

**RETRIBUCIÓN JUSTA EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ**



**RICARDO VELA CERQUERA**

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de  
**Magíster en Derecho Procesal Penal**

Director  
**IVÁN DARIO VALDERRAMA ROMERO**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL  
BOGOTÁ D.C., Septiembre de 2020**

## Resumen

El modelo de justicia transicional se retomó en la Ley 975 de 2005 mediante la cual se buscó afianzar los procesos de paz y la reincorporación individual y colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados, particularmente de los paramilitares. Esta norma se orienta al diseño de un modelo negocial o transaccional que se fundamentó en un sistema retributivo para quienes se acogieran los presupuestos normativos de dicha ley.

Entonces, la retribución vista como un modelo de justicia de distribución de la imposición individual de la pena inserta una propuesta muy generosa para las condenas cometidas por los destinatarios.

Este nuevo modelo por supuesto implicó aciertos y desaciertos para los detractores puede afirmarse que se desconocieron factores legales frente a la pena, llevando a omisiones que debilitaron el aparato normativo. Aspecto que resulto muy nocivo para las víctimas que vivieron las falencias del modelo, en cuanto a reparación se refiere; por el contrario, para los beneficiarios sirvió como herramienta para incluir un nuevo modelo de justicia premial que daría lugar a su mutación y permanencia en el tiempo.

**Palabras clave:** Justicia Transicional, Ley de Justicia y Paz, pena, finalidad de la pena, víctimas, victimarios, reparación, retribución.

### ABSTRAC

The transitional justice model was taken up again in Law 975 of 2005, which sought to strengthen the peace processes and the individual and collective reincorporation into civil life of members of armed groups, particularly the paramilitaries. This norm is aimed at the design of a business or transactional model that was based on a remuneration system for those who accepted the normative budgets of said law.

Then, the retribution seen as a model of justice of distribution of the individual imposition of the sentence inserts a very generous proposal for the sentences committed by the recipients.

This new model of course implied successes and mistakes for the detractors, it can be said that legal factors were ignored in the face of the penalty, leading to omissions that weakened the regulatory apparatus. Aspect that was very harmful for the victims who experienced the model's shortcomings, in terms of reparation; on the contrary, for the beneficiaries it served as a tool to include a new model of award justice that would lead to its mutation and permanence over time.

**Keywords:** Transitional Justice, Justice and Peace Law, penalty, purpose of the penalty, victims, perpetrators, reparation, retribution.

## Introducción

Con la Ley 975 de 2005 por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyen de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios (en adelante “Ley de Justicia y Paz”) se inserta en el marco normativo colombiano como un intento de implementación de un modelo de justicia transicional en Colombia, orientada a afianzar los procesos de paz y la reincorporación individual y colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados, especialmente los paramilitares. Esta Ley ha establecido una serie de medidas dirigidas a contrarrestar a las organizaciones armadas ilegales, por medio de una negociación o transacción en pro de alcanzar la paz, ofreciendo alternativas pacíficas en términos de retribución para quienes se acogieron a lo propuesto por dicha Ley.

En este orden de ideas se debe comprender que la retribución ha sido entendida como un criterio de justicia de la distribución de la imposición individual de la pena (Mañalich, 2007), que consiste en una amplia y generosa propuesta de reducción de ésta como lo consagra el artículo 29 de la Ley 975 de 2005 que se estableció en 8 años como máximo, muy por debajo de lo dispuesto por el Código Penal – Ley 599 de 2000 – que fija en sesenta (60) años.

A su vez la conocida como Ley de Justicia y Paz en su deseo de solucionar en gran parte el conflicto armado, “desconoció una serie de factores legales frente a la aplicación de las penas, dando paso a flagrantes omisiones en la investigación, juzgamiento y sanción de los delincuentes, desconocimiento de los fines de la pena y el correspondiente marco punitivo” (Daza, 2016, pág. 75) – aun cuando se está hablando de crimines de lesa humanidad y desigualdad frente a los ciudadanos de a pie – .

Resulta importante señalar que el procedimiento regulado por la Ley de Justicia y Paz buscó establecer coherencia entre su objetivo último –el cual es la reconciliación nacional- y ser al tiempo un instrumento jurídico de idóneas calidades para efectuar las desmovilizaciones, creándose sin embargo permanentes tensiones entre ambas concepciones, lo cual ha incidido notablemente en la aplicación y alcance de la Ley 975 de 2005.

Mucho se ha cuestionado por algunos sectores de la sociedad colombiana –organizaciones de derechos humanos y defensoras de víctimas-, que haya sido pertinente, e incluso legítimo realizar tal apropiación de los mecanismos de justicia transicional para el caso del conflicto armado interno, puesto que, en el caso que se analiza, no existe un verdadero reconocimiento y mucho menos materialización de una retribución justa.

... el perdón de sus conductas, o al menos, la aplicación de la sanción “menos gravosa, lo cual pone en una balanza, de una parte la legalidad, demandas de sanción y la justicia retributiva y, por otro lado, la reconciliación, solicitudes de perdón e impunidad, atemperando los principios de legalidad proporcionalidad e igualdad, así como un redimensionamiento de la noción de justicia que implica la moderación de la pena y el cumplimiento de sus funciones (Barreto, 2009, pág. 25).

Ello ha planteado un debate muy intenso entre las exigencias de las víctimas y el alcance de los presupuestos contenidos en esta clase de disposiciones legales, ya que, por un lado, ellas exigen que se haga justicia de manera individualizada, sancionando ejemplarmente a los autores de los delitos, mientras que ellos condicionan la reconciliación al hecho de que se implementen mecanismos orientados a poner en funcionamiento lo ofrecido por la Ley de Justicia y Paz, que de un lado juega como derrotero para el cumplimiento de los fines de la pena y del otro se consolida como una opción para reintegrar a quienes han hecho parte de los grupos armados, como una forma de recomponer el tejido social.

Dicho lo anterior, la pregunta de investigación que se responderá con este trabajo es *¿cuáles fueron los criterios teóricos y normativos que se tuvieron en cuenta para la retribución de la pena en la Ley de Justicia y Paz?*

La Ley de Justicia y Paz que fuera desarrollada como proceso de justicia transicional y mecanismo para alcanzar la desmovilización y reincorporación a la vida civil de quienes pertenecieron a los grupos armados al margen de la Ley, que han sido protagonistas del conflicto interno en Colombia durante más de 50 años, tuvo como propósito último coadyuvar en la conquista de la paz Nacional.

En el referido contexto, variadas fueron las medidas que se tomaron, como la concesión de penas alternativas a las consagradas dentro de la justicia penal ordinaria, por la contribución que los beneficiarios de ellas pudieran hacer a la justicia, a la consecución de la verdad y en cuanto a la reparación integral de las víctimas, todo lo anterior, dentro de un marco apropiado que posibilitara la adecuada reincorporación a la vida civil, de dichos victimarios.

Y es que, en los procesos de justicia transicional, como lo dice Delgado (2011) citando a Davis (2009) las medidas que delimitan “con claridad su aplicación, deben girar en torno a la figura de las víctimas, garantizando que estas sean verdaderamente reconocidas, por un lado, y por otro, efectivamente reparadas empleando todos los instrumentos de carácter tanto judicial como no judicial” (pág. 55) de que se disponga, para llevar a cabo una reparación integral que les pueda devolver su dignidad

Lo señalado hasta ahora, permite formular el siguiente objetivo general: determinar los criterios teóricos y normativos que se tuvieron en cuenta para la retribución de la pena en la Ley de Justicia y Paz; el cual se desarrolla, a partir de los siguientes objetivos específicos:

- Analizar el desarrollo de las teorías de la pena
- Examinar los presupuestos normativos de la Ley de Justicia y Paz en el contexto de la retribución
- Interpretar la retribución de la Ley de Justicia y Paz en el contexto de la Justicia transicional desde la revisión jurisprudencial.

Tanto la pregunta de investigación y los objetivos propuestos se abordan, a partir de una propuesta metodológica que se centra en la investigación cualitativa que tiende a la producción de datos descriptivos entendiendo el contexto, las situaciones y a las personas bajo una perspectiva holística, siendo sensible a los efectos causado por el investigador a las personas. Desde lo cualitativo se intenta comprender a las personas desde su propio marco de referencia, apartando

creencias particulares del investigador y considerando todas las perspectivas ya que estas son valiosas (Quecedo, L y Castaño, G, 2003, pág. 6)

El método para abarcar el presente estudio es a través del diseño de la teoría fundamentada. “El investigador produce una explicación general o teoría respecto a un fenómeno, proceso, acción o interacciones, que se aplican a un contexto concreto y desde la perspectiva de diversos participantes” (Hernández Sampieri, 2014, pág. 472); en el caso específico de la investigación, se realiza una explicación de los hechos con base a una teoría específica correlacionada a un tema concreto, para el caso la retribución.

Para que los operadores jurídicos, puedan emitir un concepto, un dictamen o una decisión a partir de una normatividad, es requerido una serie de criterios o de métodos que faciliten la interpretación de todo un entramado jurídico. Así que, para este caso en concreto, los métodos de interpretación de la norma son el teleológico y sistemático.

Como técnica de recolección de información se realiza un análisis de contenido de teoría; información ofrecida por revistas, periódicos sobre el tema respectivo; jurisprudencia y estudio de casos. Este Análisis de Contenido busca indagar los significados que ofrece un mensaje, clasificando estos elementos a través de categorías, para así orientar la decodificación de este. Esta es una técnica indirecta de una realidad social (Monje, 2011, pág. 157). Complementando la técnica anterior, la revisión documental permite una aproximación a los aspectos teóricos con relación al tema objeto de estudio. Esta técnica está basada en la depuración del material consultado, que se escoge para la elaboración de los aspectos teóricos de la investigación.

La investigación se estructura en tres capítulos que responden a cada uno de los objetivos específicos planteados. El primero se aborda lo concerniente a la exegesis de la retribución que tiene como fin conocer cuál es el alcance y contenido de la retribución desde el derecho penal colombiano y como se adaptó a la Ley de Justicia y Paz; el segundo se centra en los presupuestos normativos de la Ley de Justicia y Paz y el fin que ésta tuvo en materia de retribución para lograr la desmovilización de los grupos armados y la reinserción a la sociedad. El último capítulo se orienta a la interpretación de la retribución de la Ley de Justicia y Paz en el contexto de la Justicia Transicional desde la revisión jurisprudencial.

