esta teoría en un ámbito internacional, en donde asignando penas severas a quienes cometan crímenes internacionales, esto va a prevenir que los mismos vuelvan a suceder. Extraído de OLASOLO, H. (2016). Los Fines Del Derecho Internacional Penal. *International Law*, 14(29), 93–146. <https://doi-org.ezproxy.javeriana.edu.co/10.11144/Javeriana.il14-29.f DIP>. Citando a Payam Akhavan, Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?, 95 *American Journal of International Law*, 7-31 (2001).

acciones afectan bienes jurídicos protegidos por las normas penales⁴⁸, la prevención general, indica que se debe respetar sobre todo la dignidad del ser humano mediante el uso del debido proceso⁴⁹, que debe respetarse la libertad de los presuntos delincuentes cuando se habla de la presunción de inocencia, cuando se habla de restricciones a la actividad judicial, como lo es aquel principio que indica que el juez debe tener convencimiento “*más allá de toda duda razonable*”⁵⁰, cuando el mismo ordenamiento ofrece alternativas al comportamiento delictivo otorgando sanciones que le permitan al sujeto redimirse y evitar la reincidencia⁵¹.

b. Teoría de la prevención general positiva

Esta teoría se encuentra fundamentada por el respeto al orden social. Así es como se propone que se conserve y refuerce la confianza del pueblo⁵² en la capacidad del Estado de mantener el ordenamiento jurídico a salvo de las conductas punibles que sean llevadas a cabo por parte de un individuo; de la misma forma los ciudadanos van a tener conocimiento de las sanciones penales y de la efectividad de la sentencia judicial en el caso concreto⁵³.

⁴⁸ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-806 del 3 de octubre de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁴⁹ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 29.

⁵⁰ Código Procesal Penal Colombiano. Ley 906 de 2004. Artículo 381

⁵¹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-806 del 3 de octubre de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁵² Ibidem roxin. También en Lucas López Pérez, L. (2007). El Planteamiento Funcionalista- Sistémico De La Prevención General Positiva. Revista Vox Juris, (15), 311–321. Retrieved from <https://search-ebshost-com.ezproxy.javeriana.edu.co/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=31613474&lang=es&site=ehost-live>

⁵³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-265 del 28 de abril de 2017. MP. Alberto Rojas Ríos. También en: OLASOLO, H. (2016). Los Fines Del Derecho Internacional Penal. International Law, 14(29), 93–146. <https://doi-org.ezproxy.javeriana.edu.co/10.11144/Javeriana.il14-29.fdiip>

En este punto es en donde se mencionan los términos: prevención integradora⁵⁴ y prevención estabilizadora⁵⁵. Estos conceptos sitúan a la norma penal como un elemento fundamental para determinar el restablecimiento de todo el ordenamiento jurídico frente a la conducta delictiva, demostrando así que, para lograr ese fin, se justifica el uso de una sanción.

Al respecto, se analiza el punto de vista psicológico que se encuentra inmerso en esta teoría y es que, desde la perspectiva estabilizadora se habla de una función de “(...) *producción o restablecimiento del equilibrio psíquico de la sociedad (...)*”⁵⁶ y desde la perspectiva integradora se puede entender que una “(...) *afirmación de la fe en el Derecho, se consigue respetando el límite de la culpabilidad*”⁵⁷

En la jurisprudencia constitucional colombiana podemos observar que la aplicación de esta teoría tiende a reafirmar la vigencia de la norma y la confianza de la sociedad en la misma, cuando aumenta la posibilidad de que esta cumpla su cometido de sancionar al presunto delincuente. Un ejemplo de esto puede observarse en la exigencia de la presencia del

⁵⁴ Kaufmann, Armin. Política criminal y reforma penal. Bogotá: Temis, p. 127; Mir Puig, Santiago. Ob. cit., L. 3/19 y ss. Antes Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán: Parte General. Décimo segunda edición. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez (trads.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. Extraído de en Lucas López Pérez, L. (2007). El Planteamiento Funcionalista- Sistémico De La Prevención General Positiva. Revista Vox Juris, (15), 311–321. Retrieved from <https://search-ebSCOhost-com.ezproxy.javeriana.edu.co/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=31613474&lang=es&site=ehost-live>

⁵⁵ Jakobs, Gunther. Derecho Penal. Parte General. Segunda edición. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Gonzalez de Murillo (trads.). Madrid: Marcial Pons, 1997, 1/1 s. y 1/4 y ss.; Sobre el concepto de la pena, p. 75. Extraído de en Lucas López Pérez, L. (2007). El Planteamiento Funcionalista- Sistémico De La Prevención General Positiva. Revista Vox Juris, (15), 311–321. Retrieved from <https://search-ebSCOhost-com.ezproxy.javeriana.edu.co/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=31613474&lang=es&site=ehost-live>.

También en la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de abril de 2014 N° SP5420-2014. Rad. 41350, citando a Jakobs, Günther, Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 8-19: «La decepción, el conflicto y la exigencia de una reacción a la infracción de la norma, por ello, no pueden interpretarse como una vivencia del sistema individual “persona singular”, sino que han de interpretarse como sucesos en el sistema de relación social» (p. 12).

⁵⁶ Puig, S. M. (1986). Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 39(1), 49-58. Citando a Cfr. Luz6x PENA, ibidem, pgs. 150, 152

⁵⁷ Puig, S. M. (1986). Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 39(1), 49-58.

imputado en la legalización de la captura, para lograr garantizar los derechos de la persona⁵⁸; al lograr la captura de una persona que presuntamente ha cometido una conducta delictiva, el Estado mantiene el orden social persiguiendo a los responsables de estos comportamientos, y al respetar la garantía constitucional del debido proceso, envía el mensaje a la sociedad, de que este no actúa de una manera caprichosa porque respeta al reo reconociéndolo como un ser humano que merece un trato digno al interior de un proceso judicial.

ii. Teoría de la prevención especial

Lo que se tiene en cuenta es el hecho de que para proteger a la comunidad es necesario que se separe al delincuente y que, a su vez, con el castigo aplicado el delincuente, no desee volver a cometer el delito⁵⁹. Entonces, lo que determina la gravedad de la pena en sí misma será la capacidad de que el sujeto se reintegre a la sociedad, luego las sanciones pueden ser divididas en: inocuización, corrección, intimidación.

Si se tiene en cuenta el grado de peligrosidad del sujeto, es posible que, en palabras de Von Liszt: “*la pena no se deduce de un criterio abstracto de justicia, sino que es sinónimo de coacción*”⁶⁰, situación que va a ser dirigida única y exclusivamente al sujeto que lleva a cabo la conducta punible, corrigiendo al sujeto desviado, sin tener en cuenta el mensaje que se envía a la sociedad en general.

a. Teoría de la prevención especial negativa

⁵⁸ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-425 del 30 de abril del 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Citando Sentencia C-647 de 2001

⁵⁹ V. Liszt, Franz. La idea del fin en el derecho penal. Carlos Pérez del Valle (trad.). Granada: Comares, p. 83 y ss.

⁶⁰ Sentencia C- 328 del 22 de junio de 2016. MP. Gloria Stella Ortiz; Von Liszt, F. La idea del fin en el Derecho Penal, Programa de la Universidad de Marburgo, 1882. Comares 1995, pág. 83.

Esta teoría consiste en que es necesario que se neutralice al sujeto para que le sea imposible volver a delinquir en el futuro, es decir, en este caso se opta por la “*inocuidación*”⁶¹. Debido a que la teoría de la prevención especial, en su acepción negativa, tiene como objetivo el sujeto que lesiona bienes jurídicos, como consecuencia lógica a la comisión de un delito grave, y teniendo en cuenta de que las posibilidades de que el individuo se reintegre a la sociedad son mínimas, por no decir nulas, es necesario que la sanción aplicable sea la de la prisión⁶².

b. Teoría de la prevención especial positiva

En contraposición, esta teoría tiene como fin último la reeducación, resocialización y corrección del delincuente, “(...) *pues el objeto del derecho penal en un Estado social de derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar su re inserción en el mismo (...)*”⁶³. Luego, bajo esta óptica, es posible concluir que, para el restablecimiento de la sociedad, es necesario que el aparato estatal trate de utilizar mecanismos que permitan la re inserción del delincuente.

Es así como en Colombia, en el CP, el legislador hizo una diferenciación en las penas⁶⁴ que se aplican, así: penas principales⁶⁵, sustitutivas⁶⁶ y accesorias privativas de otros derechos⁶⁷.

⁶¹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-806 del 3 de octubre de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández

⁶² Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-806 del 3 de octubre 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; También MEINI, I. (2013). La pena: función y presupuestos. Derecho PUCP, (72), 141–167. Retrieved from <https://search-ebsohost-com.ezproxy.javeriana.edu.co/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=102920245&lang=es&site=ehost-live>, en donde se analiza que la prisión puede ser entendido como un mecanismo de defensa de la sociedad, ante el sujeto peligroso.

⁶³ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-806 del 3 de octubre de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández

⁶⁴ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 34

⁶⁵ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 35

⁶⁶ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 36

⁶⁷ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 43

Entonces, por esta razón, el juez que conozca de un determinado caso, teniendo en cuenta las calidades del sujeto que hubiera cometido la conducta delictiva, puede hacer uso de subrogados penales⁶⁸. Este concepto se ve aplicado cuando se hace la suspensión de la ejecución de la pena⁶⁹ y cuando el juez concede al condenado la libertad condicional⁷⁰. Estas figuras son entendidas desde las teorías de los fines de la pena como mecanismos que le permiten al delincuente realizar su proceso de resocialización, sin tener la obligación de replantear su comportamiento al interior de un establecimiento penitenciario; a su vez esta confianza que el juez otorga al criminal dependerá de ciertos factores como lo son: “(...) *la gravedad y modalidad del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente(...)*”⁷¹.

2. Modelos Punitivos

Cuando se habla de modelo punitivo se hace referencia a las diferentes formas en las que se aborda la criminalidad y se ejerce el derecho a castigar del Estado⁷². En esta oportunidad se va a hablar de los siguientes modelos: el proporcionalista, el rehabilitador, el reparador/restaurador y finalmente el incapacitador.

a. Proporcionalista

⁶⁸ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-806 del 3 de octubre de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁶⁹ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 63

⁷⁰ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 64

⁷¹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1404 del 19 de octubre del 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis, citando a la sentencia C-592 de 1998 M.P Fabio Morón Díaz.

⁷² Varona Gómez, Daniel (2013). “*La Lógica del sistema punitivo: Modelos punitivos*”. Universitat Oberta de Catalunya.

Recuperado de:
http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/75430/2/Penolog%C3%ADa_M%C3%B3dulo%203_La%20l%C3%B3gica%20del%20sistema%20punitivo%20modelos%20punitivos.pdf

En este modelo es necesario que se clasifique o que se realice una distinción entre comportamientos graves, intermedios y leves⁷³; teniendo en cuenta esta escala, las penas asignadas a los delincuentes, que se encuentran encaminadas a privarlo de uno u otro derecho con ocasión de la comisión de un delito, van a variar.

Esta situación puede ser explicada de la siguiente forma. La prisión o pena intramural deberá ser reservada para las acciones delictivas de mayor gravedad. Este modelo, como se mencionó previamente, supone que existan diferentes niveles sobre las ofensas. De esta manera, las propuestas que trae el modelo se pueden ver ejemplificadas en el ordenamiento colombiano así: Primero, para el delito de genocidio, la pena que trae nuestro código penal⁷⁴ será intramural, en donde si bien es cierto que no existe ni la pena de muerte ni la cadena perpetua, son penas que pueden durar hasta 600 meses, con multas hasta de 15.000 salarios mensuales legales vigentes y con interdicción hasta de 360 meses.

Segundo, sobre el delito de reclutamiento ilícito⁷⁵, la sanción se compone por una pena privativa de la libertad, hasta de 180 meses, con multas que pueden llegar hasta los 1.500 salarios mínimos mensuales vigentes.

Tercero, para un delito como la omisión de denuncia⁷⁶, la única sanción prevista se va a ver reflejada en una multa, que puede ascender hasta 75 salarios mínimos mensuales vigentes. Estos son algunos ejemplos de cómo es posible que exista una variación en las sanciones impuestas, en la norma penal, según la gravedad del delito, y a su vez estas se mueven dentro

⁷³ Matus, J. P. (1997). Penas privativas de derechos. Cid, J./Larrauri, E.: Penas alternativas a la prisión, Barcelona: Bosch, 119-141.

⁷⁴ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 101

⁷⁵ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 162

⁷⁶ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 219-B

de unos máximos o mínimos, cuya situación particular del delincuente o simplemente por determinación judicial, corresponderá fijar⁷⁷.

Este modelo punitivo, como bien explica el apartado anterior, quiere evitar que, ante ofensas menores, se apliquen penas duras, que eventualmente generarían injusticias y terminarían atentando con la dignidad de los delincuentes.

Una de las representaciones más relevantes desde el punto de vista constitucional, sobre el modelo proporcionalista, puede ser el artículo 28 de la Constitución⁷⁸, en donde se indica que la libertad es un derecho fundamental y al ser calificado como tal, en principio se está limitando la posibilidad de que el Estado haga un uso indiscriminado de su derecho de castigar a quienes cometen delitos y asignarles a ellos penas en establecimientos carcelarios, salvo aquellas situaciones en las que sea estrictamente necesario.