## Capítulo 1.

### 1. Concepción, teorías y finalidad de la pena

#### 1.1. La concepción de la pena

Definir la función atinente a la sanción penal es el objeto de discusión entre diferentes teorías de la justificación de la pena. En dicha discusión, no es factible omitir alguna de las características estructurales que parecen orientadas a comprender la noción de ésta. De ahí que, la discusión ha de estar sujeta a un constreñimiento de equilibrio reflexivo, en el sentido de que en cierta forma ha de ser posible que el objeto “de atribución funcional, a pesar de su denominación, ya no cuente como pena. Esto último puede constituirse en un punto de apoyo importante para una teoría retribucionista” (Mañalich, 2007, pág. 40).

Así, la definición de la pena debe entenderse como la “irrogación de un mal como expresión de la desaprobación de un comportamiento previo defectuoso. De faltar alguno de estos elementos a la acción estatal en cuestión, entonces no puede reconocerse en ella una sanción en el sentido del derecho penal” (Kindhäuser, 2010, pág. 31). En este sentido, la legitimidad de la pena solo es condición suficiente, de la legalidad de determinadas normas de sanción específicas. “Un intento de legitimación de la pena ha de responder todavía a la pregunta de si bajo el presupuesto de que la pena sea éticamente legítima también ha de ser éticamente legítimo seleccionar y penalizar determinadas formas de comportamiento” (Kindhäuser, 2010, pág. 32) de entre todas las formas posibles de comportamiento jurídicamente defectuoso

Desde esta óptica la pena solo es legítima si también las normas de comportamiento reforzadas punitivamente responden con una irrogación retributiva de un mal a la contravención de una exigencia de conducta sea éticamente deficitaria.

#### 1.2. Teorías de la pena

##### 1.2.1. Las teorías absolutas o retributivas

Inicialmente, teniendo como punto de partida el tratadista Jiménez (1929), quien expone en una de sus obras que toda disciplina jurídica tiene sus raíces en la filosofía, el estudio del fundamento de la “penalidad sirve para tener una idea de los criterios directivos en el desarrollo del derecho penal. Según se fundamente éste en la retribución o en la defensa social, se resolverán en un modo distinto cada uno de sus problemas particulares” (pág. 473). A lo largo de la historia de la filosofía y del derecho occidental, se han creado grandes concepciones sobre la naturaleza y fin de la pena, exponiendo a continuación las tres principales: teorías *absolutistas*, *relativas* y *unitarias*, de las cuales se desprendieron muchas otras.

Las teorías absolutas, de corte retributivo responden en primer sentido: al autor se le castiga porque pecó, esto es, por el delito ejecutado, de manera que la pena no persigue finalidades ulteriores, justificándose a sí misma. Por el contrario, “las teorías relativas son de

índole preventiva. la pena se impone para que no se peque, es decir, con el propósito de evitar la comisión de otros delitos. se justifica, por consiguiente, sólo en relación con ese objetivo” (Roxin, 1993, pág. 72). Las teorías retributivas, a su vez, tienen dos grandes vertientes. la teoría de la prevención especial, que busca alcanzar su meta mejorando al autor, reformándolo, readaptándolo, resocializándolo; en cambio, la de la prevención general, actuando sobre la comunidad y el propio delincuente mediante la amenaza de la pena y su ejecución, las cuales deben constituir un motivo de abstención para los que desean evitar el riesgo de encontrarse expuestos a ella.

La característica sobresaliente de las teorías absolutas es su afirmación, que la pena se justifica por sí misma y no es un instrumento destinado a la persecución de fines ulteriores. La más representativa de ellas es la de la retribución o expiación. Con arreglo a ésta, la pena es el mal que se irroga al autor de un hecho injusto, en consideración a que este puede serle reprochado por constituir una decisión contraria a los mandatos y prohibiciones del derecho. El sujeto, que podía comportarse en la forma exigida por las normas, ha preferido transgredirlas; la pena es la consecuencia de esta conducta culpable, en la cual no sólo se funda, sino que, además constituye la medida de la que se impondrá.

### **1.3. Críticas a la teoría de la retribución**

En primer lugar, presupone aceptado que el hombre se autodetermina, que es libre, pues sólo sobre esa base es posible dirigirle un reproche y hacerlo responsable por su hecho. Esto implica funcionar en base a un postulado, pues la libertad del hombre sigue siendo improbable, a pesar de todos los esfuerzos desplegados para acreditarla. Se asume un riesgo de error muy peligroso, sobre todo si se tiene en consideración que desde ese punto de partida dudoso se pretende extraer consecuencias extraordinariamente graves, no sólo para el afectado por el castigo, sino para la comunidad en general.

La concepción retributiva, sobre todo en sus formas ortodoxas, tiene una marcada tendencia moralizante que es impropia de la misión confiada al ordenamiento jurídico. En eso acusa, sin duda, su origen religioso.

... lo característico de la expiación moral radica en que el sujeto la experimenta de manera inminente, como sentimiento de culpa, con la pena esto puede no ocurrir en absoluto, como en el caso del vagabundo, para el cual constituye un agrado pasar en el establecimiento penitenciario los meses más crudos del invierno después de haber cometido, exprofeso, un pequeño delito, pues éste ni siquiera la siente como un mal... (Mari, 1983, pág. 175).

Más, si se prescinde de situaciones excepcionales, lo cierto es que la mayoría de los condenados contempla su destino como un infortunio inmerecido, y de ninguna manera como la reparación justa por un comportamiento que, en realidad, no genera en ellos remordimiento

alguno. “en todas estas situaciones la pena retributiva difícilmente puede justificarse; para hacerlo es necesario atribuirle alguna finalidad social práctica que, claro está, no puede ser, como quería Hegel, la de honrar al delincuente en cuanto ser racional” (Vidaurri, s.f.).

La afirmación de que la pena se basa en la culpabilidad por el injusto trae aparejada la de que una pena sólo es justa si corresponde a la medida de la culpabilidad. Esto, sin embargo, es impracticable, pues no existe una forma de cuantificar la irreprochabilidad de la conducta ejecutada por el autor. Más aún, ni siquiera se puede establecer empíricamente el grado de libertad aparente con que ha obrado, porque para eso sería necesario reproducir experimentalmente la situación en que lo hizo, y ello es obviamente imposible. Con esto, la teoría de la retribución ya no está en condiciones de funcionar. La pena no podría operar como expiación justa porque no hay manera de conocer la magnitud de la culpabilidad ni de adecuarla a ella.

#### **1.4. Las teorías relativas**

El profesor Jiménez de Asúa, dice que las mismas buscan el “fundamento de la pena en el fin que esta realiza, se castiga *ut nec peccetur*, para que no se delinca, se basan en la necesidad de prevención de futuros delitos y esta prevención puede ser de dos maneras prevención general y prevención especial” (Jiménez, 1929, pág. 27).

##### **1.4.1. La prevención especial**

*La prevención especial:* frente a las teorías absolutas, las relativas sostienen que la pena sólo se justifica si se la emplea como medio para luchar contra el delito y evitar su proliferación. La de más reciente data es la teoría de la prevención especial, cuya consolidación se debe fundamentalmente a Franz Von Listz. Con arreglo a ese punto de vista, el cometido de la pena es resocializar al delincuente, actuando sobre él para conseguir “que se adapte a las exigencias de una convivencia organizada y, cuando ello no es posible, neutralizándolo a fin de proteger a la sociedad. Por esta razón, es preciso despojarla de connotaciones punitivas, sustituyéndolas por reeducación, terapia y formación laboral” (Roxin, 1993, pág. 75). Así, la pena ya no es expiación ni castigo, sino tratamiento.

En realidad, es posible descubrir vestigios de esta concepción. Incluso en Platón ya se encuentran expresiones prácticas de ella, en algunas ideas sobre la ejecución de la pena que aparecen aún antes del siglo XVII, para desarrollarse de lleno a fines del siglo XVIII y principios del XIX. Es de influencia permanente en el pensamiento jurídico anglosajón y “en un sector muy amplio de la doctrina europea continental. Actualmente es defendida también con preponderancia por los adherentes a la teoría de la nueva defensa social y, dentro de ella, con especial energía por el grupo genovés” (Rico, 1979, pág. 120).

**1.4.1.1. Críticas a la teoría de la prevención especial:** la teoría de la prevención especial tiene el atractivo de ser una concepción generosa, que contempla al delincuente con acentuada

humanidad. pero tampoco está exenta de reparos. Así como la teoría de la retribución postula la libertad del hombre, la de la prevención especial arranca de un presupuesto determinista tan improbable como aquel. En efecto, la idea de que el delincuente es preciso resocializarlo en lugar de castigarlo, se apoya en que el hecho no puede reprochársele, porque constituye el resultado de una constelación de factores casuales que el autor no puede controlar.

La misión de la pena consiste en remover esas condiciones para obtener la adaptación del sujeto a las exigencias de la convivencia. Pero como la cuestión de la libertad del hombre sigue siendo una aporía insoluble, en la práctica la teoría de la prevención especial se mueve tan a ciegas como la de la retribución, y con peligros semejantes. Pues el abuso de los recursos resocializadores puede conducir a consecuencias más devastadoras que el de la de los expiatorios. Aunque responda a propósitos humanitarios y generosos, una intromisión coactiva en la personalidad y el medio de autor, pueden causar sufrimientos y distorsiones inconmensurables.

#### **1.4.2. La prevención general**

La teoría de la prevención general “también atribuye a la pena la función de evitar la comisión de nuevos delitos, pero no mediante la resocialización del delincuente en particular, sino disuadiendo a la comunidad en conjunto de incurrir en ellos mediante su amenaza y ejecución” (Rico, 1979, pág. 122).

En la práctica este criterio ha informado un poco más o menos a todos los sistemas punitivos adoptando, a veces, formas “intimidatorias” de una ferocidad repulsiva. En la doctrina, sin embargo, su desarrollo coincide con el florecimiento de la ilustración, hacia fines del siglo XVIII, que la reelabora para adaptarla a sus concepciones humanitarias y liberales.

Así, para Feuerbach (1966) la amenaza penal constituye un contramotivo psicológico destinado a inhibir en los ciudadanos los impulsos delictivos. para los posibles autores el sufrimiento que significa la pena, representa un costo que la mayor parte de ellos no estará dispuesta a afrontar. Apenas unos pocos años antes, Beccaria, en Italia, declaraba también “que el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido, sino impedir al reo hacer nuevos daños a sus conciudadanos, y apartar a los demás de cometer otros iguales” (Vidaurri, s.f., pág. 22).