Precisamente, como se venía presentando párrafos precedentes, la existencia misma de grados en las posibles sanciones aplicables, como se observó en los artículos 34, 63 y 64 del CP a un comportamiento delictivo, son representaciones de la existencia de un modelo proporcionalista que tiende a sancionar a un sujeto, en relación a la gravedad de la ofensa que este ha cometido.

Otro de los ejemplos que existen sobre este modelo punitivo en Colombia, es presentado desde el artículo 3° del CP, en donde la proporcionalidad pertenece a uno de los principios que se hacen presentes en la imposición de las penas. Por consiguiente, si después de que se ha llevado a cabo un proceso penal, haciendo uso debido de todas las oportunidades procesales, y en concordancia con el artículo 381 del CP, existe un conocimiento más allá de

⁷⁷ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-806 del 3 de octubre de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁷⁸ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 28

toda duda que le permite al juez condenar a una persona o personas⁷⁹ de la comisión de un delito, la ley penal prevé la posibilidad de que la sanción se aplique según el tipo penal, dentro de un rango específico, o también la posibilidad de que el reo pueda acceder a los subrogados penales, cuando cumplierse los requisitos que el CP indica.

b. Rehabilitador

En este modelo punitivo se ve reflejado un mayor esfuerzo del aparato estatal en recuperar al autor de la conducta punible⁸⁰, y para ello se hace imperativo entender tanto sus antecedentes, como sus condiciones de vida y aquellos factores que lo llevaron a cometer un determinado delito; para que, de esta forma, al asignar una determinada sanción, se tengan en cuenta parámetros que eviten que este reincida en su conducta si se logra que desaparezcan dichos factores detonantes.

Por esta razón se ha hablado de una “*psicologización de la pena privativa de libertad*”⁸¹, en donde es necesario llevar a cabo programas que tengan una finalidad resocializadora y que de alguna manera este modelo cuente con un mayor “*contenido humanitario*”⁸². Para este modelo, el proceso de resocialización de quien ha cometido una conducta delictiva debe llevarse a cabo para que este regrese a la sociedad como un individuo que encaje en la misma otorgándole herramientas que lo alejen de la vida criminal.

⁷⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1195 del 22 de noviembre del 2005. M.P Jaime Araujo Rentería.

⁸⁰ Varona Gómez, Daniel (2013). “*La Lógica del sistema punitivo: Modelos punitivos*”. Universitat Oberta de Catalunya. Recuperado de: http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/75430/2/Penolog%C3%ADa_M%C3%B3dulo%203_La%20l%C3%B3gica%20del%20sistema%20punitivo%20modelos%20punitivos.pdf

⁸¹ Espí, J. G. B., Gonsálvez, T. L., Fuentes, P. O., & Calabuig, C. G. (2015). Lógicas, contenidos y límites del modelo rehabilitador. *Crítica Penal y Poder*, (9).

⁸² Guevara Requena, J. (2016). La Pena De Trabajos En Beneficio De La Comunidad.

El modelo punitivo rehabilitador, al centrarse en la recuperación de quien ha cometido una determinada conducta delictiva, requiere una atención especial por parte del aparato estatal y a su vez un trabajo interdisciplinario cuya finalidad última es reducir la reincidencia del sujeto.

En el ámbito del ordenamiento penal colombiano, el término rehabilitación se usa en aquellos casos en los que, como pena accesoria, el juez tome la determinación de restringir ciertos derechos, en los términos del artículo 43 del CP, el condenado debe enviar una solicitud al juez para que este pueda valorar si existe o no un cambio de comportamiento en el sujeto y así levantar la restricción que se impuso en primer lugar⁸³.

De la misma forma, en cuestiones de principio de oportunidad, se abre la posibilidad de que, según el artículo 326 del CPP, el Fiscal del caso otorgue al imputado la posibilidad de llevar a cabo actitudes que le permitan concluir en la audiencia de juzgamiento, que este tiene el propósito de reformarse y de no volver a reincidir en la conducta delictiva. Lo anterior siempre va a partir de la base de que será fundamental para la rehabilitación, que medie la voluntad del imputado, debido a que, de ser obligado a ello, es posible que se menoscabe su dignidad como ser humano.

c. Reparador/restaurador

⁸³ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 92 y Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004. Artículo 480.

Este modelo punitivo generalmente se encuentra asociado con el concepto de “*justicia restaurativa*”⁸⁴ y uno de sus principales objetivos es “*devolver el conflicto a las partes*”⁸⁵. Se explica que este modelo se encuentra matizado por las siguientes situaciones: (i) este es un sistema alternativo al proceso penal (ii) la reparación que el delincuente hace a la víctima por el mal causado, es tomada en cuenta al interior del proceso penal y (iii) que esa misma reparación se tiene en cuenta para la ejecución de la pena⁸⁶.

Este modelo punitivo se encuentra muy marcado actualmente desde el punto de vista procesal, por esta razón es que en el CPP, artículo 518 y siguientes, el legislador se encarga de darles a las partes el poder de restaurar el tejido social, otorgando espacios en los que los sujetos implicados en la conducta delictiva, tanto como el o los sujetos activos como el o los sujetos pasivos/víctimas, lleguen un acuerdo sobre la responsabilidad de quien cometió (diferente a la imposición de la pena), y que a su vez se materialicen los derechos de las víctimas, como lo son: verdad, justicia y reparación.

Uno de los avances más grandes del código actual, es que, a la víctima de la conducta punible, se le otorga la posibilidad de intervenir de forma activa al interior del proceso penal. Esta variación en la lógica del proceso penal permite que se tengan en cuenta tanto los derechos de las víctimas, como los derechos del imputado⁸⁷, quien sigue siendo un ser humano, a pesar de su conducta reprochable; y a su vez al realizar dicha equiparación, al poner las cosas en

⁸⁴ Patiño Mariaca, D. M., & Ruiz Gutiérrez, A. M. (2015). La justicia restaurativa: un modelo comunitarista de resolución de conflictos. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 45(122), 213-255.

⁸⁵ Varona G. Daniel. “*La lógica del sistema punitivo: modelos punitivos*”. Extraído de: http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/75430/2/Penolog%C3%ADa_M%C3%B3dulo%203_La%20l%C3%B3gica%20del%20sistema%20punitivo%3B%20modelos%20punitivos.pdf

⁸⁶ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1195 del 22 de noviembre del 2005. M.P Jaime Araujo Rentería.

⁸⁷ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C- 979 del 26 de septiembre del 2005. M.P Jaime Córdoba Triviño.

perspectiva y al darle la posibilidad a la víctima de participar en el proceso y en la solución, es posible que se llegue a acuerdos que permitan a la víctima sentirse reparada de forma integral. Finalmente hay que mencionar, que, en el ordenamiento colombiano, los mecanismos que se utilizan son: la conciliación pre-procesal, la conciliación en el incidente de reparación integral, la mediación⁸⁸ y la indemnización integral⁸⁹.

d. Incapacitador

Este modelo se caracteriza por priorizar el hecho de que, si el delincuente tiene una alta probabilidad de reincidir en conductas delictivas, se hace imperativo que se aisle a este sujeto de la sociedad y, por lo tanto, la respuesta ante tal situación, generalmente se basa en el uso de la pena de prisión⁹⁰.

Aunque también se ha afirmado que, si bien es cierto que la pena privativa de la libertad puede ser una opción válida para este modelo, de la misma forma es posible hacer uso de penas que le quiten al sujeto la posibilidad de cometer la conducta ilícita nuevamente⁹¹.

Un ejemplo sobre la aplicación de este modelo punitivo se encuentra en CP, cuando se hace una discriminación sobre la posibilidad de que como sanción se prive a quien cometa una determinada conducta el artículo 43 numeral 5 del CP indica la posibilidad de inhabilitar a quien cometa una conducta punible del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas; en concordancia con el 48 del CP, esta privación se aplica para ambos vehículos

⁸⁸ Código Procesal Penal Colombiano. Ley 906 del 2004. Artículo 521

⁸⁹ Código Procesal Penal Colombiano. Ley 600 del 200. Artículo 42, que prevé la indemnización integral para los delitos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la Ley 906 del 2004. En concordancia con la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 35946 del 13 de abril de 2011 M. P. María del Rosario González

⁹⁰ Cid Moliné, J. (2009), *La elección del castigo*, Barcelona, Bosch, pp.33-34

⁹¹ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 43. También en: Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-806 del 3 de octubre de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

e indica que la sentencia fijará el tiempo por el cual la persona quedará privada de este derecho; finalmente el artículo 51 del CP habla sobre la duración de esta privación y en su inciso 5 señala que será de mínimo seis (6) meses y máximo (10) años .

CAPITULO II. ACUERDO DE PAZ ENTRE COLOMBIA Y LAS FARC-EP.

MARCO LEGAL DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

En este capítulo se van a introducir conceptos relevantes traídos de la doctrina que se desarrolla en torno al estudio de los modelos de justicia utilizados en época de transición; asimismo, mediante el desarrollo de estos conceptos va a ser posible realizar la presentación del caso de estudio y cómo estos conceptos son aplicados por el tribunal especializado creado en el Acuerdo de Paz. De este capítulo la monografía desea entender, tanto la estructura de la Jurisdicción Especial para la Paz, como sus características y las sanciones que esta propone y desea asignar a todos aquellos que puedan acogerse a la misma.

Ahora bien, gracias a que el caso de estudio en esta monografía es el proceso de paz celebrado entre el Estado Colombiano (en adelante Estado) y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (en adelante FARC-EP), en este capítulo va a usar la siguiente estructura: primero, mención de conceptos relevantes que trae la doctrina sobre la justicia transicional, sus modelos y el deber del Estado de proteger a las víctimas del conflicto armado; segundo, una introducción a la Jurisdicción Especial para la Paz, explicando brevemente su funcionamiento, su marco legal, los principios que aplica y finalmente hablando de las sanciones propuestas para solucionar el conflicto.

1. Conceptos de Justicia Transicional

En este componente se van a introducir los conceptos que serán relevantes para analizar la clasificación que se realizará del modelo de justicia transicional -en adelante JTr- adoptado por Colombia, primero, será necesario mencionar que se ha entendido como JTr a partir de la doctrina dedicada al tema; segundo, se van a explicar cuáles son los modelos punitivos utilizados en este contexto de justicia transicional; tercero, se va a mencionar el concepto de

justicia restaurativa como criterio para determinar los fines de las sanciones presentes en este modelo; y cuarto se va a mencionar cómo la creación desde la Jurisdicción Especial para la Paz es la materialización del intento por proteger el derecho de las víctimas a la justicia.

Como primer paso, se hace necesario recordar la definición formulada por la doctrina sobre el concepto de JTr⁹². Se ha dicho que esta puede ser definida como un proceso político en el que existen transformaciones estructurales, ya sea desde el punto de vista de las instituciones o desde las leyes, y que a su vez en ella se debe tratar de equilibrar la paz y la justicia⁹³. Por esta finalidad de generar armonía entre los conceptos de paz y de justicia es que se presentan rupturas en la percepción que la población tiene sobre las políticas adoptadas para llevar a cabo espacios de encuentro y de restablecimiento del orden social después de una época de conflicto armado.

La balanza debe lograr equilibrar el acuerdo político al que llegan las partes, evitando a toda costa la impunidad como exigencia jurídica importante, que se ve reflejada en los juicios que, en el posconflicto, se van a desarrollar para quienes cometieron crímenes en el marco del conflicto armado, juicios en los que como prioridad se tiene los derechos de las víctimas como lo son el de la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.⁹⁴

⁹² Teitel, R. G. (2000). *Transitional justice*. Oxford University Press on Demand.. Ver también Centro internacional para la Justicia Transicional (2009). “¿Qué es la justicia transicional?”. Recuperado de: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>

⁹³ Saffon, M. P., & Uprimny, R. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. *Justicia Transicional sin Transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, 132. La JTr hace referencia a aquellos procesos transicionales mediante los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia. PG. 4

⁹⁴ Saffon, M. P., & Uprimny, R. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. *Justicia Transicional sin Transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, 132.

De las diversas fórmulas planteadas por la doctrina se encuentran las siguientes: perdones amnésicos, perdones compensatorios, perdones responsabilizantes y transiciones punitivas⁹⁵.

Para la fórmula de perdones amnésicos, se ha dicho que la misma no es un modelo de JTr propiamente tal, esto debido a que en ellos no existe una estrategia de “*verdad o reparación de las víctimas*”⁹⁶, sólo implica una amnistía general como punto de partida, y esta a su vez, teniendo en cuenta los lineamientos internacionales⁹⁷ en temas de JTr, es una gran vulneración de los deberes de los Estados con las víctimas del conflicto.

En los perdones compensatorios, lo que se ha podido observar es que, a pesar de la existencia de amnistías generales, se establecen “*comisiones de la verdad y algunas medidas de reparación de las víctimas*”; para esta fórmula, el perdón otorgado responde a la posibilidad de que para el Estado sea posible esclarecer la verdad sobre lo ocurrido durante la época del conflicto⁹⁸.