Por consiguiente, para que una pena consiga su efecto, basta con que el mal de la pena exceda al bien que nace del delito; y en este exceso de mal debe calcularse la infalibilidad de la pena y la posible pérdida del bien que el delito produciría. Todo lo demás es superfluo y, por tanto, tiránico.

**1.4.2.1. Crítica a la teoría de la prevención general:** esta concepción es sencilla, clara, y coincide, hasta cierto punto, con las convicciones del hombre común. pero también está expuesta a críticas. Desde el punto de vista práctico se le imputa, precisamente, el fracaso histórico de la

pena como disuasivo<sup>1</sup>. En efecto, ni los castigos más atroces han sido capaces de intimidar a los delincuentes. Pero tampoco las sanciones moderadas obtienen resultados mejores. Por eso, se ha dicho irónicamente que la pena sólo atemoriza a los que tampoco delinquirían si ella no existiera, esto es, a los “ciudadanos honestos”.

Al respecto, es preciso señalar sí se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer uno mayor, cuando hallen en él una mayor ventaja. Entonces, la gravedad del pecado depende de la impenetrable malicia del corazón. Esta no puede “sin revelación saberse por unos seres limitados; cómo, pues, se la tomará por norma para castigar cuando dios perdona, y perdonar cuando castiga. Si ellos son capaces de contradecir al omnipotente con la ofensa pueden también contradecirle con el castigo” (Beccaria, 2000, pág. 43).

No exacerbar al caído con castigos enormes; no cerrarle el camino de la enmienda truncándole la vida; no empujarlo a la “perdición con penalidades corruptoras. Procurarle, con el dolor de la pena, la corrección, como consecuencia natural del hecho o del modo. punir benignamente y con sapiencia civil, pero punir inflexiblemente, para que la defensa común se fortifique con doble fuerza” (Carrara, 1993, pág. 77).

En estos casos, y en otros semejantes, hay que atribuir el mal principalmente a la lenidad del castigo, porque aquí no se trata de malhechores habituales, que desprecian el castigo, cualquiera que éste sea, por ser un riesgo inherente a su oficio. Se trata de hombres que, aunque estén desprovistos de ciertos sentimientos altruistas, no llegan a convertirse en criminales sino en una situación dada, en la cual se encuentran con un uso que no les repugna y que, por lo mismo, se apresuran a ponerlo en práctica. No obstante, aunque sus instintos los llevan a adoptar esta resolución, podrían perfectamente renunciar a ella si les presentase muchas desventajas.

Ahora, una gran desventaja sería una pena inevitable y muy grave, que perturbaría para siempre su existencia, que echaría por tierra todos sus proyectos futuros, que les reduciría a una condición inferior de vida. Y esto no se conseguirá jamás con algunos años de prisión correccional, sobre todo si se puede contar con “probabilidades de éxito en un segundo juicio en apelación y de una sentencia favorable del tribunal supremo, y con la libertad provisional, mediante la que el condenado puede siempre preferir a la pena que se le imponga un destierro voluntario” (Garófalo, 2007, pág. 181).

---

<sup>1</sup> El derecho penal, que es una especie de averno en la tierra, sólo deberá existir para aquellos que hubiesen elegido voluntariamente el mal. Claro es que cuando la filosofía ha puesto mano en estos problemas, el libre albedrío ha quedado en entredicho y ello coloca en difícil postura a los que creen en premio y castigo de esa clase. No obstante, lo cierto es que, con independencia del libre albedrío, puede edificarse la imputabilidad. Ferri, que sostiene esta tesis, incluso contra cualquiera otra mejor, cree que el libre albedrío inexistente arrastra en su caída a la imputabilidad y que es necesario remplazarla por otra institución que él denomina *responsabilidad legal o social*. Los Códigos como el Español, que han hablado de la voluntariedad, sin afiliarse al libre albedrío, establecen, por otra parte, un nexo psicológico entre la pena y el sujeto delincuente. (pág. 266). En: JIMÉNEZ DE Asúa. Luis. Crónicas del Derecho Penal en Hispanoamérica (1949 a 1959). Volumen 1. Serie Estudios Clásicos del Derecho Penal. México: Editorial Jurídica Universitaria. 2001. p. 266

Mientras, que el delincuente profesional, no se deja intimidar por el castigo, pues siempre espera escapar impune, gracias a su experiencia, habilidad y, en todo caso, lo considera un “riesgo” propio cuando actúa, que no se detiene a pensar en las consecuencias de lo que hace; para los delincuentes sexuales pareciera ser indiferente.

El reparo más severo que se ha dirigido a la teoría de la prevención general consiste en que atenta contra un principio ético fundamental, posiblemente el más importante entre aquellos sobre los cuales descansa la cultura occidental contemporánea. En efecto, cuando se castiga a un hombre para intimidar o disuadir a otros, se lo emplea como un medio. Esto es inaceptable, “porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otro ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real; su personalidad natural innata le garantiza contra tal ultraje” (Garófalo, 2007, pág. 182).

Las teorías relativas de la pena se dirigen <<relativamente>> a un efecto penal que describen empíricamente: la estabilización de la confianza en “la norma y de la vigencia de las normas en la sociedad, la reducción de los infractores potenciales y la corrección de los delincuentes. Este relativismo con relación a los efectos, no se añade desde fuera – accidentalmente – a la pena” (Hassemer, 1982, pág. 121). De una determinación de contenido abstracto – sistematiza el carácter de la pena, pasa a otra empírica y orientada hacia consecuencias.

Es importante señalar aquí, que las teorías absolutas sólo exigen determinados presupuestos *input* – esto la conformidad con los principios del derecho vigente sin excepciones –, “las teorías relativas, esperan consecuencias de la pena en situaciones que se pueden describir empíricamente: en la vigencia real de las normas y en la disposición hacia el comportamiento criminal. Lo anterior tiene consecuencias para la legitimación de la pena” (Hassemer, 1982, pág. 122).

“Las teorías absolutas, ven en la retribución justa, no solo la justificación de la pena, sino también garantizada su realidad y agotado su contenido. Estas teorías afirman que la necesidad ética de la pena garantiza también su realidad, sea en virtud de la identidad de razón y realidad (Hegel), o de un imperativo categórico (Kant) o a causa de una necesidad religiosa (Stahl)” (Welzel, 2005, pág. 12). “El estado no castiga a fin de que exista justicia en el mundo, sino para que haya juridicidad en la vida de la comunidad (validez y observancia de su orden jurídico)” (Welzel, 2005, pág. 12). Las teorías absolutas de la retribución de Kant y Hegel deben entenderse como posiciones contrarias a las teorías relativas de la pena, desarrolladas por el derecho natural profano y en el periodo de la ilustración y, por esta razón, sólo pueden ser explicadas desde este trasfondo y desde su propio sistema.

### 1.5. Las Teorías Unitarias

El maestro Jiménez de Asúa (1929), quien denomina estas teorías como mixtas que tratan de armonizar los dos puntos de vista de las teorías absolutas y relativas, asociando la justicia absoluta con el fin socialmente útil. Pretenden que se castigue *quia peccatum est* y *ut nec peccetur* “conciliando el concepto de retribución y el fin utilitario. El delito es la razón de la pena y la

retribución su esencia; pero también son fines de la penalidad el mantenimiento del orden y bien social futuro” (Jiménez, 1929, pág. 27).

La prolongada polémica entre las teorías absolutas y relativas es producto, hasta cierto punto, de malentendidos, confusiones y falta de flexibilidad en las posiciones básicas. Todo esto es inevitable en una discusión compleja, que compromete intereses de tanta significación. Pero el debate ha permitido despejar dificultades y establecer con cierta claridad la naturaleza de las distintas cuestiones como los límites de su posible solución. En parte, esos logros constituyen la base sobre la que se han desarrollado las teorías unitarias, las cuales intentan una concepción de la pena, en que los puntos de vista “de las teorías absolutas y relativas encuentren un significado exacto y se realicen, hasta donde sea posible, combinadamente, en los distintos momentos en que ella opera sobre la comunidad en general y sobre el individuo que ha delinquirido en particular” (Rico, 1979, pág. 123).

Para comprender correctamente lo que se proponen las teorías unitarias es necesario tener en cuenta los siguientes puntos:

- *Las teorías absolutas y relativas* no sólo se diferencian en su concepción de la pena, sino que implican visiones distintas sobre el derecho y su función. Para las teorías absolutas, la finalidad del ordenamiento jurídico es la realización de la justicia, es decir, de un orden social ideal. esto la aproxima a la moral. Para las teorías relativas, en cambio, el objetivo del derecho es de carácter práctico (utilitario), y consiste, fundamentalmente, en la preservación de la paz entre los integrantes de una sociedad plural.

A causa de este antagonismo en sus puntos de partida, las teorías absolutas y relativas no pueden compatibilizarse, pretendiendo que la pena cumpla al mismo tiempo los distintos fines que cada una de ellas le atribuye. Así, por ejemplo, en el caso concreto de un sujeto peligroso, que ya ha recibido varias condenas por delitos violentos, y causa unas lesiones insignificantes a su adversario durante una riña, las teorías absolutas exigirán la imposición de una sanción benévola, proporcionada a la magnitud del injusto y de la culpabilidad del autor, mientras las relativas se inclinarán por un tratamiento resocializador prolongado (prevención especial) o una pena severa que disuada definitivamente al delincuente de proseguir incurriendo en tropelías (prevención general). Pero, aunque no es posible conciliarlas, las concepciones absolutas y relativas pueden en cambio limitarse entre sí, evitando los excesos a que las induce una realización exagerada de sus respectivos fundamentos.

Como las teorías de la prevención especial y de la prevención general, pretenden que la pena asegure sus fines prácticos acudiendo a procedimientos diferentes, tampoco se las puede mezclar. Cuando alguien comete un delito grave, pero “irrepetible”, la teoría de la prevención general estará por imponer una pena también grave, para afirmar ante los ciudadanos la voluntad estatal de reaccionar enérgicamente contra cualquier atentado semejante; en cambio, la prevención especial debería abstenerse de toda intervención o, por lo menos, limitarse a una superficial.