En los perdones responsabilizantes, se hace necesaria la existencia, tanto de comisiones de la verdad, como de la previsión de mecanismos que permitan la reparación de las víctimas

⁹⁵ Saffon, M. P., & Uprimny, R. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. *Justicia Transicional sin Transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, 132. Cuadro 1 “*Procesos transicionales según el contenido de la fórmula de transición adoptada*”. Pg. 23

⁹⁶ Saffon, M. P., & Uprimny, R. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. *Justicia Transicional sin Transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, 132. Cuadro 1 “*Procesos transicionales según el contenido de la fórmula de transición adoptada*”. Pg. 23

⁹⁷ Botero, C., & Restrepo, E. (2005). Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia. *Justicia transicional sin transición*, 45-101. Indica que: “(…) *la jurisprudencia internacional más reciente en materia de amnistías e indultos por delitos de naturaleza internacional tiende a considerar que toda ley doméstica que ponga fin o impida la investigación o el juzgamiento de esta clase de crímenes viola el derecho de las víctimas a la justicia e impide el cumplimiento de la obligación estatal de respetar sus obligaciones internacionales en la materia. Por este motivo, esas medidas legislativas internas carecen de todo efecto jurídico y pueden ser declaradas sin efecto por los tribunales internacionales competentes (...)*” Pg. 56

⁹⁸ Saffon, M. P., & Uprimny, R. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. *Justicia Transicional sin Transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, 132. Cuadro 1 “*Procesos transicionales según el contenido de la fórmula de transición adoptada*”. Pg. 23

del conflicto. Para esta fórmula, la finalidad se encuentra en que se realice un esfuerzo para que, ante la sociedad en general puedan equipararse las “*exigencias de justicia y perdón*”⁹⁹.

Finalmente, se presenta la fórmula de transiciones punitivas, en ella, los tribunales o mecanismos judiciales ad-hoc, se crean con la función de asignar castigos a los responsables de los crímenes cometidos en el marco del conflicto y de lesa humanidad como mecanismo para restablecer un “*orden democrático nuevo*”, en donde se respeten los lineamientos de las normas internacionales en materia de derechos humanos¹⁰⁰.

Todos ellos nos demuestran los diferentes grados que se encuentran presentes en los escenarios de soluciones a conflictos mediante acuerdos políticos. Para efectos de analizar el caso objeto de análisis de esta monografía, únicamente desarrollar de forma detallada la aplicación de un sistema de “*perdones responsabilizantes*”, debido a que esta es la fórmula presente en el Acuerdo de Paz, en donde existe una marcada tendencia a buscar la justicia y el perdón¹⁰¹.

Este concepto de JTr puede contar a su vez con diversos mecanismos (judiciales y extrajudiciales)¹⁰² y fórmulas¹⁰³ que para superar épocas de conflicto se basa en unas condiciones determinadas. Las condiciones previamente mencionadas pueden ser determinadas por la posibilidad de que se lleve a cabo un proceso mediante el cual, teniendo

⁹⁹ Saffon, M. P., & Uprimny, R. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. *Justicia Transicional sin Transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, 132. Cuadro 1 “*Procesos transicionales según el contenido de la fórmula de transición adoptada*”. Pg. 23

¹⁰⁰ Saffon, M. P., & Uprimny, R. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. *Justicia Transicional sin Transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, 132. Cuadro 1 “*Procesos transicionales según el contenido de la fórmula de transición adoptada*”. Pg. 23

¹⁰¹ Uprimny, R., & Saffon, M. P. (2005). Capítulo 7 Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, 211.

¹⁰² Pizarro, N. B. El significado de la pena en el marco de un proceso de paz.

¹⁰³ Saffon, M. P., & Uprimny, R. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. *Justicia Transicional sin Transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, 132.

en cuenta las características del conflicto en sí mismo¹⁰⁴, se logren encuentros entre quienes fueron parte del conflicto y se decida cuál será el acuerdo político a implementar.

En estos procesos se ha hecho evidente que, si bien es cierto que la máxima siempre será lograr una paz estable y duradera, en cualquier país que se tome la determinación de iniciar conversaciones entre los agentes del conflicto, se deben tener en cuenta las consecuencias que el mismo puede generar tanto a largo, como a corto plazo; lo anterior se menciona debido a que se ha demostrado ampliamente que desde el corto plazo, es posible que en la población civil no combatiente pueden generarse ciertas tensiones sobre la expectativa en contraposición con la realidad¹⁰⁵, teniendo en cuenta que, como se mencionó previamente, dependiendo de la fórmula adoptada, se hace necesario “flexibilizar”¹⁰⁶ las normas existentes que en contextos “normales”¹⁰⁷ aplicarían.

Entonces, para la doctrina, los extremos que se pueden presentar en los contextos de JTr, son: por un lado, la aplicación de una justicia retributiva plena, en donde, como se ha venido

¹⁰⁴ Barahona, E. M., Salazar, M. L. G., & Fonseca, L. R. (2012). Impunidad en El Salvador y Guatemala: «de la locura a la esperanza: ¿nunca más?». *América Latina Hoy*, 61, 101-136.

¹⁰⁵ Yepes, R. U., Marino, C. B., Restrepo, E., & Saffon, M. P. (2006). ¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia.

¹⁰⁶ Villa, H. V., & Joinet, L. (2008). Introducción a la justicia transicional. *Claves de razón práctica*, (180). Citando a: Rodrigo Uprimny y Luis Manuel Lasso, “Verdad, reparación y justicia en Colombia”, en Ernesto Borda Medina y otros, *Conflicto y seguridad democrática en Colombia: Temas críticos y propuestas*, Fundación Social/Fundación Ebert/Embajada de Alemania, Bogotá, 2004, página 151; y Guillermo Escobar Roca, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, CICODE y Trama Editorial, Madrid, 2005, páginas 115 a 118. En lo referente al “juicio de proporcionalidad” que se encuentra presente en los procesos de justicia transicional. También en: Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-674 del 14 de noviembre de 2017. M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez: “(...) en los escenarios de transición resulta admisible flexibilizar los estándares regulares de la justicia como principio, valor y derecho, pero solo en cuanto esto se traduzca en la consecución efectiva de otros bienes jurídicos (...)”

¹⁰⁷ Pizarro, N. B. El significado de la pena en el marco de un proceso de paz. Citando a Pawlik, en: Byrd/Hruschka/Joerden (eds.), *Jahrbuch für Recht und Ethik*, tomo 19, 2011, p. 269; el mismo, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 99 ss., especialmente 104 s. Indica que: “(...) se entiende que la estabilidad del ordenamiento jurídico es una condición previa para el desarrollo de la libertad individual, esto es, de la “persona”. Esta estabilidad, o bien, este estado de “normalidad” puede ser creado por medio del vínculo jurídico. En un ordenamiento jurídico liberal este vínculo jurídico se produce a partir de la motivación de los destinatarios de las normas (...)” Pg. 467

explicado, la idea es que se deje indemne a la víctima por el daño sufrido y que el daño causado por el agente, se vea reflejado en la pena que a este se le imponga. Por otro lado, se encuentra la impunidad absoluta, que puede devenir en un problema social en donde, ante la opinión ciudadana, la legitimidad y vigencia del sistema jurídico¹⁰⁸ se vea afectado por olvidar todo aquello por lo que la sociedad, como víctima del conflicto, tuvo que soportar de forma injustificada.

Se ha dicho¹⁰⁹ que los procesos de JTr, es decir, en aquellas situaciones en las que una sociedad se encuentra en un cambio político, por ejemplo, de una dictadura a una democracia o en el caso de una guerra civil, en donde se han cometido graves violaciones a los derechos de la población civil, la respuesta natural de este último grupo es la exigencia del restablecimiento de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación como víctimas del conflicto.

Sobre los derechos de las víctimas, en el marco de un conflicto armado como lo es el caso colombiano, se hace necesario el uso de diversos mecanismos que permitan, como se observó en la fórmula aplicable a este proceso en particular, respetar las exigencias internacionales y así restaurar el tejido social.

Por lo anterior, la doctrina ha desarrollado ampliamente el concepto de justicia restaurativa¹¹⁰, concepto que se ve introducido en el sistema penal colombiano, como se pudo

¹⁰⁸ Pizarro, N. B. El significado de la pena en el marco de un proceso de paz. Citando a: Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. ed. 1960, p. 35 para explicar la relación entre la vigencia del orden jurídico con la efectividad del mismo y a la Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-579 del 28 de agosto de 2013, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en donde se hace referencia a que la paz es condición necesaria para el goce efectivo de los derechos.

¹⁰⁹ Reyes A. Y. (2018). “¿Es injusta la justicia transicional?”. Editorial: Universidad Externado de Colombia

¹¹⁰ Uprimny, R., & Saffon, M. P. (2005). Capítulo 7 Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, 211. También en: Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-674 del 14 de noviembre de 2017, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

mencionar en el capítulo anterior, se prioriza el encuentro entre la víctima y el victimario para que, guardadas proporciones, el conflicto sea devuelto a las partes¹¹¹; y de la misma forma, posteriormente fue aplicado en el Acto Legislativo 01 del 2017, en el art 1° transitorio. Ambas situaciones responden a que mucho se ha dicho sobre el fallo de la pena privativa de la libertad, en su enfoque resocializador y sobre cómo el derecho penal contemporáneo por sí solo tiene la tendencia a aplicar o proponer sanciones alternativas¹¹², que tienden a orientarse en un ámbito restaurador y/o reparador, abriendo puertas para la amplia participación en la construcción de paz¹¹³.

El núcleo de la justicia restaurativa no se encuentra en la materialización del concepto de justicia únicamente desde una sanción privativa de la libertad, sino que la misma se realiza cuando en ella se llevan a cabo acciones, mecanismos o planes que deseen reparar el daño causado¹¹⁴.

Si bien es cierto que, en la fórmula de perdones responsabilizantes, las sanciones individualizadas a los actores del conflicto tienen cierto contenido de justicia retributiva, existe una discusión sobre el uso de la misma y esta se encuentra en que, la misma está diseñada para enfrentar “*delitos ordinarios*”¹¹⁵. Por lo tanto, para abordar a este tipo especial

¹¹¹ Código Procesal Penal Colombiano. Ley 906 del 2004.

¹¹² Saffon, M. P., & Uprimny, R. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. *Justicia Transicional sin Transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, 132.

¹¹³ Vega Dueñas, L. C., & Olalde Altarejos, A. J. (2018). La justicia restaurativa como paradigma orientador de paz: los encuentros restaurativos. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. Citando a: Domingo de la Fuente, V. (2017). Justicia restaurativa como derecho de las víctimas. *Revista jurídica de Castilla y León*, 41, 1-24.

¹¹⁴ Vega Dueñas, L. C., & Olalde Altarejos, A. J. (2018). La justicia restaurativa como paradigma orientador de paz: los encuentros restaurativos. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. Citando a: Bazemore, G. y Walgrave, L. (1999). *Restorative Juvenile Justice*. Missouri: Editorial Willow Tree.

¹¹⁵ Pizarro, N. B. El significado de la pena en el marco de un proceso de paz. Citando a Pawlik, en: Byrd/Hruschka/Joerden (eds.), *Jahrbuch für Recht und Ethik*, tomo 19, 2011, p. 269; el mismo, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 99 ss., especialmente 104 s.

de criminalidad es necesario llevar a cabo un “juicio de proporcionalidad”¹¹⁶, en donde se analice si la privación de la libertad del guerrillero (respondiendo al derecho a la justicia) es medio necesario y suficiente para lograr la paz¹¹⁷.

Es por esta razón que, tanto en el Acuerdo de Paz, como en el Acto Legislativo 01 del 2017, se mencionan tanto una función reparadora como restauradora, en donde se tiene en cuenta la variación de la sanción en relación con el grado de reconocimiento de la verdad y de la responsabilidad que se tuvo durante el conflicto armado, combinando así la pena privativa de la libertad flexibilizada en cuanto a la cuantía de la misma respecta, más la posibilidad de que las víctimas del conflicto escuchen a los victimarios sobre los crímenes cometidos y respetando tanto el derecho a la justicia como el derecho a la verdad.

Es por esto que, las exigencias de verdad, justicia y reparación¹¹⁸, como derechos de las víctimas, requieren del apoyo de la sociedad en su conjunto, esto representado en los victimarios (quienes pertenecían a las FARC-EP) y la población civil en conjunto con el Estado colombiano y toda su institucionalidad, para que se generen espacios de encuentro¹¹⁹,

¹¹⁶ Villa, H. V., & Joinet, L. (2008). Introducción a la justicia transicional. *Claves de razón práctica*, (180). Citando a Rodrigo Uprimny y Luis Manuel Lasso, “Verdad, reparación y justicia en Colombia”, en Ernesto Borda Medina y otros, *Conflicto y seguridad democrática en Colombia: Temas críticos y propuestas*, Fundación Social/Fundación Ebert/Embajada de Alemania, Bogotá, 2004, página 151; y Guillermo Escobar Roca, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, CICODE y Trama Editorial, Madrid, 2005, páginas 115 a 118.

¹¹⁷ Villa, H. V., & Joinet, L. (2008). Introducción a la justicia transicional. *Claves de razón práctica*, (180). Citando a Rodrigo Uprimny y Luis Manuel Lasso, “Verdad, reparación y justicia en Colombia”, en Ernesto Borda Medina y otros, *Conflicto y seguridad democrática en Colombia: Temas críticos y propuestas*, Fundación Social/Fundación Ebert/Embajada de Alemania, Bogotá, 2004, página 151; y Guillermo Escobar Roca, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, CICODE y Trama Editorial, Madrid, 2005, páginas 115 a 118.

¹¹⁸ Rincón, T., & Covelli, T. R. (2010). *Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional*. Universidad del Rosario.

¹¹⁹ Vega Dueñas, L. C., & Olalde Altarejos, A. J. (2018). La justicia restaurativa como paradigma orientador de paz: los encuentros restaurativos. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*.

y es aquí precisamente en donde se ve se pone en una balanza el si se debe castigar a estas personas o se deben olvidar todos los delitos cometidos¹²⁰.

De lo anterior es posible concluir que, para el caso concreto, al encontrarnos en un contexto de una paz lograda mediante la negociación política entre los actores del conflicto, en ellos se aceptan condiciones de reintegro a la población civil, el restablecimiento de los derechos de las víctimas y los procesos que se van a llevar a cabo frente a quienes en este escenario cometieron graves delitos, que en este contexto, y por imperativos internacionales, es de suma importancia que se logre una individualización del estudio de los casos de quienes participaron en la comisión de estos crímenes y según sea su aporte a la construcción de la verdad y a la reparación de las víctimas, sea asignada una sanción¹²¹.

Para lograr estos objetivos, la JTr tiene la posibilidad de hacer uso de “*incentivos atractivos*”¹²², en donde la fórmula utilizada para llevar a cabo la transición, depende de lo consignado en el acuerdo político, en este sentido, un programa exitoso de construcción de la paz post-conflicto tiene que incluir las medidas mencionadas previamente (justicia restaurativa que se prefiere a la justicia retributiva; flexibilización de las sanciones pero juicios que materialicen los derechos de las víctimas y comisiones de la verdad para la construcción de memoria histórica como garantía de no repetición).

¹²⁰ Saffon, M. P., & Uprimny, R. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. *Justicia Transicional sin Transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, 132.

¹²¹ Centro internacional para la Justicia Transicional (2009). “*¿Qué es la justicia transicional?*”. Recuperado de: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf> International center for transitional justice (www.ictj.org). También en: Centro Internacional para la Justicia Transicional (2017). “*La Comisión de la Verdad (CEV): fundamental para las víctimas y la transición en Colombia*” Recuperado de: <https://www.ictj.org/es/news/comision-verdad-cev-amicus-colombia>

¹²² Ruti G., T., & Cleves, t. d. (2017). *Justicia Transicional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

Así las Comisiones de la Verdad deberían documentar minuciosamente las violaciones de derechos humanos, brindar medidas de protección de minorías y proponer reformas institucionales tanto en las Fuerzas Armadas como en la policía o en el sector judicial; se debería enjuiciar a los máximos responsables y proveer mecanismos suficientes de reparación a las víctimas.¹²³

Debido a que se ha mencionado insistentemente cómo los derechos de las víctimas y el sistema jurídico en sí mismo pueden ser afectados en contextos de JTr, se hace necesario resaltar que, para efectos de estudio de esta monografía, únicamente se va a hacer una revisión acerca del derecho a la justicia, este representado en la creación de un tribunal especializado, que cumple con la función de realizar las investigaciones sobre el conflicto con la guerrilla de las FARC-EP, escuchar a quienes deseen acogerse a la misma y según esto asignar las sanciones, también se hace necesario mencionar que para el componente justicia, si bien es cierto que permite la flexibilización de los principios del sistema penal ordinario, este no puede ignorar su deber a nivel internacional con las víctimas del conflicto.

El castigo en cualquiera de las fórmulas de transición es parte fundamental para entender cómo se aborda la criminalidad fuera de los contextos de normalidad. Tal y como se ha venido explicando desde el inicio de este capítulo, toda la doctrina desarrollada alrededor de la justicia transicional, se desarrolla a partir de situaciones extremas, que exceden a las condiciones planteadas en los fines de las penas de la doctrina tradicional.

¹²³ Barahona, E. M., & Salazar, M. L. G. (2015). El dilema entre la paz y la justicia. Justicia transicional en contextos post-conflicto: los casos de Guatemala y el Salvador. *Studia Historica. Historia Contemporánea*, 33, 37-65. Citando a SKAAR, Elin: *Judicial Independence and Human Rights in Latin America: Violations, Politics, and Prosecution*. New York: Palgrave Macmillan, 2011. También en GUTIÉRREZ SALAZAR, Martha Liliana: «Justicia Pos-Transicional en Guatemala: el rol de los jueces en la protección de derechos humanos». *Revista de Ciencia Política*. Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 35. n.º 2, 2015b.

Es por esto que, la obligación internacional que tienen los Estados de proteger a las víctimas en cualquier proceso de transición llevado a cabo en el territorio, desde el punto de vista del derecho a la justicia, en su división tripartita¹²⁴: acceso igual y efectivo a la justicia, reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido, y finalmente el acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación¹²⁵, va a ser desarrollado por la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante JEP).

Entonces, haciendo uso de los perdones responsabilizantes¹²⁶ la JEP tiene la función de investigar y juzgar a quienes hubieren participado en la época del conflicto, y cuyas características esenciales serán explicadas más adelante.

2. Jurisdicción Especial Para La Paz

Una de las directrices del Acuerdo de Paz se encuentra en el punto 5, en donde se abordaba todo lo relativo a las víctimas del conflicto, es así como se crea el “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición”¹²⁷ en donde se forjan las bases sobre las que se va a construir la Jurisdicción Especial para la Paz, como componente específico de este punto del acuerdo.

Para este componente, hay que tener en cuenta la siguiente información: que, desde el Acto Legislativo 01 del 2012¹²⁸, la firma del Acuerdo de Paz el día 29 de agosto de 2016, el gobierno colombiano inició la toma de medidas encaminadas a cumplir con el componente de justicia formulado en la Habana en el punto 5.1.2 de Justicia.

¹²⁴ Rincón, T., & Covelli, T. R. (2010). *Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional*. Universidad del Rosario.

¹²⁵ Villa, H. V., & Joinet, L. (2008). Introducción a la justicia transicional. *Claves de razón práctica*, (180).

¹²⁶ Yepes, R. U., Marino, C. B., Restrepo, E., & Saffón, M. P. (2006). ¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia.

¹²⁷ Acuerdo de Paz. Punto 5.1

¹²⁸ Marco jurídico para la paz

En él, se estableció la conformación de la JEP, la cual se organiza así: primero, la comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición; segundo, la unidad para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto; y tercero, la JEP.

Tal y como se anticipó en el componente anterior, los procesos de JTr pueden contener mecanismos tanto judiciales como extrajudiciales¹²⁹ en la fórmula que decidan adoptar para hacer la transición de una guerra civil a un contexto de paz. Para el caso colombiano, se puede indicar que, tanto el primero, como el segundo son órganos extrajudiciales que tienen la función de complementar los esfuerzos por encontrar las causas del conflicto armado interno para evitar la repetición de la misma mediante la reconstrucción de memoria histórica y así mismo mediante la búsqueda a personas dadas por desaparecidas, se busca reparar a las víctimas con respecto a la incertidumbre sobre el paradero de sus seres queridos.

Teniendo en cuenta, que para la doctrina que se refiere a la justicia transicional, la independencia judicial es uno de los elementos más relevantes para poder llevar a cabo juicios sin presiones políticas¹³⁰, es por esta razón que se toma la determinación de conformar un tribunal especializado (JEP), independiente de la jurisdicción penal ordinaria. Este órgano judicial debe determinar la responsabilidad de quienes hayan participado directa o indirectamente en el conflicto armado¹³¹, imponer sanciones y asegurarse de la reparación a las víctimas.

¹²⁹ Pizarro, N. B. El significado de la pena en el marco de un proceso de paz

¹³⁰ Rincón, T., & Covelli, T. R. (2010). *Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional*. Universidad del Rosario. Citando a: Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 29 de marzo de 2004, párr. 14. Este recurso judicial debe, a su vez, cumplir con otros estándares, entre ellos el de independencia, autonomía e imparcialidad de los tribunales, y el de adecuación y eficacia del recurso. Al respecto, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, *Administración de Justicia*; y Observación General No. 32, artículo 14, *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*.

¹³¹ Ley 1820 del 2016. Artículo 3°

La JEP a su vez está conformada por las siguientes salas: sala de reconocimiento de la verdad, responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas; sala de amnistía e indulto¹³²; tribunal para la paz “para la investigación, persecución y sanción de las graves violaciones a los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario”¹³³; sala de definición de situaciones jurídicas para los casos diferentes o supuestos no previstos¹³⁴, cuya competencia es residual; y finalmente, la unidad de investigación y acusación¹³⁵.

Ahora bien, expuesta la composición del tribunal especializado encargado de castigar, no sólo a los máximos responsables sino también a quienes hubieren participado en la época de conflicto¹³⁶. Se hace necesario mencionar que, como normativa relevante para el tribunal, se encuentran, por un lado, la Ley 1957 de 2019 o ley estatutaria de la JEP¹³⁷, la Ley 1922 del 2018 o ley de procedimiento, mientras que, por otro lado, se encuentra la Ley 1820 del 2016 que es la ley de “*amnistías, indulto y tratamientos penales especiales*” (en adelante ley de amnistías).

De la misma forma y como se venía anticipando, debido a que este proceso de paz sigue una fórmula de “*perdones responsabilizantes*”¹³⁸, para la ley de amnistías¹³⁹, siguiendo el tenor del Acuerdo¹⁴⁰, se acordó renunciar a la persecución penal de delitos políticos, tales como la

¹³² Acuerdo de Paz 5. 1. 2. III #49

¹³³ Acuerdo de Paz 5. 1. 2. III #52

¹³⁴ Acuerdo de Paz 5. 1. 2. III #50

¹³⁵ Acuerdo de Paz 5. 1. 2. III #51

¹³⁶ Marco jurídico para la paz. Acto Legislativo 01 del 2012. También en la Ley 1820 del 2016, artículo 3º, inciso 1.

¹³⁷ Mediante la cual se desarrolla lo referente a la Administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.

¹³⁸ Saffon, M. P., & Uprimny, R. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. *Justicia Transicional sin Transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, 132.

¹³⁹ Ley 1820 del 2016

¹⁴⁰ Acuerdo de Paz 5. 1. 2 #40

rebelión¹⁴¹, sedición¹⁴², asonada¹⁴³, conspiración¹⁴⁴, entre otros¹⁴⁵ y aquellos delitos conexos¹⁴⁶, con la condición de que quienes tomen la determinación de acogerse a la misma, cuenten con la voluntad de aportar con la reconstrucción de la verdad y la promesa de no repetición de aquellos delitos cometidos durante el conflicto armado¹⁴⁷. Esto sin tener en cuenta la exclusión de aquellos delitos que constituyen graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario y a los Derechos Humanos, que, como se explicó al inicio de este capítulo, constituye un deber del Estado evitar la vulneración de estos derechos.

Toda vez que se cumplan con las condiciones pactadas, el tribunal tiene la obligación de asignar una sanción a quien decida acogerse al mismo¹⁴⁸; las mencionadas sanciones, tanto en su medida y función están determinadas por el grado de verdad que el autor del delito aporte al sistema, cumpliendo con el principio de “*efectividad de la justicia restaurativa*”¹⁴⁹, el cual, al permitir espacios de encuentro entre los agentes de conflicto es posible hablar “*de una función ‘retributiva’ y ‘restaurativa’ dela pena*”¹⁵⁰.

Finalmente, las sanciones a las que se ha venido haciendo alusión a lo largo de este capítulo, es posible dividir las en cuatro grupos¹⁵¹: las propias de la JEP¹⁵², que cumplen con una función restaurativa; las sanciones alternativas, que cumplen una función retributiva; la

¹⁴¹ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 467

¹⁴² Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 468

¹⁴³ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 469

¹⁴⁴ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 471

¹⁴⁵ Ley 1820 del 2016. Artículo 15

¹⁴⁶ Ley 1820 del 2016. Artículo 16

¹⁴⁷ Ley 1820 del 2016. Artículos 6° y 14.

¹⁴⁸ Acuerdo de Paz 5. 1. 2 #2, 32 y 44. Pueden hacer parte de este sistema: rebeldes, agentes del Estado, quienes hayan financiado grupos paramilitares y partícipes.

¹⁴⁹ Ley 1922 del 2018. Artículo 1° lit a y artículo 27.

¹⁵⁰ Pizarro, N. B. El significado de la pena en el marco de un proceso de paz.

¹⁵¹ Ver a Pizarro, N. B. El significado de la pena en el marco de un proceso de paz, cuando hace una clasificación sobre todas las posibilidades que tiene la JEP para sancionar

¹⁵² Acuerdo de Paz 5. 1. 2. #60 inc. 2, 3 y 4

reducción de la pena, que dependerá de la función del sujeto en el conflicto¹⁵³; y finalmente, las sanciones ordinarias, para todos aquellos que no reconozcan su responsabilidad en el conflicto.

La justicia que el sistema adoptado desea conseguir se basa parte en el esclarecimiento de la verdad y parte en las sanciones¹⁵⁴ asignadas a quienes participaron en la época del conflicto. Esto es así debido a que sus objetivos se orientan hacia el futuro y, por ello, las instituciones de la JTr deben referirse, por consiguiente, a las generaciones futuras.¹⁵⁵

¹⁵³ Acuerdo de Paz 5. 1. 2 #60 inc. 5

¹⁵⁴ Villa, H. V., & Joinet, L. (2008). Introducción a la justicia transicional. *Claves de razón práctica*, (180).