De esta manera, no es posible cumplir conjuntamente los objetivos de prevención especial y general, pero luego de decidirse básicamente por una de ellas, se puede intentar que, cuando

sea necesario, la pena obtenga también, siquiera en parte, los resultados a que aspira la otra, actuando para ello en el momento oportuno dentro de los varios en que despliega su eficacia.

De estas consideraciones, resulta que las teorías unitarias son variadas, y su contenido depende del punto de partida que se elija. Ahora bien, la decisión a favor de uno de ellos es, en cierta medida, el resultado de convicciones personales sobre la naturaleza del hombre y de la vida en sociedad, que escapan a una racionalización estricta. Pero depende también de las condiciones históricas y culturales de cada época, las cuales explican la preferencia de que goza uno u otro en períodos distintos.

Así, la pena tiene por finalidad primordial la prevención general, mediante la amenaza legal de que quien infrinja determinados mandatos o prohibiciones, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico, sufrirá un mal que no podrá exceder del injusto culpable en que incurrió y cuya ejecución debe orientarse, en la medida de lo posible, a evitar perturbaciones accesorias de su desarrollo personal y su capacidad de reinserción en la convivencia pacífica.

Con esto se abandona la posición, de acuerdo con la cual se distinguía entre naturaleza y fines de la pena, sosteniendo que aquella era retributiva y estos preventivos. Las razones de este cambio son de dos clases. “en primer lugar, se ha llegado a la convicción de que la pena no tiene una naturaleza en sí. Consiste, más bien, en aquello a que el ordenamiento jurídico decide destinarla, pues esto determina su contenido y su forma” (Rico, 1979, pág. 124). Es verdad que siempre ha adoptado la apariencia de una expiación; pero esto se debe, precisamente, a que se la ha empleado en todos los casos como prevención general, y lo que mejor asegura la eficacia de esta es la amenaza de un mal, es decir, de un castigo.

Así pues, como la pena estatal no puede ser nunca retribución justa, es conveniente que se la limite a ser prevención apropiada. El punto de vista expuesto contrasta, indudablemente, con el principio de que el hombre es un fin en sí mismo y nunca un medio. Hasta cierto punto, este no puede ser invocado mientras la pena es sólo una amenaza que se dirige indeterminadamente contra cualquiera que vulnere los mandatos y prohibiciones del derecho penal. Pero una amenaza carece de eficacia si no es seria, esto es, si no se cumple.

Por eso, la pena tiene que imponerse al trasgresor y, al hacerlo, ese individuo es empleado como un instrumento para la afirmación de la efectividad de la advertencia contenida en la Ley. Tal situación constituye una realidad que no se puede ignorar. La sociedad ha obrado en esta forma a lo largo de toda su historia, sin que hasta ahora “se vislumbre una alternativa mejor para oponerse a los quebrantamientos severos de las reglas de convivencia. Pero “el hecho de que ya los antepasados impusieron penas todavía no justifica” ese procedimiento; por eso, hay que examinar la cuestión con detenimiento” (Mari, 1983, pág. 182).

Para la sociedad, esta es una situación de necesidad extrema. Si quiere sobrevivir como tal, tiene que preservar los estados que hacen posible la existencia en comunidad, esto es, los bienes jurídicos de más valor. Para ello sólo cuenta, en la última línea de defensa, con la reacción punitiva, es decir, con la violencia. En la coyuntura, trágica e ineludible, se ve forzada a echar mano de ese recurso desesperado para protegerse y proteger a sus integrantes, aunque ello implica transgredir incluso una exigencia ética.

Las exigencias de prevención especial constituyen también un límite a los fines de prevención general, y no un objetivo positivo de la pena. La socialización adecuada de los participantes en la convivencia es una tarea que debe ser cumplida por instancias de control social distintas y anteriores al derecho punitivo. Para obtenerlas son mucho más apropiadas, la educación, la moral, la religión, el arte y una organización política y jurídica justas, tolerantes y capaces de ofrecer posibilidades de desarrollo humano a todos los integrantes de la comunidad.

La pena, en cambio, es siempre un recurso del que se echa mano cuando ya el afectado ha adquirido una socialización defectuosa –o, por lo menos, desviada de las normas básicas que rigen la convivencia pacífica- y que, por la coactividad de su imposición, contribuye más bien a profundizar su desocialización. Los aportes más valiosos de la teoría de la prevención especial consisten, en haber denunciado estos defectos de la pena preventivo-general, enfatizando aquellas de sus características o modalidades que más los agudizan.

Finalizado el estudio de las teorías de la pena tradicionales, se analizará brevemente el contenido de la teoría de la adecuación social, la cual fundamenta parte del objeto de la presente investigación.

## 1.6. Teoría de la adecuación social

En la actualidad existen dos ciencias perfectamente constituidas, la una, y en vías de formación y crecimiento, la otra: el derecho penal y la criminología. “Cuanto tiene la *nueva defensa social* de jurídica es *derecho penal*; cuanto concierne a la busca de las causas del delito y a los medios de combatirlo y resocializar a los delincuentes, cuya naturaleza ha de analizarse, es *criminología*” (Jiménez D. , 2001, pág. 15).

Significa, que no hay rectificación ni contrapuestos criterios, con relación a la esencia de la culpabilidad, de la antijuridicidad y de la pena de la naturaleza retributiva. Al respecto Hans Welzel expuso su teoría de la siguiente manera: “tesis central: quedan fuera del concepto de injusto todas aquellas acciones que se mueven funcionalmente dentro del orden históricamente constituido, es decir que el comportamiento no esté prohibido” (Welzel, H, 1976, pág. 167).

Consideraciones: Welzel (1976) sostiene su argumentación en tres fases:

- Primera fase

- a. El marco de la crítica que formula frente a la concepción naturalista – causal de la acción y del bien jurídico. en la vida social habitual, todos están permanentemente expuestos a que se pongan en peligro y se dañen sus bienes jurídicos, sin que ello tenga relevancia jurídico – penal alguna; Welzel afirma que el mundo “del derecho es un mundo del sentido del significado; y es la adecuación social el concepto en el que se refleja la inserción del derecho penal en la sociedad, que refiere los elementos del tipo al conjunto de la sociedad” (Cancio, 1998, pág. 17).

- b. Tipos jurídico – penales o tipificaciones de comportamientos antijurídicos. “para Welzel las acciones socialmente adecuadas, desde un principio, no pueden ser típicas, es la que hace posible que el tipo sea la tipificación del injusto merecedor de la pena” (Cancio, 1998, pág. 18).

- Segunda fase

- a. “La teoría de los “tipos abiertos” obliga a Welzel a reconsiderar la postura según la cual

la adecuación social pertenecía a la tipicidad” (Cancio, 1998, pág. 20).

- Tercera fase

- a. “Welzel vuelve a colocar la adecuación social en el ámbito del tipo; así, para él los comportamientos socialmente adecuados no constituyen un riesgo para la sociedad; sin embargo, varía de su primera fase en el *estatus* de la adecuación social” (Cancio, 1998, pág. 20).

### 1.6.1. Validez de la teoría de Welzel

“La teoría de la adecuación social de Welzel, sirvió para generar una categoría normativa que estaba destinada a operar tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes” (Cancio, 1998, pág. 34), en este apartado resulta importante describir lo que se entiende por delito imprudente y doloso, para comprender la teoría de Welzel o lo que se desprendió de ella.

Así, según la doctrina moderna la imprudencia es un problema del tipo, de ahí que la conducta imprudente no podrá estar justificada o exculpada en el caso concreto, pero en el tipo se decide si es imprudente o no; dentro de este contexto resulta necesario destacar que la violación del deber de cuidado propio de los delitos imprudentes, ha de ser un elemento del tipo, si los tipos se basan en una norma, esa norma no puede prohibir la mera causación, sino, solo una conducta contraria al cuidado debido.

Esta tendencia, se vio reforzada por la teoría final de la acción al trasladar el desvalor de la conducta al tipo, si se parte de la base de que toda conducta se fundamenta en una acción final, entonces resultaría imposible reducir al resultado el tipo de los delitos imprudentes. En síntesis la necesidad de tratar la conducta imprudente como problema del tipo, resulta de las transformaciones de la teoría del injusto, pero hay también argumentos propios de la imprudencia para justificar esta ubicación en este sentido entiende Roxin, que en amplios sectores el riesgo permitido marca el límite a partir de cuya superación comienza la imprudencia, como consecuencia lo que está amparado por el riesgo permitido, no es imprudente lógicamente un riesgo permitido pues no puede estar solo disculpado, sino que hará desaparecer el injusto (Bellati, 2000, pág. 1).

De esta forma, se ha afirmado que existe acuerdo en la inclusión del desvalor de la acción imprudente en el tipo; sin embargo, lo que sigue en discusión es si el resultado pertenece al tipo de los delitos imprudentes o es una condición objetiva de punibilidad situada fuera del injusto.

A lo expuesto, el profesor Eugenio Zaffaroni, considera que el tipo culposo como tipo abierto, se encuentra cerrado por una norma que debe individualizarse en cada caso, que es precisamente la que establece el deber de cuidado, por lo que la indeterminación de la conducta prohibida, solo lo es *prima facie* lejos está de ser considerada una indeterminación legal en sentido absoluto, que por otra parte, sería incompatible con cualquier sistema de tipos legales; se trata entonces según “el autor de una indeterminación en dos etapas cumpliéndose ambas en el

plano de la tipicidad; así la norma general cierra el tipo y con ello permite la averiguación de la tipicidad, pero aún no cierra el juicio de antijuridicidad” (Bellati, 2000, pág. 1).

No puede negarse que en el tipo culposo, la violación del deber de cuidado en el terreno finalista perteneció en un momento al ámbito de la antijuridicidad ya que esto fue sostenido por Welzel, quien no distinguía aquí la antijuridicidad de la tipicidad, pero esta no es la posición actual del referido autor quien en su concepción más depurada sobre la cuestión sostiene que una vez afirmada la tipicidad queda por ver si la acción culposa es antijurídica, pudiendo ser negada esta característica en función de la presencia de una causa de justificación.

Zaffaroni toma una posición cercana a la de Welzel en relación con la relevancia relativa del fin de la acción para la tipicidad del delito imprudente *la individualización de la acción prohibida no se realiza por el fin sino por la forma de dirigir la “causalidad a ese fin que es lo que hace que la conducta final resulte violatoria del deber de cuidado y por ende típica*. Aquí el autor argentino refiere a lo que llama una falla en la programación de la causalidad” (Bellati, 2000, pág. 1).