¹⁵⁵ Pizarro, N. B. El significado de la pena en el marco de un proceso de paz

CAPITULO III. FINES DE LA PENA Y MODELOS PUNITIVOS EN EL CONTEXTO DE JUSTICIA TRANSICIONAL DEL ACUERDO DE PAZ CELEBRADO POR EL GOBIERNO COLOMBIANO Y LAS FARC-EP

Finalmente, este tercer y último capítulo, realiza una comparación sobre la forma en la que los fines de las penas y modelos punitivos se aplican en el sistema de JTr, en contraposición de lo que podría pasar si el mismo fuese conocido y adelantado por la jurisdicción ordinaria.

En este capítulo se encuentra materializado el desarrollo realizado en los capítulos precedentes, en donde los conceptos introducidos adquieren una mayor relevancia debido a que nos encontramos estudiando cómo la flexibilización de las sanciones se ve representada, no solo desde el punto de vista sustancial, sino también desde el punto de vista procesal.

Como en este componente se va a llevar a cabo una comparación entre los conceptos desarrollados en los capítulos precedentes, la estructura será la siguiente: Primero, para lograr ese estudio comparativo, es menester hacer uso de algunos ejemplos utilizados a lo largo de este texto, en donde ya se realizó el análisis desde el punto de vista de la jurisdicción ordinaria, para plantear las cuestiones que se deben tener en cuenta en la JEP; segundo, una vez revisados los ejemplos, será importante extraer de ellos el elemento que será objeto de comparación y este es el del bien jurídico afectado y su tratamiento dependiendo del sistema; tercero, aplicando los conceptos introducidos en los capítulos precedentes, se realizará una comparación entre sanciones según el sistema, y finalmente los fundamentos utilizados por la justicia transicional en el proceso objeto de revisión para flexibilizar las mismas.

1. Cuestiones Preliminares

La historia del conflicto colombiano con el grupo guerrillero FARC-EP ha sido objeto de análisis de los teóricos debido a todas las vicisitudes presentes tanto en su formación, como

un grupo de campesinos que desde la clandestinidad se oponían a la forma de gobierno en Colombia, a un ejército con múltiples frentes que, para continuar la lucha con el Estado, llevaron a diversas conductas delictivas.

En concordancia con los ejemplos utilizados en la explicación de los fines de las penas y modelos punitivos desde la perspectiva de la jurisdicción ordinaria, se va a realizar la comparación basándose en elementos extraídos desde conductas como: el genocidio, el reclutamiento ilícito y la retención ilegal.

En primer lugar, como se menciona en el capítulo I, el genocidio¹⁵⁶ como tipo penal en el código se encuentra sancionado con una pena privativa de la libertad, una multa y una interdicción de derechos y funciones públicas. Este tipo penal aplicado al proceso de paz llevado a cabo con el grupo insurgente FARC-EP, puede ser abordado desde el concepto mismo de la palabra, en donde la teoría nos explica la diferencia que existe entre cometer el delito de genocidio y una serie de homicidios que, al cometerse de forma sistemática y continuada, son concebidos como masacre¹⁵⁷.

En segundo lugar, cómo desde la JTr, se analiza el delito de reclutamiento ilícito¹⁵⁸, conducta que, al interior de este grupo insurgente fue fundamental para obligar a menores de edad a pertenecer a sus filas y de esta manera reforzar su ejército para continuar la lucha revolucionaria, conducta que el tipo penal sanciona en el sistema ordinario, con prisión y multa.

¹⁵⁶ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 101 “Genocidio” y Artículo 103 “Homicidio”

¹⁵⁷ Díaz, O. H. (2006). Aproximaciones al concepto de Genocidio en Colombia. Diálogos de saberes, (25), 315-334.

¹⁵⁸ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 162

Finalmente, se va a hacer una mención a la conducta de “*retención ilegal*”¹⁵⁹ de civiles, por parte del grupo ilegal. Estos, se caracterizaron por constituir uno de los métodos que este grupo utilizaba para financiar su actividad¹⁶⁰; esta modalidad se basa en que, seleccionaban a personas no combatientes, generalmente campesinos, para exigir de sus familias una contraprestación económica, que de no conseguir, las personas secuestradas no tenían la posibilidad de regresar a sus hogares y en otros casos también era posible que convencieran (presuntamente)¹⁶¹ a las personas secuestradas, de enlistarse en las filas de la guerrilla.

Ahora bien, cuando estas conductas previamente mencionadas se analizan desde el punto de vista de la JTr, se habla de que es crucial que la sociedad entienda de manera distinta el concepto de justicia, recordando que la “*balanza de la justicia*”¹⁶² no puede ser restaurada con una sanción que iguale la ofensa, debido a que esta puede ser percibida como una “*venganza estatal*”, en donde, mediante el populismo punitivo se genere una “*cadena de males con vocación infinita*”¹⁶³

¹⁵⁹ Concepto utilizado por la JEP para abordar el macro caso 001, conocida en el código penal como secuestro extorsivo, conducta descrita en el artículo 169 del Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000.

¹⁶⁰ Fiscalía General de la Nación (2019) “*Fiscalía presenta el informe de las rentas criminales de las desmovilizadas Farc y el recuento histórico de la victimización a líderes sociales por parte de agentes del Estado*”. Recuperado de: fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscalia-presenta-el-informe-de-las-rentas-criminales-de-las-desmovilizadas-farc-y-el-recuento-historico-de-la-victimizacion-a-lideres-sociales-por-parte-de-agentes-del-estado/.

¹⁶¹ Periódico El Colombiano. (2019) “*Víctimas reciben versiones de Farc en caso de secuestro ante la JEP*”. Recuperado de:

<https://www.elcolombiano.com/colombia/paz-y-derechos-humanos/victimas-reciben-versiones-de-farc-en-caso-de-secuestro-ante-la-jep-LE12162584>

¹⁶² Durán Migliardi, Mario. (2011). teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de immanuel kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual. *Revista de filosofía*, 67, 123-144. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-43602011000100009>

¹⁶³ Tanto el concepto como “*venganza estatal*” y “*cadena de males*”, son abordados por Yesid Reyes, recordando que existe un contrasentido en la búsqueda de la compensación mediante el delito. Ver: Reyes A., Yesid (2017) *Víctimas, fin y necesidad de la pena en el Derecho penal y en la llamada justicia transicional*, en *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Alicia Gil y Elena Maculan (coordinadoras), Dykinson, Madrid, 187-205, 189-197

Por el contrario, diversos autores han indicado que los procesos que permiten realizar una transición, tienen la posibilidad de que predomine la justicia para las víctimas del conflicto, estableciendo criterios que prioricen la investigación y sanción de máximos responsables¹⁶⁴. Así es como, desde la lógica planteada por el sistema de “perdones responsabilizantes” podemos lograr una justicia restaurativa que logre reconciliar a la sociedad¹⁶⁵, permitiendo el regreso a la vida civil, desde la construcción de memoria histórica con la verdad de lo ocurrido durante el conflicto, de quiénes se encontraban en las filas del grupo insurgente.

Las conductas mencionadas previamente fueron priorizadas por la JEP mediante los macrocasos 001¹⁶⁶, en lo referente a las retenciones ilegales; el 006 sobre la victimización de los miembros de la Unión Patriótica¹⁶⁷; y el 007 sobre el reclutamiento de niños y niñas en el marco del conflicto armado¹⁶⁸.

2. Tratamiento de los bienes jurídicos afectados, análisis comparativo.

Se hace necesario indicar que, en este escrito, no se va a realizar un análisis sobre la adecuación de la conducta a un tipo penal del CP, sino que, por el contrario, se va a realizar un análisis sobre el bien jurídico afectado y protegido por la ley penal y a raíz de lo anterior,

¹⁶⁴ Parfraseando a Murillo, A (2018) Justicia transicional y fines de la pena en el contexto colombiano, en Contribuciones al derecho contemporáneo, Tomo I, Derechos Humanos y Justicia Transicional, Diego Tarapués y Adolfo Murillo (coordinadores), DIKE y Universidad Santiago de Cali, Bogotá, P. 154

¹⁶⁵ Parfraseando a Murillo, A (2018) Justicia transicional y fines de la pena en el contexto colombiano, en Contribuciones al derecho contemporáneo, Tomo I, Derechos Humanos y Justicia Transicional, Diego Tarapués y Adolfo Murillo (coordinadores), DIKE y Universidad Santiago de Cali, Bogotá, P. 170

¹⁶⁶ Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Auto No. 02 del 17 de enero de 2019.

¹⁶⁷ Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Auto No. 27 del 26 de febrero de 2019

¹⁶⁸ Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Auto No. 29 del 01 de marzo de 2019. Avoca conocimiento Caso 007.

tener la posibilidad de hacer una comparación sobre el tratamiento que según el sistema podría tener una eventual sanción.

En tal caso, previo a realizar dicha comparación, es de gran relevancia realizar una serie de cuestionamientos sobre la forma en la que la “*balanza de la justicia*”¹⁶⁹, si hablamos en términos netamente retributivos, podría llegar a verse restablecida, teniendo en cuenta:., al hablar del tipo penal “*secuestro extorsivo*”¹⁷⁰, que se encuentra ubicado en el Título III del CP, el cual trata las conductas que atentan contra “*la libertad individual y otras garantías*”¹⁷¹; el delito de genocidio¹⁷² que sanciona conductas que afecten “*la vida y la integridad personal*”; el delito de reclutamiento ilícito¹⁷³, que protege a “*personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario*”.

De lo anterior es necesario cuestionar ¿cuáles serían los métodos mediante los cuales es posible proporcionar el daño causado con la sanción a asignar? Hablando desde un punto de vista netamente retributivo¹⁷⁴, en el primero de los ejemplos es posible utilizar un castigo, sin pensar en que puede ser casi talional, la respuesta al interrogante planteado sería lógicamente la posibilidad de que la sanción sea la privación de la libertad en establecimiento carcelario, en dónde la medida de la sanción se encuentra indicada en el tipo penal.

¹⁶⁹ Durán Migliardi, Mario. (2011). teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de immanuel kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual. Revista de filosofía, 67, 123-144. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-43602011000100009>

¹⁷⁰ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 169

¹⁷¹ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Título III

¹⁷² Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 101

¹⁷³ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 162

¹⁷⁴ Durán Migliardi, Mario. (2011). teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de immanuel kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual. Revista de filosofía, 67, 123-144. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-43602011000100009>

En todo caso, tanto para el segundo como para el tercer ejemplo, desde un punto de vista talional, no es posible plantear una sanción que compense el daño causado por conductas como el genocidio o el reclutamiento ilícito; estos bienes jurídicos protegidos responden, no solo a la protección a grupos que pueden ser objeto de violencia sistemática por la sola justificación de pertenecer al mismo, para el caso del genocidio; como la protección a los menores de edad en contextos de conflicto que otorga, tanto el derecho interno como el derecho internacional.

Entonces, sobre las retenciones ilegales y el bien jurídico libertad individual, es relevante mencionar que estas se llevaron a cabo en un contexto de conflicto armado¹⁷⁵, mediante el cual, quienes eran víctimas del mismo, lo eran, entre otras razones, por intereses políticos. Es posible decir que, la práctica conocida como “*pesca milagrosa*”¹⁷⁶ constituye una instrumentalización¹⁷⁷ de las personas que fueron secuestradas en este período de tiempo, y

¹⁷⁵ Pizarro, N. B. El significado de la pena en el marco de un proceso de paz. Citando a Pawlik, en: Byrd/Hruschka/Joerden (eds.), *Jahrbuch für Recht und Ethik*, tomo 19, 2011, p. 269; el mismo, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 99 ss., especialmente 104 s. Indica que: “(...) se entiende que la estabilidad del ordenamiento jurídico es una condición previa para el desarrollo de la libertad individual, esto es, de la “persona”. Esta estabilidad, o bien, este estado de “normalidad” puede ser creado por medio del vínculo jurídico. En un ordenamiento jurídico liberal este vínculo jurídico se produce a partir de la motivación de los destinatarios de las normas (...)” Pg. 467. En lo referente a las acciones que el Estado llevó a cabo ver: Fiscalía General de la Nación (2019) “*Fiscalía presenta el informe de las rentas criminales de las desmovilizadas Farc y el recuento histórico de la victimización a líderes sociales por parte de agentes del Estado*”. Recuperado de: fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscalia-presenta-el-informe-de-las-rentas-criminales-de-las-desmovilizadas-farc-y-el-recuento-historico-de-la-victimizacion-a-lideres-sociales-por-parte-de-agentes-del-estado/. En este informe, también se hace referencia a: “en los secuestros extorsivos, la Fiscalía logró establecer que, entre los años 1996 y 2012, el total de los pagos fue de tres billones seiscientos veinticinco mil seiscientos ocho millones doscientos noventa y siete mil doscientos cincuenta pesos (\$3.625.608.297.250), que equivalen a mil doscientos treinta y tres millones ochocientos noventa y ocho mil (US\$1.233.898.000) dólares (...)”

¹⁷⁶ Mauricio Rubio, 2003. “Del Rapto A La Pesca Milagrosa Breve Historia Del Secuestro En Colombia,” Documentos CEDE 002262, Universidad de los Andes - CEDE. Se indica que: “Se llama ‘pesca milagrosa’. Es la nueva modalidad del Eln y las Farc para realizar retenciones masivas como las ocurridas el pasado fin de semana con los retenes que instaló en la vía al Llano y la Troncal del Oriente, que comunica el interior del país con la Costa”. *El Tiempo*, Marzo 29 de 1998. Hasta ese año (1998) en el archivo electrónico de *El Tiempo*, disponible desde 1990, no aparece ningún caso relacionado con secuestro con la denominación de “pesca milagrosa”.

¹⁷⁷ Oviedo-Córdoba, M. & Quintero-Mejía, M. (2014). El secuestro: una fractura en la identidad narrativa. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 12 (1), pp. 339-353.

esto va mucho más allá del simple hecho de haber perdido la libertad, sino que también se convierten en moneda de “*canje o intercambio humanitario*”¹⁷⁸, como se llamó en su momento.

Con lo anterior, se quiere indicar que, el desarrollo de la conducta de retención ilegal, además de afectar el bien jurídico libertad individual, que por un lado generaba un daño psicológico en el secuestrado y una zozobra para las familias, quienes debían esperar a ver nuevas noticias de sus familiares¹⁷⁹, por otro lado, este grupo insurgente también tenía la oportunidad de apoderarse de territorio colombiano¹⁸⁰ y a su vez decidir el destino de las personas que habitaban en esos territorios¹⁸¹, era también un signo de debilidad del Estado.

Ahora bien, sobre el segundo ejemplo, aquel que gira en torno al genocidio, tal y como se mencionó en párrafos precedentes, existe una diferenciación teórica entre el concepto de genocidio propiamente tal, en contraposición con homicidios múltiples llevados a cabo en el marco del conflicto armado¹⁸².

¹⁷⁸ Oviedo-Córdoba, M. & Quintero-Mejía, M. (2014). El secuestro: una fractura en la identidad narrativa. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 12 (1), pp. 339-353. Citando a: Jara, A. (2010). *El mundo al revés. Más que sobrevivir al secuestro*. Bogotá, D. C.: Grupo Editorial Norma.

¹⁷⁹ Arbeláez Méndez, M. (2019) *El Tiempo*. Las familias de los secuestrados que no volvieron aún esperan respuestas. Extraído de: <https://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/que-piensan-familiares-de-secuestrados-que-no-volvieron-de-las-farc-y-la-jep-338094>. También en: *El Espectador*. Colombia en Transición (2019) “Ya son 89 víctimas acreditadas en el caso 001 de la JEP” Extraído de: <https://www.elespectador.com/colombia2020/justicia/jep/ya-son-89-victimas-acreditadas-en-el-caso-001-de-la-jep-articulo-857670>

¹⁸⁰ Human Rights Watch. (2020) “Los guerrilleros son la policía”. Extraído de: <https://www.hrw.org/es/report/2020/01/22/los-guerrilleros-son-la-policia/control-social-y-graves-abusos-por-parte-de-grupos>

¹⁸¹ Cadavid, E. (2010). *Historia de la Guerrilla en Colombia*. Recuperado el, 7. El autor explica que: “(...) *en donde consiguió niveles amplios de dominio, depredó sin piedad los recursos locales y regionales (...) los ingresos de la guerrilla, incluyeron el secuestro, que constituyó la cuarta parte de los mismos hasta mediados del 2002, y que fue la principal forma de acción predatoria de la insurgencia sobre la sociedad y la economía formal (...)*”.

¹⁸² Díaz, O. H. (2006). Aproximaciones al concepto de Genocidio en Colombia. *Diálogos de saberes*, (25), 315-334.

Lo que llama la atención de esta diferencia es que, en Colombia, es posible utilizar una figura que no es reconocida a nivel internacional llamada “*genocidio contra grupo político*”¹⁸³, en donde gracias a los asesinatos realizados a los miembros de la Unión Patriótica, la “(...) *Unidad para la Reparación de las Víctimas ha reconocido a la UP como sujeto colectivo de reparación (...)*”¹⁸⁴

Antecedente que no sólo afectó la confianza del grupo insurgente en el Gobierno Nacional, sino que puso en entredicho su capacidad para protegerlos como civiles que, en uso de sus derechos, deseaban participar políticamente como un grupo organizado.

Por otra parte, en lo que respecta al ejemplo del reclutamiento de niños y niñas en el marco del conflicto. Esta es una conducta que involucra en sí misma una serie de violencias en contra de la integridad física y psicológica de sujetos de especial protección por parte del Estado¹⁸⁵

Para este último ejemplo es importante realizar el cuestionamiento sobre la forma en la que posiblemente podría sancionarse a quienes reclutaban a estos menores para la causa revolucionaria. Cuando se tiene una agresión a un determinado bien jurídico que al interior del sujeto genera diversos efectos, la medida de la sanción, para lograr reconstruir el tejido social dañado, debe estar abierta a diversificarse para solucionar el conflicto.

¹⁸³ Díaz, O. H. (2006). Aproximaciones al concepto de Genocidio en Colombia. *Diálogos de saberes*, (25), 315-334.

¹⁸⁴ Jurisdicción Especial para la Paz. (2019). “JEP abre caso 06: Victimización de miembros de la Unión Patriótica”. Extraído de: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/JEP-abre-el-caso-06---Victimizacion-de-miembros--de-la-Union-Patriotica-.aspx>

¹⁸⁵ Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Auto No. 29 del 01 de marzo de 2019. Avoca conocimiento Caso 007

Es por esto que la posibilidad de optar por una pena basada en la retribución pura¹⁸⁶, puede no ser viable, y de igual forma un modelo punitivo incapacitador¹⁸⁷, que prive del derecho a la libertad del exguerrillero, puede quedarse en la historia, no como una solución, sino como una respuesta incompleta.

Esto es lo que permite entender la necesidad y la existencia del Acuerdo de Paz. Tal y cómo se mencionó previamente, la creación de un acuerdo político que permita la flexibilización del sistema penal, a su vez, permite el desarrollo de métodos complejos, pero más completos, para enfrentar décadas de violencia y de la violación sistemática de DD. HH a la población civil no combatiente¹⁸⁸.

3. Fin de la sanción, análisis comparativo desde ambos sistemas

Luego de hacer una breve mención sobre las complejidades que se deben tener en cuenta al momento de asignar una sanción a crímenes cometidos en tiempos de conflicto armado, actos que no son objeto de ninguna amnistía y que haciendo uso de la metodología de priorización de conductas graves deben ser investigados por el Estado, es momento de realizar una comparación sobre los fines de la pena y modelos punitivos aplicado a los ejemplos específicos abordados en los párrafos precedentes.

Para el caso del ejemplo que gira en torno a las desapariciones forzadas, el mismo ha sido tratado mediante el macrocaso 001, y en él se han llevado a cabo versiones libres, que pueden

¹⁸⁶ Sin tener en cuenta el hecho de que, según la teoría de Kant, es necesario que la sanción impuesta no responda a fines utilitaristas y que es necesario que el sistema penal respete la dignidad humana que al criminal también le pertenece.

¹⁸⁷ Cid Moliné, J. (2009), *La elección del castigo*, Barcelona, Bosch, pp.33-34

¹⁸⁸ Goldman, R. K. (2000). Derecho internacional humanitario y actores no gubernamentales. pensamiento jurídico, (13).

ser colectivas o individuales¹⁸⁹, ante la sala de reconocimiento de la JEP en donde se deberá reconocer responsabilidad sobre los hechos objeto de estudio para tener la posibilidad de acceder a los beneficios consagrados en el acuerdo y mencionados en el segundo capítulo de esta monografía.

De lo contrario, será menester de la JEP, iniciar un proceso contencioso mediante el cual, las partes debatirán las situaciones específicas de cada caso en la Unidad de Investigación y Acusación, la cual, se encarga de llevar a cabo las investigaciones a las que hubiere lugar para quienes no reconozcan la verdad¹⁹⁰.

Desde el punto de vista del sistema penal ordinario¹⁹¹ es territorio conocido, en el sentido en el que, al ser el sistema vigente en Colombia, es posible identificar tanto la conducta punible descrita por la norma penal, como la sanción que a ella corresponde, por lo tanto, se encuentra consagrada en el CP como “*secuestro extorsivo*”, cuya sanción indica que: “(...) *incurrirá en prisión de trescientos veinte (320) a quinientos cuatro (504) meses y multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666.66) a seis mil (6.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...)*”¹⁹², esto quiere decir, que desde el punto de vista del sistema ordinario, a quien fuese condenado en estas condiciones, le corresponde una pena privativa de la libertad de, máximo 42 años, esto sin tener en cuenta la cuantía de la multa.

Para el “*genocidio*”, la sanción sería: “(...) *incurrirá en prisión de cuatrocientos ochenta meses (480) a seiscientos meses (600); en multa de dos mil seiscientos sesenta y seis mil punto sesenta y seis (2.666,66) a quince mil (15.000) salarios mínimos mensuales legales*

¹⁸⁹ Caracol Radio (2019) “*Las preguntas que formuló la JEP a las ex farc sobre el caso de secuestro*”. Extraído de: https://caracol.com.co/radio/2019/09/26/judicial/1569509297_743710.html

¹⁹⁰ Acto Legislativo 01 del 2017. Artículo Transitorio 7°.

¹⁹¹ Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000; Código de Procedimiento Penal. Ley 906 del 2004

¹⁹² Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000. Artículo 169

vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses (...)", esto sin tener en cuenta los agravantes a los que hubiera lugar, la sanción sería de 50 años.

Y finalmente para el reclutamiento de menores la sanción es la siguiente: "(...) incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...)", es decir, una sanción de 15 años.

Así las cosas, será posible indicar que la lógica que opera en este panorama, en donde se aplicaría el CPP, se llevaría a cabo como cualquier otro proceso penal en donde, a pesar de que la sanción sea cuantitativamente mayor, también aplicaría para estos casos todas las falencias¹⁹³ con las que cuenta el sistema.

Es entonces en donde, a pesar de que el sistema ordinario, ofrece un grado de flexibilización al permitir modelos punitivos como el proporcionalista¹⁹⁴, rehabilitador¹⁹⁵, restaurador/reparador¹⁹⁶ e incapacitador¹⁹⁷, mediante los cuales existe la posibilidad de que el juez asigne sanciones diferentes a las privativas de la libertad, podríamos decir que los

¹⁹³ Aristizabal, D. M. B., Jaramillo, A. G., Gallego, M. M., & Vargas, V. H. O. (2017). Diagnóstico del sistema penal acusatorio en Colombia. *Acta sociológica*, 72, 71-94.

¹⁹⁴ Matus, J. P. (1997). Penas privativas de derechos. Cid, J./Larrauri, E.: Penas alternativas a la prisión, Barcelona: Bosch, 119-141.

¹⁹⁵ Varona Gómez, Daniel (2013). "*La Lógica del sistema punitivo: Modelos punitivos*". Universitat Oberta de Catalunya. Recuperado de: http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/75430/2/Penolog%C3%ADa_M%C3%B3dulo%203_La%20l%C3%B3gica%20del%20sistema%20punitivo%3B%20modelos%20punitivos.pdf

¹⁹⁶ Patiño Mariaca, D. M., & Ruiz Gutiérrez, A. M. (2015). La justicia restaurativa: un modelo comunitarista de resolución de conflictos. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 45(122), 213-255. También en: Varona G. Daniel. "*La lógica del sistema punitivo: modelos punitivos*". Extraído de: http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/75430/2/Penolog%C3%ADa_M%C3%B3dulo%203_La%20l%C3%B3gica%20del%20sistema%20punitivo%3B%20modelos%20punitivos.pdf

¹⁹⁷ Cid Moliné, J. (2009), *La elección del castigo*, Barcelona, Bosch, pp.33-34

finés de las penas estudiados en el capítulo I, desviarían un poco la atención del restablecimiento de los derechos de las víctimas al concentrarse en el guerrillero.

Esto es así debido a que la gravedad de los crímenes cometidos es de un nivel que excede al proceso penal ordinario. Una de las falencias que impide la aplicación de estas fórmulas alternativas es la de la situación de las cárceles en Colombia, situación que ha sido estudiada por la Corte Constitucional y esta última ha indicado en reiteradas decisiones¹⁹⁸, que la situación de las cárceles puede llegar a afectar la dignidad humana de los excombatientes, lo cual podría ser tomado como una agresión en sí misma al no respetar al otro como ser humano y así lograr agudizar el conflicto.

Otro de los problemas, relevantes para el tema de esta monografía, se encuentra en la cultura punitivista¹⁹⁹, mediante la cual, no ha sido posible la aplicación exitosa de los mecanismos alternativos que tienden a buscar sanciones diferentes a las privativas de la libertad en establecimiento carcelario, las cuales fueron expuestas en el capítulo I, a pesar de encontrarse formalmente integradas en las normas penales del sistema ordinario²⁰⁰; es así como el sistema ordinario, en el afán de lograr ante la sociedad castigos que podrían ser interpretados como ejemplificantes, puede no ser consciente de la oportunidad que, por ejemplo, la justicia restaurativa y el intento por la rehabilitación del excombatiente, puede significar para el

¹⁹⁸ Aristizabal, D. M. B., Jaramillo, A. G., Gallego, M. M., & Vargas, V. H. O. (2017). Diagnóstico del sistema penal acusatorio en Colombia. *Acta sociológica*, 72, 71-94. Indicando que: “aun cuando las prisiones colombianas han estado sobrepobladas desde su origen, en 1998 la Corte Constitucional expresó en una de sus decisiones, que la situación de vulneración de derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en Colombia era masiva, diagnóstico que luego sostuvo en otra sentencia en el año de 2013 y de modo más reciente en una de 2015” Citando a la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388 del 28 de junio de 2013. MP. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 762 del 16 de diciembre de 2015. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado

¹⁹⁹ Aristizabal, D. M. B., Jaramillo, A. G., Gallego, M. M., & Vargas, V. H. O. (2017). Diagnóstico del sistema penal acusatorio en Colombia. *Acta sociológica*, 72, 71-94

²⁰⁰ Aristizabal, D. M. B., Jaramillo, A. G., Gallego, M. M., & Vargas, V. H. O. (2017). Diagnóstico del sistema penal acusatorio en Colombia. *Acta sociológica*, 72, 71-94

restablecimiento de los derechos de las víctimas del conflicto, mientras que si se escoge la opción de la privación de la libertad, sin verdad y participación de las víctimas, el tejido social no podría llegar a ser restablecido²⁰¹.