### **1.7. El principio de necesidad de la pena**

Acorde con los principios que orientan el Estado Social y Democrático de Derecho, la Ley 599 de 2000 “Código Penal” dispuso en el artículo 3° que la imposición de “la pena y de las medidas de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, y agrega que el *principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan*” (Corte Constitucional Sentencia C-806, 2002).

Por su parte, el artículo 4° del Código citado dispone que la pena cumpla las funciones de prevención general, retribución justa, *prevención especial*, reinserción social y protección al condenado. Así mismo establece que la prevención especial y la reinserción social operan *en el momento de la ejecución de la pena de prisión*. La Corte Constitucional al analizar el principio de necesidad, en armonía con los artículos citados del Código Penal, expreso que:

La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados, no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural (Corte Constitucional Sentencia C-647, 2001).

Debe entenderse que la pena, entre sus varias finalidades, “cumple una función de prevención especial positiva; esto es, debe buscar la resocialización del condenado, obviamente

dentro del respeto de su autonomía y dignidad, pues el objeto del derecho penal en un Estado social de derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo” (Córdoba, A y Ruíz, L, 2001, pág. 64).

El postulado de la prevención, encuentra cabal desarrollo en el “mismo estatuto penal cuando señala los criterios que debe tener el juez para aplicar la pena, como son la gravedad y modalidad del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente” (Corte Constitucional Sentencia C-806, 2002). Pero particularmente, la función preventiva especial de la pena se proyecta en los denominados mecanismos sustitutivos de la pena, tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, pueden ser establecidos por el legislador en ejercicio de su facultad de configuración siempre y cuando estén *“orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestímulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad”* (Corte Constitucional Sentencia C-1404, 2000).

Tal como lo ha reconocido la Corte, la institución de los subrogados penales obedecía en el anterior Código Penal a una política criminal orientada a humanización de la sanción punitiva, puesto que:

En el marco del Estado Social de Derecho, la pena, como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención, retribución y resocialización, debe ser necesaria, útil y proporcionada. Véase al respecto la Sentencia T-596 de 1992.M.P: Ciro Angarita Barón.; esto significa que si los mismos fines pueden lograrse por otros medios sancionatorios, debe preferirse el menos severo (pues el más restrictivo dejaría de ser necesario y útil), en aras de garantizar la dignidad del condenado (Corte Constitucional Sentencia C-679, 1998).

Pero hoy en día, teniendo en cuenta que la pena debe responder al principio de necesidad, en el marco de la prevención especial y las instituciones que la desarrollan, el legislador colombiano ha considerado que si un condenado, “bajo determinadas condiciones y circunstancias, no necesita de la privación física de la libertad para readaptarse a la sociedad, debe brindársele la oportunidad de cumplir con su condena mediante mecanismos que, sin dejar de ser eficaces, comporten una menor aflicción” (Corte Constitucional Sentencia C-806, 2002).

En este sentido, es claro que la legislación colombiana no es ajena a las corrientes de la criminología crítica, pues pese a no recoger una posición extrema como sería la corriente abolicionista, le da cabida a los subrogados penales<sup>2</sup> para evitar la permanencia de los individuos en las prisiones, cuando son sentenciados y condenados a penas privativas de la libertad,

---

<sup>2</sup> Los subrogados penales son mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad que se conceden a los sujetos que han sido condenados, siempre y cuando cumplan los requisitos objetivos y subjetivos previstos por el legislador. Según lo dispuesto en el Código Penal, los subrogados penales son la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la libertad condicional. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 185 de 2011. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D.C., marzo de 2011.

buscando con estas medidas dar aplicación en concreto a una de las funciones declaradas de la pena como es la resocialización del sentenciado.

La potestad punitiva del Estado, así como su política criminal y las restricciones de los derechos fundamentales inherentes a su ejercicio, están justificadas constitucionalmente por la necesidad de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Por medio del derecho penal el Estado brinda una protección subsidiaria frente a ciertas agresiones a determinados bienes jurídicos o valores constitucionales, mediante la imposición de penas, cuando estima que es necesario acudir a este mecanismo para brindarles una protección eficaz (Corte Constitucional Sentencia C-312, 2002)

Sin embargo, el principio de necesidad lleva a suponer que, si la pena es la *última ratio* de la actividad estatal, este instrumento de protección debe ser útil. De lo contrario, sería suficiente acudir a otros tipos de instrumentos jurídicos e incluso de sanciones no tan drásticas como la pena.

Reafirma la Corte Constitucional que, dentro del marco de la dignidad de la persona, la pena resulta ser un mecanismo de naturaleza excepcional, que busca cumplir unos objetivos los cuales difieren según el énfasis teórico que adopte la política criminal del Estado.

Al respecto es importante mencionar lo expuesto por Hans Welzel, quien considera que es correcto que el delincuente sufra de acuerdo al grado de su culpabilidad, dando paso a la justificación y “medida de la misma, como retribución adecuada a la medida de la culpabilidad; por consiguiente, la pena se dirige a la comprensión y a la voluntad del hombre, tanto del autor como de la sociedad en la que vive” (Welzel, 2005, pág. 10). El momento de la retribución justa pone en evidencia, el pensamiento de la justicia, o sea, el pensamiento “que el mal de la pena debe corresponder a la medida de la culpabilidad. A pesar de lo difícil que es determinar esta medida en el caso concreto, ella constituye el único criterio por el cual deba medirse la pena” (Welzel, 2005, pág. 10).

Entonces, de la justificación de la pena no se desprende todavía que el Estado tenga que penar. El Estado no está obligado a restablecer la justicia en el ámbito general del acontecer, ni siquiera está en situación de hacerlo. Cuando pena, habrá de “hacerlo justamente, pero si ha de penar o no, depende de la necesidad de la pena para la existencia del ordenamiento jurídico. El fundamento real de la pena radica en su carácter indispensable para mantener el orden de la comunidad” (Welzel, 2005, pág. 11).

En el mismo sentido Kant que las penas son, en un mundo regido por principios morales (Dios), categóricamente necesarias (en tanto cuanto a infracciones). Pero en “cuanto es regido por hombres, la necesidad de ellas es sólo hipotética, y aquella directa vinculación entre los conceptos de infracción y merecimiento de la pena sirve únicamente de justificación al Estado, pero no como compensación dentro de sus facultades (Welzel, 2005, pág. 13)”.

En consecuencia, en su momento Beccaria citando a Montesquieu, quien afirmaba que “toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica: proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la

absoluta necesidad es tiránico” (Beccaria, 2000, pág. 33). Entonces, de tal afirmación se deriva el hecho de determinar que todas las penas que sobrepasen la necesidad de conservar el vínculo existente entre Derecho y Justicia son injustas por su naturaleza.

Si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas debería haber una escala “correspondiente de penas en que se graduasen desde la mayor hasta la menos dura; pero le bastaría al sabio legislador señalar los puntos principales, sin turbar el orden, no decretando contra los delitos del primer grado las penas del último” (Beccaria, 2000, pág. 40).

Como complementó de lo enunciado, para comprender el principio de necesidad de la pena, es necesario hacer referencia a los aspectos que consagra la política criminal con relación al carácter retributivo de la pena, en el contexto penal colombiano. Para dar inicio, la Corte Constitucional en la Sentencia T – 762 (2015) estableció el concepto de política criminal, bajo los siguientes términos:

La política criminal ha sido definida por esta Corte como el conjunto de respuestas que un Estado adopta para hacer frente a las conductas punibles, con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en su jurisdicción. En esa medida, busca combatir la criminalidad a partir de diferentes estrategias y acciones en el ámbito social, jurídico, económico, cultural, administrativo y/o tecnológico, entre otros (Corte Constitucional Sentencia T - 762, 2015).

Desde este punto de vista, la política criminal tiene como deber un carácter preventivo respetando el principio de libertad, en pro de buscar como fin primordial la efectiva resocialización de los condenados; por ello, las medidas de aseguramiento deben ser excepcionales, coherentes, sostenible y protectora de los Derechos Humanos. Así, la sanción penal como manifestación de la política criminal tiene su fundamento en la Constitución Política que indica que le corresponde al Estado a través de las diferentes ramas del poder público, particularmente el legislativo el diseño de ésta; significa que “la legislación penal en la forma como se concreta la política criminal del Estado, ya que en ese ámbito se determinan los objetivos del sistema penal, y los medios para combatir el crimen” (Corte Constitucional Sentencia T - 718, 2015). Desde esa perspectiva la Corte ha indicado que “el diseño de la política criminal del Estado parte de la idea de la constitucionalización de aspectos medulares del derecho penal, tanto en materia sustantiva como procedimental” (Corte Constitucional Sentencia T - 718, 2015).

Si bien las leyes penales pueden ser la expresión de una política, debido a su carácter de normas jurídicas deben obviamente respetar la Constitución. Para comprender lo señalado se debe hacer referencia a que la política criminal del Estado está limitada por la Constitución, por un lado, en lo referente a los derechos de la víctimas, en cuanto a la necesidad de que exista un recurso judicial efectivo, a acceder a la justicia, reparación, restauración de sus derechos y garantía de no repetición; de otro lado, el deber del Estado de prevenir, investigar, juzgar y

sancionar la actividad criminal conforme lo establecen los Derechos Humanos según el artículo 93 de la Constitución Política.

Así, entonces la política criminal colombiana y su modelo de justicia están encaminados a satisfacer el restablecimiento de los derechos de las víctimas como ya se dijo y a lograr una efectiva resocialización del sujeto autor de la conducta penal, como respuesta a la necesidad de contar con un orden social justo bajo el canon constitucional que indica que Colombia es un Estado social y democrático de derecho; en cuyo marco la intervención penal tiene como finalidad la prevención, la retribución y la resocialización.

En este orden de ideas, con relación a la sanción la política criminal y parte de la doctrina se ha encaminado a suponer una aflicción para quien debe “soportarla porque es la respuesta punitiva de la sociedad organizada frente a quien cometió un delito, por lo que se comprende que la sanción es retribución social y debe responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad” (Corte Constitucional Sentencia T - 718, 2015). En este sentido, la pena integra la retribución y la prevención general negativa; con respecto a la retribución está busca la proporcionalidad y permite su adaptación a fines de utilidad social.