Ante un predicamento que se basa en fallas estructurales del sistema existente, es posible entender y justificar la existencia de un tribunal independiente, que podríamos decir que toma únicamente los supuestos positivos que ya existen en la ley colombiana y abre la puerta a una flexibilidad que permite que el Estado cuide de los derechos de las víctimas y a su vez permita la resocialización de los excombatientes.

Como fue posible explicar en el capítulo II, la JTr aplicada mediante “*perdones responsabilizantes*”²⁰², a pesar de la sustanciosa diferencia en términos de cuantía de las sanciones privativas de la libertad, en dónde, para la JEP, quien acudiendo a ella no aporte plena verdad o acepte plena responsabilidad, puede llegar a tener de 5 a 8 años de una sanción privativa de la libertad, lo cierto es que, para las víctimas, tiene una mayor importancia saber qué pasó con sus familiares desaparecidos²⁰³.

El proceso que propone la JEP y su autonomía, permiten el uso simultáneo de los modelos punitivos estudiados en el capítulo I. Esto es, porque permite por un lado: que quienes se acojan a los beneficios ofrecidos, tienen la posibilidad de que su sanción consista en una

²⁰¹ Castro, M. C. (2001) Del ideal y el goce: lógicas de la subjetividad en la vía guerrillera y avatares en el paso a la vida civil. Psicología Social. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. ISBN 9588063086

²⁰² Saffon, M. P., & Uprimny, R. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. *Justicia Transicional sin Transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, 132. Cuadro 1 “*Procesos transicionales según el contenido de la fórmula de transición adoptada*”. Pg. 23

²⁰³ Sobre el particular es posible realizar una apreciación, no desde el punto de vista jurídico, sino desde el punto de vista psicológico, es decir, el proceso que cada una de las víctimas sigue para abarcar el proceso de duelo y la posibilidad de llevar a cabo los ritos que permitan que los desaparecidos descansen “en paz”. Parfraseando a Zorio Labrador, S. M. (2013). El dolor por un muerto-vivo una lectura freudiana del duelo en la desaparición forzada. Escuela de Estudios en Psicoanálisis y Cultura.

restricción de otros derechos²⁰⁴, esto como aplicación de un modelo restaurador/reparador, siempre y cuando cumplan con su obligación de rendir cuentas ante la JEP, contando a las víctimas la verdad; una vez que terminen de acudir a estas audiencias colectivas para rendir versión libre, será posible iniciar el proceso de reintegro a la sociedad, proceso en el que se realiza la verdadera transición de los excombatientes a la legalidad²⁰⁵.

Por otro lado, tanto para el caso de las sanciones alternativas como ordinarias, se puede observar una manifestación del modelo incapacitador, en la medida en que estas se encuentran justificadas “(...) en el régimen de condicionalidad de acceso al componente de justicia (...)”²⁰⁶.

Asimismo, es posible observar la materialización del modelo proporcionalista en la medida en que las sanciones impuestas a los excombatientes serán menores, toda vez que estos se encuentren dispuestos a garantizarles a las víctimas, respuestas sobre estas conductas cometidas en el marco del conflicto y así mismo, al hacer la transición a la legalidad, tener la posibilidad de garantizar la no repetición.

En resumen, sobre los fines de las penas, después del estudio realizado en el capítulo II y entender la relevancia de la JRe en los procesos de transición, es posible afirmar que las sanciones propias de la JEP²⁰⁷, le van a permitir a los jueces del caso crear diversas formas

²⁰⁴ Esto en concordancia con el artículo 217 de la Ley 1957 de 2019, revisada por la Sentencia C-018 del 15 de agosto de 2018. MP. Antonio José Lizarazo Ocampo: “(...) tendrán una efectiva restricción de derechos, esto es, no podrán movilizarse libremente y deberán desarrollar un proyecto restaurativo autorizado por la JEP, después de haber permitido la participación activa de las víctimas (...)”

²⁰⁵ Forero Rueda, S. (2019). “Los tres productos más taquilleros de los excombatientes de las Farc”. Extraído de: <https://www.elespectador.com/colombia2020/pais/los-tres-productos-mas-taquilleros-de-los-excombatientes-de-las-farc-articulo-857922>

²⁰⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-018 del 15 de agosto de 2018. MP. Antonio José Lizarazo Ocampo

²⁰⁷ Acuerdo de Paz 5. 1. 2. #60 inc. 2, 3 y 4

de construcción de memoria y de otorgar justicia a las víctimas del conflicto, sin olvidar que la función retributiva²⁰⁸ de la pena sigue presente para las sanciones alternativas y que adicionalmente, la JEP, no sustituye por completo la posibilidad de que el sistema ordinario castigue a quienes pertenezcan a las disidencias, porque así como la JTr cuenta con “*incentivos atractivos*”²⁰⁹, también proscribe cualquier comportamiento que tenga la virtualidad de poner en peligro el acuerdo por parte de los excombatientes.

²⁰⁸ Acuerdo de Paz 5. 1. 2 #60 inc. 5

²⁰⁹ Ruti G., T., & Cleves, t. d. (2017). *Justicia Transicional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

CONCLUSIONES

Ahora bien, gracias al desarrollo de las ideas principales de esta monografía, las cuales se concretan en que tanto el sistema penal ordinario, como el sistema de justicia transicional usado por la JEP, a pesar de ser presentados como sistemas paralelos, excluyentes entre sí, tienen de hecho la virtualidad de complementarse el uno con el otro; y que las falencias con las que cuenta el sistema penal ordinario para hacerle frente a los crímenes cometidos durante el conflicto con las FARC-EP pueden ser subsanadas con la existencia del tribunal especializado.

De lo anterior, es posible concluir que el sistema penal ordinario consagra una variedad de situaciones que permiten abordar la criminalidad desde diferentes puntos de vista, debido a que el artículo 3 y 4 del Código Penal Colombiano, abre la puerta para que el juez tome una determinación dependiendo de los ingredientes del caso concreto.

Asimismo, se hace necesario resaltar el hecho de que, si bien es cierto que las sanciones asignadas por el código penal a las conductas delictivas pueden ser mucho mayores a conductas atroces cometidas en el conflicto armado, estas pueden no ser una opción cuando lo que se desea es solucionar un conflicto de forma integral, es decir, teniendo en cuenta aquellos factores que dieron lugar a dichas conductas delictivas y reconstruir entre los actores del conflicto, lo ocurrido durante esta lamentable época.

Otro de los puntos interesantes analizados durante este escrito fue el de observar cómo nuestras normas penales ordinarias, tanto sustanciales, como procesales, cuentan con reglas básicas o principios que debe tener en cuenta el juez del caso como las de la proporcionalidad entre el daño causado y la medida de la sanción. Situación que, a pesar de ser legítima, puede

ser de difícil aplicación teniendo en cuenta la cultura punitivista de la que se habló en párrafos precedentes.

Por lo mismo es que, desde la expedición del CPP, las penas en el sistema colombiano también tienen la virtualidad de buscar un acercamiento entre víctima y victimario, haciendo uso de los lineamientos de la justicia restaurativa, mediante el reconocimiento de indemnizaciones o acciones encaminadas a resarcir el daño causado a la víctima. Así es cómo el sistema penal colombiano ordinario trata de hacer uso de los diferentes modelos punitivos, para así lograr que, en cada caso concreto, la sanción se adecúe al castigo que le permita al criminal reintegrarse a la sociedad y a su vez dar a la víctima la sensación de que se han restablecido sus derechos y de que el criminal no podrá agredir bienes jurídicos ajenos.

Ahora bien, se logró estudiar cómo desde el análisis conceptual de las características de la justicia transicional, es posible indicar *a priori* que este puede encontrarse en desventaja frente a las sanciones impuestas por el sistema penal ordinario²¹⁰; por esta razón es que las investigaciones doctrinales al respecto han coincidido en que la misma se encuentra diseñada para enfrentar situaciones de anormalidad, como lo son los crímenes cometidos en contextos de un conflicto armado interno.

Incluso, la historia nos ha demostrado que el hecho de que un grupo guerrillero permanezca en una lucha prolongada contra el Estado, únicamente logra que este evolucione sus tácticas de combate, tal y como estadísticamente observó la Fiscalía General de la Nación sobre la variación en las tasas de secuestro. Gracias a que este es un conflicto político, salvo que exista

²¹⁰ Caldas, L. (2016) Aproximación a los problemas fundamentales de la justicia transicional. Especial énfasis en las sanciones imponibles en el marco de la jurisdicción especial para la paz, XXXVII, Derecho Penal Y Criminología, 102, 105-120, 111

una parte que logre vencer a la otra, es necesario que se lleven a cabo acuerdos políticos que logren dirimir el conflicto.

Por lo tanto, desde enfoque se puede entender que ésta se encuentra diseñada para afrontar situaciones complejas, que implican problemáticas no sólo a nivel de los casos concretos de quienes han sido víctimas del conflicto, sino que otorga oportunidades de generar cambios a nivel estructural.

Estos cambios a nivel estructural pueden verse reflejados en la posibilidad que este proceso de paz del Gobierno Colombiano con la guerrilla FARC-EP permitiera la creación de un tribunal especializado, permite una autonomía más que necesaria para abordar este tipo especial de criminalidad, con plena conciencia sobre las falencias del sistema ordinario.

Es así como se hace posible garantizar la correcta atención, tal y como se observó en el análisis del caso 001, en donde familias que llevan décadas en busca de noticias sobre sus familiares desaparecidos, y que, a pesar de los esfuerzos del sistema ordinario, sólo hasta la creación del tribunal especializado fue posible iniciar la construcción de lo ocurrido y tomar determinaciones al respecto.

Haciendo uso de las políticas desarrolladas por la justicia transicional es posible respetar a toda costa la dignidad, tanto de las víctimas, quienes lograrán entender la verdad de lo ocurrido durante décadas de conflicto, como de aquellos excombatientes que se acojan al tribunal especializado y aporten verdad, quienes tendrán la posibilidad de reintegrarse a la sociedad, participar en proyectos productivos que faciliten su transición a la legalidad.

Parte de los acuerdos de paz firmados en el año 2016, en donde se crea una jurisdicción especial que se encarga no sólo de esclarecer la verdad sobre esta época de conflicto, también

se asigna la posibilidad de imponer sanciones simbólicas, a las que el Estado colombiano accede en pro de conseguir y garantizar un conocimiento de lo ocurrido a futuras generaciones, para que estas puedan lograr que se materialice el fin último de estos procesos y este es el de la no repetición.

Aquella metodología que tiene como paradigma fundamental abordar este tipo de criminalidad desde el logro de la construcción de verdad histórica y de acercamiento entre las partes, permite una visión más amplia del panorama y de las dinámicas que deben cambiar para solucionar los problemas estructurales que llevaron al país al conflicto en primer lugar.

Finalmente, tal y como se ha venido advirtiendo, cuando se habla de problemas estructurales, cabe anotar que este momento de coyuntura permite reevaluar la actividad de las instituciones e indica al Gobierno Central la importancia de reforzarlas en todo el territorio para evitar la repetición de violaciones sistemáticas de derechos humanos sin una presencia estatal que de seguridad a la ciudadanía de la vigencia del ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, desde un punto de vista objetivo, la pena privativa de la libertad, tanto en el sistema penal ordinario, como en contextos de JTr, no es la única solución a la criminalidad. Más aún, se recalca la importancia de que, en el caso objeto de estudio de esta monografía, se prefiera el uso de los mecanismos propuestos por el Acuerdo como una oportunidad para dismantelar a una de las guerrillas más antiguas de Latinoamérica y de construir espacios de diálogo, y aun cuando puede no ser un procedimiento expedito, es la estrategia que tiene una mayor posibilidad de restaurar el tejido social del país.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos de revista

- Alarcón Arias, P., Escobar Beltrán, S. A., Forero Ramírez, J. C., Franco-Osorio, A. G., Huérfano-Rueda, L. A., Isaza-González, N., . . . Otálora Lozano, G. (2017). Justicia Transicional en Colombia: Un nuevo camino hacia la paz. Bogotá (Colombia): Universidad del Rosario; Tirant lo Blanch.
- Amado, J. A. G. (2008). Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites. *Documentación Administrativa*, (280-281).
- Aristizabal, D. M. B., Jaramillo, A. G., Gallego, M. M., & Vargas, V. H. O. (2017). Diagnóstico del sistema penal acusatorio en Colombia. *Acta sociológica*, 72, 71-94.
- Beccaria, C. (2010). De los Delitos y las Penas. Bogotá (Colombia): Editorial Temis S. A.
- Botero, L. F. C. (2016). Aproximación a los problemas fundamentales de la justicia transicional. Especial énfasis en las sanciones imponibles en el marco de la jurisdicción especial para la paz. *Derecho Penal y Criminología*, 37, 105.
- Bustamante Rúa, M. M., Pabón Giraldo, L. D., & Toro Garzón, L. O. (2017). La Justicia en Transición en Colombia: breve estudio desde la dimensión procesal. En J. A. Amaya, L. O. Toro Garzón, S. García Ramírez, L. D. Pabón Giraldo, & M. M. Bustamante Rúa, *Justicia Transicional* (págs. 107-148). Medellín (Colombia): Universidad de Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Cadavid, E. (2010). Historia de la Guerrilla en Colombia. *Recuperado el*, 7.
- Caldas, L. (2016) *Aproximación a los problemas fundamentales de la justicia transicional. Especial énfasis en las sanciones imponibles en el marco de la jurisdicción especial para la paz*, XXXVII, *Derecho Penal Y Criminología*, 102, 105-120, 111
- Carnevali Rodríguez, R. (2008). Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. *Ius et praxis*, 14(1), 13-48.
- Castro, M. C. (2001) *Del ideal y el goce: lógicas de la subjetividad en la vía guerrillera y avatares en el paso a la vida civil*. *Psicología Social*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. ISBN 9588063086
- Cid Moliné, J. (2009), *La elección del castigo*, Barcelona, Bosch, pp.33-34
- Cote-Barco, G. E. (2007). La necesidad de la pena-reflexiones a partir de los artículos 3º y 4º del Código Penal colombiano. *Vniversitas*, (114), 191-225.
- Díaz, O. H. (2006). Aproximaciones al concepto de Genocidio en Colombia. *Diálogos de saberes*, (25), 315-334.

- Durán Migliardi, M. (2011). teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de immanuel kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual. *Revista de filosofía*, 67, 123-144. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-43602011000100009>
- Espí, J. G. B., Gonsálvez, T. L., Fuentes, P. O., & Calabuig, C. G. (2015). Lógicas, contenidos y límites del modelo rehabilitador. *Crítica Penal y Poder*, (9).
- Ferrajoli, L. (2013). *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Hamurabi.
- Feuerbach, P.J.A.R. (1989) *Tratado de derecho penal*. Décimo séptima edición. Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer (trads.). Buenos Aires: Hamurabi, 11 s.
- Fiscalía General de la Nación (2019) “*Fiscalía presenta el informe de las rentas criminales de las desmovilizadas Farc y el recuento histórico de la victimización a líderes sociales por parte de agentes del Estado*”. Recuperado de: fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscalia-presenta-el-informe-de-las-rentas-criminales-de-las-desmovilizadas-farc-y-el-recuento-historico-de-la-victimizacion-a-lideres-sociales-por-parte-de-agentes-del-estado/.
- Freud, S. (1972) “Tótem y tabú”. Alianza Editorial (El libro de bolsillo)
- Forero Rueda, S. (2019). “Los tres productos más taquilleros de los excombatientes de las Farc”. Extraído de: <https://www.elespectador.com/colombia2020/pais/los-tres-productos-mas-taquilleros-de-los-excombatientes-de-las-farc-articulo-857922>
- Gierhake, K. *Pena y amnistía en tiempos de fragilidad estatal*.
- Goldman, R. K. (2000). *Derecho internacional humanitario y actores no gubernamentales*. *pensamiento jurídico*, (13).
- Guevara Requena, J. (2016). *La Pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad*.
- Gutiérrez Salazar, M. L. (2015) “Justicia Pos-Transicional en Guatemala: el rol de los jueces en la protección de derechos humanos”. *Revista de Ciencia Política*. Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 35. n.º 2, 2015b.
- Hegel, G. W. F. (1821) “*Líneas fundamentales de la filosofía del derecho*”
- Hernández Jiménez, N. (2018). *Derecho penal de la cárcel: Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Siglo del Hombre Editores.

- Human Rights Watch. (2020) “Los guerrilleros son la policía”. Extraído de: <https://www.hrw.org/es/report/2020/01/22/los-guerrilleros-son-la-policia/control-social-y-graves-abusos-por-parte-de-grupos>
- Jakobs G. (1997) Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª Ed. Corregida. Trad. De Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons Editores, Madrid. Pág. 8.
- Jakobs, Günther (2000), "Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional". Bases para una teoría funcional del Derecho penal. Trad. Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijóo Sánchez; Enrique Peñaranda Ramos; Marcelo A. Sancinetti; Carlos J. Suárez González. Presentación Dino Carlos Caro Coria. Lima: Palestra Editores, pp. 19 y ss.
- Jara, A. (2010). El mundo al revés. Más que sobrevivir al secuestro. Bogotá, D. C.: Grupo Editorial Norma.
- Kant, I. “La metafísica de las costumbres” (1798)
- Kaufmann, Armin. Política criminal y reforma penal. Bogotá: Temis, p. 127
- López Pérez, L. (2007). El Planteamiento Funcionalista- Sistémico De La Prevención General Positiva. Revista Vox Juris, (15), 311–321. Retrieved from <https://search-ebshost-com.ezproxy.javeriana.edu.co/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=31613474&lang=es&site=ehost-live>
- Matus, J. P. (1997). Penas privativas de derechos. Cid, J./Larrauri, E.: Penas alternativas a la prisión, Barcelona: Bosch, 119-141.
- Rubio, M. (2003). "Del Rapto A La Pesca Milagrosa Breve Historia Del Secuestro En Colombia," Documentos CEDE 002262, Universidad de los Andes - CEDE.
- MEINI, I. (2013). La pena: función y presupuestos. Derecho PUCP, (72), 141–167. Retrieved from <https://search-ebshost-com.ezproxy.javeriana.edu.co/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=102920245&lang=es&site=ehost-live>
- Mesa Velásquez, L. E. (1962) “Lecciones de Derecho Penal: Parte General”. Editorial Universidad de Antioquia

- Migliardi, M. D. (2011). Teorías Absolutas De La Pena: Origen Y Fundamentos. *Revista de Filosofía* (00348236), 67, 123–144. Retrieved from <https://search-ebshost-com.ezproxy.javeriana.edu.co/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=67372494&lang=es&site=ehost-live>
- Mir Puig, S. (1991). Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del " Ius puniendi"
- Morselli, E. (1995). Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 48(1), 265-274.
- Murillo, A (2018) *Justicia transicional y fines de la pena en el contexto colombiano*, en *Contribuciones al derecho contemporáneo*, Tomo I, Derechos Humanos y Justicia Transicional, Diego Tarapués y Adolfo Murillo (coordinadores), DIKE y Universidad Santiago de Cali, Bogotá, 149-174, 156-167
- OLASOLO, H. (2016). Los Fines Del Derecho Internacional Penal. *International Law*, 14(29), 93–146. <https://doi-org.ezproxy.javeriana.edu.co/10.11144/Javeriana.il14-29.f dip>.
- Oviedo-Córdoba, M. & Quintero-Mejía, M. (2014). El secuestro: una fractura en la identidad narrativa. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 12 (1), pp. 339-353.
- Pabón Giraldo, L. D., Bustamante Rúa, M. M., & Toro Garzón, L. O. (2017). La legitimidad de la justicia transicional en Colombia: una mirada procesal desde el derecho internacional. En J. A. Amaya, L. O. Toro Garzón, S. García Ramírez, L. D. Pabón Giraldo, & M. M. Bustamante Rúa, *Justicia Transicional* (págs. 149-182). Medellín (Colombia): Universidad de Medellín: Sello editorial de la Universidad de Medellín.
- Patiño Mariaca, D. M., & Ruiz Gutiérrez, A. M. (2015). La justicia restaurativa: un modelo comunitarista de resolución de conflictos. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 45(122), 213-255.
- Payam Akhavan, *Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?*, 95 *American Journal of International Law*, 7-31 (2001).
- Pizarro, N. B. (2017) El significado de la pena en el marco de un proceso de paz.
- Puig, S. M. (1986). Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 39(1), 49-58.
- Reyes A., Y. (2017) *Víctimas, fin y necesidad de la pena en el Derecho penal y en la llamada justicia transicional*, en *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Alicia Gil y Elena Maculan (coordinadoras), Dykinson, Madrid, 187-205, 189-197

- Reyes A. Y. (2018). “¿Es injusta la justicia transicional?”. Editorial: Universidad Externado de Colombia
- Rincón, T., & Covelli, T. R. (2010). Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional. Universidad del Rosario.
- Roxin, C., de la traducción y notas, Luzón Peña, D.-M., Díaz y García Conlledo, M., & Remesal, J. (1997). DERECHO PENAL Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid (España): Editorial Civitas, S. A.
- Ruti G., T., & Cleves, t. d. (2017). Justicia Transicional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sánchez Herrera, E. M. (s.f.). La dogmática de la teoría del delito. Evolución científica del sistema del delito. Bogotá: Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Skaar, E. (2011) Judicial Independence and Human Rights in Latin America: Violations, Politics, and Prosecution. New York: Palgrave Macmillan
- Tawse-Smith, D. (2008). Conflicto armado colombiano. Desafíos, 19, 269-299
- Varona Gómez, D. (s.f). “La Lógica del sistema punitivo: Modelos punitivos”
Extraído de:
http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/75430/2/Penolog%C3%ADa_M%C3%B3dulo%203_La%20l%C3%B3gica%20del%20sistema%20punitivo%3B%20modelos%20punitivos.pdf
- V. Liszt, F. La idea del fin en el derecho penal. Carlos Pérez del Valle (trad.). Granada: Comares, p. 83 y ss.
- Dueñas, L. C. V. (2018). Modelo de justicia transicional: el caso colombiano. En Retos en la implementación de los acuerdos de paz en Colombia (pp. 111-130). Tirant lo Blanch.
- Velásquez V., F. (2009). El Derecho Penal Subjetivo y sus Límites. En F. Velásquez V., Derecho Penal Parte General (págs. 45-172). Bogotá (Colombia): Librería Jurídica COMLIBROS.
- Welzel, H. Derecho Penal Alemán: Parte General. Décimo segunda edición. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez (trads.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p
- Zorio Labrador, S. M. (2013). El dolor por un muerto-vivo una lectura freudiana del duelo en la desaparición forzada. Escuela de Estudios en Psicoanálisis y Cultura.

Artículos de Prensa

- Arbeláez Méndez, M. (2019) El Tiempo. Las familias de los secuestrados que no volvieron aún esperan respuestas. Extraído de: <https://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/que-piensan-familiares-de-secuestrados-que-no-volvieron-de-las-farc-y-la-jep-338094>
- Caracol Radio (2019) “*Las preguntas que formuló la JEP a las ex farc sobre el caso de secuestro*”. Extraído de: https://caracol.com.co/radio/2019/09/26/judicial/1569509297_743710.html
- El Espectador. Colombia en Transición (2019) “*Ya son 89 víctimas acreditadas en el caso 001 de la JEP*” Extraído de: <https://www.elespectador.com/colombia2020/justicia/jep/ya-son-89-victimas-acreditadas-en-el-caso-001-de-la-jep-articulo-857670>
- Jurisdicción Especial Para la Paz. “*La JEP invita a las víctimas de secuestro de las Farc-EP a acreditarse en el caso 001*”. Extraído de: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/jep-invita-a-las-victimas-de-secuestro-de-las-farc-ep-a-acreditarse-en-el-caso-01.aspx>
- Periódico El Colombiano. (2019) “*Víctimas reciben versiones de Farc en caso de secuestro ante la JEP*”. Recuperado de: <https://www.elcolombiano.com/colombia/paz-y-derechos-humanos/victimas-reciben-versiones-de-farc-en-caso-de-secuestro-ante-la-jep-LE12162584>

Leyes

- Constitución Política de Colombia de 1991
- Acto Legislativo 01 de 2012
- Ley 1820 de 2016
- Acto Legislativo 01 de 2017
- Ley 1922 de 2018
- Ley 1957 de 2019
- Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera
- Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000
- Código de Procedimiento Penal Colombiano. Ley 600 del 2000
- Código de Procedimiento Penal Colombiano. Ley 906 de 2004

Jurisprudencia

- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-261 de 1996. MP. Alejandro Martínez Caballero Num 7
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1404 del 19 de octubre del 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis, citando a la sentencia C-592 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-806 del 3 de octubre de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C- 979 del 26 de septiembre del 2005. M.P Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1195 del 22 de noviembre del 2005. M.P Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-425 del 30 de abril del 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Citando Sentencia C-647de 2001
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 35946 del 13 de abril de 2011 M. P. María del Rosario González
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-579 de 2014 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub 6.1.1
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de abril de 2014 N° SP5420-2014. Rad. 41350
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-328 del 22 de junio de 2016. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-265 del 28 de abril de 2017. MP. Alberto Rojas Ríos
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674 del 14 de noviembre de 2017. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388 del 28 de junio de 2013. MP. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 762 del 16 de diciembre de 2015. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-018 del 15 de agosto de 2018. MP. Antonio José Lizarazo Ocampo
- Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Auto 02 del 17 de enero de 2019
- Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Auto No. 27 del 26 de febrero de 2019. Avoca conocimiento Caso 006
- Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Auto No. 29 del 01 de marzo de 2019. Avoca conocimiento Caso 007.