Con lo repasado hasta ahora, cabe preguntarse si ¿se puede considerar adecuado que desde el punto de vista de la política criminal la pena tenga un carácter eminentemente retributivo? La respuesta sería afirmativa, si se contará con la infraestructura, herramientas y recursos humanos necesarios para los fines que la retribución persigue; sin embargo, la realidad del país ha demostrado que la política criminal dista de los fines perseguidos en la retribución, lo que hace que ésta sea casi imposible de lograr.

Esto se refleja en la forma como el sector penitenciario funciona, así lo demostró la Corte Constitucional en la sentencia T – 388 (2013) mediante la cual se analizó que la política criminal ha sido desarticulada, reactiva, incoherente, ineficaz y sin tener en cuenta los postulados de los Derechos Humanos de los que tanto se ha hablado, cuyo funcionamiento depende de la política de seguridad nacional. Aduce además que la política criminal abandona el carácter resocializador de la pena dando como resultado que los presupuestos de la pena retributiva no tengan el alcance deseado y si se ahonde en generar una mayor criminalidad.

Lo que llevó a que en el Estado actual la política criminal del Estado y el Sistema Penal Acusatorio, conforme al Acto Legislativo 03 de 2002, introdujera al ordenamiento jurídico el sistema de justicia restaurativa entendida como:

Todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador. Entiende por resultado restaurativo el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad (Corte Constitucional Sentencia T - 718, 2015).

Esto significa que, bajo este modelo de justicia, existe un mayor protagonismo de las víctimas y el interés de que sean reparadas, así como la finalidad de alcanzar la reinserción social de quien comete el delito, lo cual guarda consonancia con los postulados del Estado social de derecho. Situación que comienza a dejar de lado el carácter retribucionista de la pena del cual fue estandarte la Ley de Justicia y Paz, destacando que lo valioso de esta ley fue el inicio de un modelo de justicia transicional como se expone en el capítulo 2 de la presente investigación.

### 1.8. Fin y justificación de la pena

“El fin de la pena es la prevención mediante la intimidación de la sociedad para que no se cometan delitos; lo cual justifica tanto la existencia de la pena como del derecho penal. Es la concepción sobre la prevención general negativa, la cual se morigera sobre la idea de la motivación, señalando que las normas penales, y la pena como tal, buscan motivar a las personas en la no comisión de conductas punibles” (Sánchez, 2004, pág. 69).

La prevención general positiva está dada por la “idea de que el "Derecho Penal como medio de control social" entiende que la pena "es la autoconfirmación normativa" del Estado que opera "estigmatizando al delincuente" e "integrando a los ciudadanos fieles al Derecho en la vigencia de la norma"” (Sánchez, 2004, pág. 69).

En este sentido, el Derecho Penal tiene la misión de ser protectora de los bienes jurídicos, por tanto, la pena tiene necesariamente que tener como presupuesto la constatación de su afectación y que esta se imponga respetando las consecuencias impuestas por la adopción de la dignidad humana “como elemento fundante del Estado - artículo 1 de la Carta Política -. Pero también, valores sociales tan importantes como la represión del delito o la resocialización efectiva de sus autores, cuentan para la elaboración de la Política Criminal” (Sánchez, 2004, pág. 69).

Así, en la función de la pena, se suele distinguir las teorías *absolutas* de la pena y *teorías relativas*. En la terminología usual, la concepción de las teorías relativas “se reduce hoy día al concepto de teoría preventiva y se identifican con el programa “*punitur ne peccetur*”, mientras que la concepción de las *teorías absolutas* permanece unida al principio de la compensación de la culpabilidad – “*punitur, quia peccatur est*”” (Lesch, 1999, pág. 17) A pesar de la existencia de las diversas teorías, sobre la función de la pena, se establece que dependiendo de las circunstancias punitivas, las mismas tienen o no vigencia, teniendo en cuenta, que para la presente investigación se hizo alusión a las teorías relativas y absolutas, las cuales aportan las bases teóricas al objetivo de la tesis (Véase tabla 1).

**Tabla 1.** Función de la pena en las teorías relativas y absolutas.

TEORÍA		PENA	FINALIDAD
RELATIVA		Consideran la pena como medio.	Consiste en el mantenimiento del ordenamiento jurídico, por ello se trata también de una pena pragmática, se puede referir o bien a lesiones del ordenamiento jurídico <i>pasadas</i> o a posibles <i>futuras</i> , y con ello dirigirse a la <i>retribución</i> en las primeras, o bien a la <i>prevención</i> en las últimas.
	T. Retribución		<i>Acciones pasadas.</i> Superación del daño ideal, causado mediante la violación del derecho a la realidad jurídica.
	T. Prevención		<i>Acciones futuras.</i> Evitar el daño, que se pueda causar a la realidad jurídica.
ABSOLUTAS		Consideran la pena como medio de compensación de la culpabilidad.	Se caracterizan porque ellas no otorgan a la sanción jurídica – penal ningún tipo de finalidad, incluso rechaza expresamente la posibilidad de tales finalidades: consideran la pena en sentido literal como desprendida de toda finalidad.

Fuente: Autora (Tomado de) LESCH. H. Heiko. La función de la Pena. (Traducción) Javier Sánchez Vera Gómez – Trelles. Colombia: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. 1999. p. 17

Conforme se estableció la pena es coherente con un amplio conjunto de proposiciones que resultan verdaderas a la hora de la configuración de la práctica punitiva. Dichas preposiciones obedecen a tres elementos determinantes: *la irrogación coercitiva de un mal, que expresa desaprobación, y por conducta previa defectuosa*. Entonces, frente a los elementos señalados se tiene que ninguna de la teorías de la pena se aleja del primer elemento, debido a que la “irrogación de un mal se corresponde con la particular forma de la consecuencia jurídica que tradicionalmente se entiende como pena” (Mañalich, 2007, pág. 41). En cuanto al segundo y tercer elemento, las opiniones están divididas, en particular porque el aspecto puramente *preventivo* resulta desfavorable para los fines de la pena.

Frente a lo señalado cabe resaltar lo dispuesto por la teoría de la prevención especial que integra el término *re – socialización* alejándose del significado de la pena. Dicha teoría ofrece “una justificación preventiva – especial de la pena no sujeta al constreñimiento del principio de culpabilidad” (Mañalich, 2007, pág. 43).

Con las consideraciones anteriores es factible organizar la discusión sobre el debate de la justificación de la pena, que básicamente se centran en su carácter preventivo y retributivo que desde el punto de vista de las teorías monistas, sí la imposición de la pena es “justificada en términos retrospectivos, es una reacción en sí misma correcta y justa frente al comportamiento previo defectuoso – retribución –, o bien en términos prospectivos, evitación de la comisión de delitos futuros – prevención –” (Mañalich, 2007, pág. 44).

En síntesis, la pena sirve para la estabilización de expectativas que se pueden amparar en la vida en sociedad; éstas, en caso de defraudación, no deben decaer, sino que pueden mantenerse bajo las premisas del ordenamiento jurídico que la ampare. El contenido de una pena no es que el autor en el futuro no delinca, sino confiar en la vigencia de las normas, entendida ésta como “si la finalidad del derecho penal fuese un ejercicio en la confianza normativa que se encuentra en consonancia con el derecho cuando confía en la vigencia de la norma” (Hassemer, 1982, pág. 78).

En cuanto a la justificación de la pena, se tiene que los presupuestos de legitimación de la pena concebida absolutamente son de naturaleza conceptual y sistemática, y están situados en la frontera *input*: Sí “el autor ha delinquido, si es necesaria una pena por imperativo de la justicia, si la voluntad contraria al derecho en sí nula <<causa un mal >>, el delito debe ser negado y el orden jurídico establecido mediante la pena” (Hassemer, 1982, pág. 123).

Por el contrario, los presupuestos de legitimación de la pena concebida relativamente son de naturaleza empírica y se sitúan en la frontera *output*, en las consecuencias de la pena: si la amenaza penal, la imposición y ejecución de la pena son útiles para evitar perjuicios, conseguir bienestar y reforzar la justicia. Al cambiar los presupuestos cambia también el proceso de legitimación. Los teóricos de las teorías absolutas no pueden abandonar el ámbito de los conceptos jurídicos, y los prácticos la audiencia en la que se trata el delito, si quieren justificar la pena y su imposición. Los efectos de la amenaza e imposición de la pena para la generalidad – o para el condenado cuando abandona la audiencia en dirección al centro de ejecución – no pertenecen a su horizonte.

Por su parte, los teóricos de las teorías relativas y los prácticos de la determinación relativa de la pena deben situarse conscientemente fuera del conceptualismo jurídico y fuera del proceso penal. Para justificar la pena y su imposición deben explicitar los efectos esperables, dar pronósticos y calcular probabilidades. Es presupuesto indispensable para ello poseer información y hacer valoraciones sobre la regularidad del cumplimiento de las Leyes, sobre la posibilidad de influir en los hombres mediante la amenaza penal y la ejecución de la pena, sobre los efectos de la ejecución de la pena en el condenado, sobre particularidades del desarrollo de la criminalidad.

Aquí ya se puede dar una respuesta inicial y provisional a la pregunta sobre las razones del actual dominio de las teorías preventivas y sobre la función de las Ciencias Sociales en este desarrollo. El cambio de la teoría de la pena de un concepto absoluto a uno preventivo es un profundo corte que se podría dominar un cambio de paradigma – si esta expresión no estuviera tan gastada. Los teóricos de la prevención general y especial cambian, como se ha señalado, no sólo el núcleo de la determinación del carácter de la pena sino también el contenido de los presupuestos y procedimientos de la legitimación de la pena en la teoría y en la práctica.

Llevar al planteamiento de nuevas cuestiones que están fuera del horizonte de las teorías absolutas, utilizan nuevos criterios para decidir lo que debe considerarse racional y aceptable. Por último, las teorías relativas constituyen el fundamento y el motor de nuevos intereses de investigación de la teoría de la pena y el Derecho penal que no separan la explicación de los efectos de la justicia penal de la <<ciencia auxiliar>> criminológica, sino que por el contrario también ésta se convierte en su objeto. Se analizará ahora lo concerniente a la protección del condenado, teniendo en cuenta que constituye también un tema relacionado con la ejecución de la pena.

### **1.9. Protección al condenado**

La inclusión de la protección dentro del artículo 4 del Código Penal representa la opción legislativa por un modelo de justificación que asigna al derecho penal el doble fin de reducir la violencia social proveniente del delito – y de las reacciones informales frente a éste, que también constituyen delitos –, pero a la vez de reducir la propia violencia punitiva estatal.

En efecto, si se trata de construir un modelo de justificación del derecho penal acorde con los lineamientos de un Estado constitucional de derecho, el “punto de partida de esta construcción ha de ser entonces una concepción del Estado. como un instrumento orientado a la garantía de los derechos y libertades de las personas, para lo cual se le confiere el monopolio del poder punitivo” (Fiscalía General de la Nación, 2008, pág. 23).

Sin embargo, el derecho penal, en tanto sector del ordenamiento jurídico que “administra el poder de castigar, constituye una institución antinómica por definición, al pretender asegurar la libertad mediante la agresión de la libertad; de ahí que su justificación pase necesariamente por hacer frente a la contradicción que está en su origen” (Sáez, 2007, pág. 23).

Es así como el derecho penal en un “Estado Constitucional debe responder a la doble pretensión de contener la violencia representada por los delitos y las reacciones informales a éstos, pero a la vez, reducir la propia violencia punitiva estatal mediante el empleo de la forma jurídica” (Ávila, 2007, pág. 5).

Ambas finalidades se contraponen, toda vez que, en “línea de principio, una mayor eficacia en la prevención de delitos y reacciones informales parece exigir cuotas más altas de violencia punitiva estatal, a fin de disuadir a los posibles infractores y dar satisfacción a las demandas sociales de castigo” (Mañalich, 2007, pág. 85); por su parte, “el fin de reducción de la violencia punitiva estatal requiere rodear toda intervención penal de un conjunto de límites y garantías que eventualmente pueden disminuir la eficacia preventiva del derecho penal, una de las cuales es precisamente la que prescribe que la violencia de la pena no ha de sobrepasar en ningún caso la gravedad del delito” (Corte Constitucional Sentencia T-629, 2010).

Aunque tendencialmente incompatibles, ambas finalidades convergen, no obstante, en un objetivo común, cual es el de asegurar los derechos y libertades de los individuos, en el primer caso frente a la amenaza proveniente de otros particulares, expresada en delitos y puniciones informales, y en el segundo frente a la violencia proveniente de la propia intervención penal del Estado.

La necesidad de integrar esta *segunda finalidad* de reducción de la violencia punitiva estatal, al modelo de justificación del derecho penal se aprecia de un modo más claro si se tiene en cuenta que si el único fin de las instituciones penales fuese prevenir delitos, ello se lograría de un modo más expedito, pero acaso más violento, por medio de puniciones informales privadas. De ahí que, “de cara a las alternativas abolicionistas<sup>3</sup>, también es preciso justificar porque es preferible la institucionalización del castigo por medio del derecho penal en lugar de su abolición, y ello pasa por acreditar que los costos que en términos de libertad representa la existencia del derecho penal son menores de los que reportaría su ausencia” (Rodríguez, 2007, pág. 6).

Aquellos modelos de justificación del derecho penal que atienden a esta doble finalidad se inscriben, de igual manera, en lo que Ferrajoli ha denominado *un utilitarismo penal reformado*, “por cuanto vienen a corregir los desarrollos de las doctrinas utilitaristas de la pena, que han identificado la maximización del bienestar general con el interés social en impedir o reducir la violencia representada por los delitos” (Ferrajoli, 1995, pág. 260).

No obstante, si se atiende a la formulación que ofrece el propio Bentham del principio de utilidad, según el cual *la aprobación o desaprobación de una acción depende de su tendencia a aumentar o disminuir la felicidad de las personas cuyo interés está en juego*, “es fácil advertir el reduccionismo en el que incurren las doctrinas de la prevención; pues el aumento de la felicidad de los ciudadanos que ven protegidos sus intereses, pero al mismo tiempo amenazada su libertad por el derecho penal, no depende sólo de que se alcance una máxima garantía de sus derechos frente a los ataques provenientes de terceros, sino también frente al ejercicio de la coacción por parte del Estado” (Draper, 2003, pág. 10).

En consecuencia, la inclusión de la protección del condenado como uno de los fines a alcanzar con la imposición de las penas, confirma la opción legislativa por un modelo dual de justificación del castigo, en el cual el logro de los fines de prevención de la violencia social proveniente del delito no puede hacerse mediante un ejercicio desmedido de violencia punitiva estatal que suponga un sacrificio excesivo de los derechos del individuo infractor.

Finalmente, el fin de la pena en la legislación colombiana, responde a dos cuestiones: la primera al papel que desempeñan los postulados teóricos que integran el principio de necesidad de la pena y los fines preventivos que se dan como fines inmediatos que sirven como parámetro para evaluar la *idoneidad y necesidad de la medida*. Ambos aspectos se estructuran en torno a un razonamiento *medios – fines*, donde la aplicación de pena en un caso concreto se examina desde la perspectiva de su adecuación para contribuir al logro de los fines que la justifican – idoneidad y de su menor lesividad, en relación con otras medidas que revistan un grado de idoneidad equivalente para alcanzar el fin – necesidad.

---

<sup>3</sup> Al momento de admitir la necesidad del Derecho penal, las posturas abolicionistas no ayudan de ninguna manera a la aproximación de un Derecho penal garantista; tal como afirma FERRAJOLI (1995) estas doctrinas eluden todas las cuestiones más específicas de la justificación y de la deslegitimación del Derecho penal, menospreciando cualquier enfoque garantista, confundiendo en un rechazo único modelos penales autoritarios y modelos penales liberales, y no ofreciendo por consiguiente contribución alguna a la solución de los difíciles problemas relativos a la limitación y al control del poder punitivo.

## CAPÍTULO 2.

### 2. Los efectos de la pena en el desmovilizado de la denominada Ley de Justicia y Paz

#### 2.1. Entre Leyes: Un Recorrido entre Ley de Justicia y Paz y la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras

##### 2.1.1. La retribución de la pena en la Ley de Justicia y Paz

Según Roxin (1993) una concepción retributiva de la pena ofrecería una justificación ficticia de ésta. Solo sería posible una “justificación de la pena que descansa, positivamente, en la noción de prevención, y que sólo recurra a la ficción de la culpabilidad para restringir la imposición previamente orientada de la pena” (Mañalich, 2007, pág. 60). En este sentido la retribución de la pena se puede dar desde el punto de vista moral, entendiendo por un lado que la pena solo puede imponerse si ella produce alguna consecuencia ulterior que es socialmente beneficiosa; y de otro lado, que la punición no conlleva a consecuencias favorables, por ende, debe ser negada. Así, desde la concepción retribucionista la pena debe tener sí o sí un carácter resocializador. Esto lleva a un equilibrio reflexivo entre la función de la pena y lo que se quiere lograr con ella.

Desde este punto de vista, el principio de retribución aparece como un medio particular de un principio más general con relación a otros, según el cual los sujetos de derecho deben ser respetados por su capacidad de reconocer y llevar a cabo elecciones morales libres. “En el contexto de la punición, se da la respuesta adecuada a un comportamiento prohibido o incorrecto por el cual se es responsable, este principio de preocupación por el otro se corresponde con una emoción de indignación moral” (Mañalich, 2007, pág. 69). Dicho planteamiento significa que, si se ve en el otro a alguien que le importa, lo que el individuo haga no puede ser indiferente.

Lo planteado como preámbulo, para comprender el carácter retribucionista de la pena en la Ley de Justicia y Paz.

Esta Ley fue creada durante el gobierno del expresidente Álvaro Uribe Vélez, y su enfoque se orientaba a la reincorporación a la vida social de grupos armados al margen de la Ley, con la intención de conseguir la paz y de establecer otros acuerdos de carácter humanitario. Por eso, su objeto era “facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la Ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación” (Ley 975, 2005, pág. 1). Es decir, se orientaba hacia la posición del victimario, para que este tuviera las garantías suficientes en la toma de decisión de dejar las armas e integrarse a una vida civil, tal como lo reforzaba el artículo 1°, parágrafo 3 del *Decreto 3391 de septiembre de 2006*<sup>4</sup>, por el cual se reglamentaba parcialmente la Ley 975 de 2005:

Se menciona que el término empleado dentro de esta Ley es el de Justicia Retributiva con el objetivo de trascender hacia una paz duradera; la que permite una desmovilización y inserción

---

<sup>4</sup> Derogado por el art. 99, Decreto Nacional 3011 de 2013

de personas pertenecientes a grupos armados ilegales, para que estos mismos evidencien un cese a la violencia que había marcado al territorio nacional. La intencionalidad era una colaboración con la justicia en dónde los desmovilizados tenían que esclarecer hechos violentos, personas, hechos, y lugares; además se debería de comprometer para garantizar de que esas situaciones no se volverían a cometer.

En este orden de ideas, se debe comprender que la “retribución, es decir, el saldo de la culpabilidad no constituye el fin de la pena y no puede legitimar su imposición. La imposición de una pena puede basarse exclusivamente en necesidades de prevención general o especial” (Daza, 2016, pág. 66). Desde este contexto no se castiga como un fin en sí mismo sino para el logro de otros fines, esto es, para el cumplimiento de propósitos preventivos que lleven a la armonización social en sociedades tan afectadas como la nuestra. Se encuentra entonces, que la finalidad que tuvo el legislador con la Ley 975 de 2005 fue lograr a través de la retribución penal el cumplimiento de la llamada *prevención general negativa* en virtud de la cual, la sanción solamente contribuiría a reacciones negativas que llevarían a incurrir en otras formas delictuales.

El fin último fue ejemplificar con sanciones bajas, atendiendo lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 599 de 2000 que ha llevado a la relativización del principio retributivo que ha imperado en el juzgamiento de los crímenes más atroces de trascendencia para la comunidad en general. Entonces, con la Ley 975 de 2005 lo que se buscó fue facilitar los procesos de paz y la reinserción individual o colectiva a la vida civil de los miembros de grupos armados como se ha estudiado *inextenso*, dicha facilidad no debió interpretarse como facilismo, que fue lo que finalmente se interpretó de todo este proceso.

Lo interesante de esta norma es que en el deseo de brindar unas penas o sanciones *resocializadoras*, lo que sucedió fue lo contrario, al incluirse la denominada “pena alternativa” imponible a los condenados, a la que se suma la “libertad a prueba” como complemento de la anterior. Dicha alternabilidad penal no resultó equitativa a los crímenes cometidos por los miembros de los grupos terroristas, siendo absurdo una condena de 8 años frente a crímenes de lesa humanidad como se ha expresado en otros apartados de la presente investigación.

Entonces, con referencia a la pena alternativa propuesta por la Ley 975 de 2005 se encuentra que está no logró los presupuestos por los cuales fue creada, debido a lo siguiente: no ofrece igualdad alguna frente a los actos criminales ejercidos por los terroristas y la situación de las víctimas; desconoce la prevención general, la retribución justa como funciones de la pena, lo que significa que se aleja de lo propuesto en el artículo 4° del Código Penal; porque busca una reinserción automática bajo el entendido del cumplimiento de las obligaciones impuestas a los condenados en el periodo de prueba; porque la condena insignificante de 8 años solo demuestra la debilidad de la administración de justicia del Estado, afianzando la inequidad, la impunidad y por ende la falta de compromiso del Estado colombiano con tribunales como el de la Corte Penal Internacional.

En este punto es importante hacer referencia a la Ley 387 de 1997 predecesora de la Ley de Justicia y Paz, debido a que ésta no maneja el término de “desplazado”, sino, ya, en tono más humanitario, el concepto de víctima. En el artículo 4 de esta Ley se daban las disposiciones para la reparación de las víctimas con garantías del debido proceso. Teniendo en cuenta este artículo, el

Decreto 3391 de septiembre de 2006, en su artículo 19° dispuso la creación de programas restaurativos para la reconciliación nacional, dejando de lado el modelo retribucionista. Estos programas se crearon con la finalidad de atender al desarrollo humano de las víctimas y restablecer vínculos sociales, y, además:

a) Propiciar la reconstrucción personal de la víctima y el victimario como sujetos sociales, de las relaciones entre ellos, y de ellos con la comunidad. b) Recuperar la situación emocional de la población afectada c) Fortalecer las organizaciones sociales, a través de capacitación especializada, y acompañamiento en los procesos de reconciliación que estimulen la participación responsable de las víctimas, las comunidades y los ofensores. d). Propender por la elaboración de la memoria histórica del proceso de reconciliación e) Propiciar el restablecimiento de las víctimas en el plano emocional, físico y social f). Impulsar la vinculación de las víctimas y de los desmovilizados a proyectos productivos o programas de generación de ingresos y capacitación vocacional que posibiliten su acceso a empleos productivos, estimulando el apoyo por parte del sector privado y la sociedad civil para facilitar su reinserción social (Decreto 3391, 2006).

El carácter inclusivo de esta Ley es una de las características que demarcó su impacto en el país, pues denota un paso para la vinculación social de las víctimas, en especial los desplazados con un plan de vida, que garantice la continuidad de una vida digna en la sociedad. Sin embargo, para ello era necesario realizar una definición de víctima dentro del contexto legal, por ello en el artículo 5 de la mencionada norma, se define como víctima aquella persona que:

Individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la Ley. (Ley 975, 2005)

También se entenderá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida.

En cuanto a la compensación o restitución a las víctimas que esta Ley tiene concebido, se dicta el Decreto 1290 del 22 de abril de 2008<sup>5</sup> y en su artículo 5 declara el reconocimiento del pago de determinados salarios mínimos, dependiendo del delito al cual fue sometido la víctima, teniendo que el homicidio incurre en un mayor pago y el desplazamiento forzado a un mínimo

---

<sup>5</sup> Derogado por el art. 297 Decreto Nacional 4800 de 2011

reconocimiento por parte del Estado, según la tabla establecida en este artículo. Además, establece en el párrafo 2 los criterios de indemnización, cuando la víctima no es la directa, sino el conyugue o un familiar en primer grado de consanguinidad:

De esta manera, se tiene en cuenta a las víctimas indirectas del conflicto armado, delimitado mediante este decreto en estudio, quienes, de manera global son consideradas víctimas, y bajo qué criterios se va a generar la restitución de manera económica. En el artículo 8 de La Ley 975 de 2005 se dispone el derecho a la reparación, delimitando que es restitución, indemnización, rehabilitación, compensación moral, reparación simbólica y colectiva entre otras.

Por otro lado, pero perteneciendo de igual forma al conflicto armado interno, se tienen a los victimarios, los cuales son entendidos como cualquier grupo armado al margen de la Ley; estos se definen en la Ley de Víctimas en el artículo 1, el cual también se encarga de definir el concepto de víctima. Así pues:

Se entiende por grupo armado organizado al margen de la Ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trate la Ley 782 de 2002 (Ley 975, 2005)

Además, se delimita lo anterior, manifestando la ejecución de una sola condena por los actos cometidos, sin diferencia de la pertenencia del desmovilizado, a un solo bloque o a varios, dentro del transcurso de su vida como miembro a un grupo armado ilegal, teniendo como condicional que los hechos penados acontecieran en el tiempo de pertenencia a los mismos. Con base a esto, en el artículo 5° del Decreto 3391 de septiembre de 2006, se estipulaba que las acciones aisladas de individuos que hubiesen cometido actos criminales por fuera de su periodo de pertenencia a una guerrilla o grupo paramilitar no tendrían efecto en el grupo que se estuviera desmovilizando.

Dentro de la Ley de víctimas trabajaba lo concerniente a todo el proceso de indagación, castigo y garantías de entrega de las personas que quisieran desmovilizarse, incluyendo los autores intelectuales de hechos como masacres, asesinatos, cometidos durante el periodo de pertenencia el mismo. En cuanto a los beneficios para con las personas o grupos desmovilizados<sup>6</sup>, en el artículo que es el de alternatividad se decanta que:

Alternatividad es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización (Ley 975, 2005).

---

<sup>6</sup> La Ley habla particularmente de grupos desmovilizados, no de individuos o de personas.

Es el Decreto 4760 de 2005 artículo 8. I, que también es aprobatorio parcial de la Ley mencionada, en dónde se entregan las disposiciones respecto a estas penas alternativas mencionadas en el artículo 3 de la Ley 975 de 2005, y así mismo los requerimientos para la libertad. Se manifiesta entonces que debe existir una indagación y enunciación de cargos que precede la etapa de investigación; el procedimiento a cargo de la Fiscalía General de la Nación delegado de la Unidad de Fiscalías de Justicia y Paz. Para lo anterior, se verificaba entonces los requisitos de elegibilidad, consagrados en el artículo 10° de la Ley de Justicia y Paz.

Los beneficios anunciados, tendrían lugar si se cumplían los requerimientos de elección, y que además aceptarían todos los cargos imputados, y no retractarse de los mismos, en las sesiones con la fiscalía. El beneficio jurídico ofertado por el gobierno nacional consistía en pena que transitaba en un mínimo y un máximo de 8 años; periodos teniendo en cuenta la gravedad del o de los delitos cometidos. Era la sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial quien se encargaba del establecimiento de las respectivas sanciones. El beneficio pronunciado no podía tener mayores aditivos al del enunciado; y la libertad se daría apenas se cumpliera por completo la sanción estimada.

## **2.2. Ley 1448 de 2011**

La Ley 1448 de 2011 por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones (en adelante Ley de Víctimas y Restitución de Tierras) surge como propuesta de política pública direccionada a la reparación integral de las víctimas del conflicto armado, en el marco del primer gobierno del expresidente de la República colombiana, el señor Juan Manuel Santos. Mediante esta Ley se plantea:

Medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones que presentamos hoy, es sin duda el resultado de la discusión rigurosa y democrática en el trámite en el Congreso de la República, y producto del consenso entre el Gobierno Nacional, diversos sectores políticos y la sociedad civil (Ley 1448, 2011)

Se pretende la reintegración de víctimas del conflicto a la vida civil, constituyendo un marco legal para la recomposición del tejido social. “El articulado allana el camino para el reconocimiento de las víctimas, sin importar quién fue su victimario, les reconoce derechos, otorga prioridades en el acceso a servicios del Estado y las convierte a ellas y sus familiares, en acreedores de la reparación integral” (Ley 1448, 2011)

En el Título I, Capítulo I de la Ley, en exposición demarca en sus tres primeros artículos el objeto; Ámbito y definición e Víctimas, los cuales son:

- Objeto, establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas dentro

del marco de justicia transicional que posibilite el goce de sus derechos a la verdad, justicia y la reparación con garantía de no repetición como se contempla en el primer artículo.

- El artículo 2º regula la ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación de las víctimas ofreciendo herramientas para que estas reivindiquen su dignidad y asuma su plena ciudadanía;
- Por último, el tercer artículo define a las víctimas acorde a lo estipulado por el Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), así como los descendientes en primer grado de consanguinidad, conyugues, o compañeros permanentes, entre otros (Ley 1448, 2011)

Mediante esta Ley se crea el Sistema Nacional de Atención y Reparación a las Víctimas con todas las entidades del Estado nacional, departamental y municipal y la Mesa de Participación de Víctimas. Este Sistema está apoyado por la Red Nacional de Información para la Atención y Reparación de Víctimas, para contar con una rápida y poderosa información, a nivel nacional sobre las violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

También se creó, y como soporte de la atención del Sistema de Atención y Reparación a las Víctimas, el Registro Único de Víctimas con la intención de evitar el sub-registro y facilitar la identificación de las necesidades de esta población en materia de asistencia, atención y reparación integral. Esta Ley también crea el Centro de Memoria Histórica, que contribuye al “acopio, sistematización y difusión” de la memoria histórica y al apoyo de iniciativas públicas y privadas que contribuyan a su reconstrucción en perspectiva de consolidación de garantías de no repetición y de reconciliación (Álvarez, Henao y Tapasco, 2011, pág. 40).

El carácter de las medidas transaccionales mencionadas en el artículo 9 de la Ley en mención reconoce que toda persona que sea considerada víctima tiene derecho a que las violaciones a las que fueron sometidas no se repitan, además, tienen derecho a la reparación, a la justicia y a la verdad:

Las medidas de atención, asistencia y reparación adoptadas por el Estado tendrán la finalidad de contribuir a que las víctimas sobrelleven su sufrimiento y, en la medida de lo posible, al restablecimiento de los derechos que les han sido vulnerados. Estas medidas se entenderán como herramientas transicionales para responder y superar las violaciones contempladas en el artículo 3º de la presente Ley (Ley 1448, 2011).

La Ley declara que el hecho de que se proceda con toda una estructura de reparación a víctimas del conflicto armado no sugiere ni significa una responsabilidad directa del Estado ante las vulneraciones a los derechos vividos. Respecto al derecho de la Reparación Integral, expuesto en el artículo 25 de La Ley 1448 de 2011, se postula que toda víctima está en su derecho de ser reparada de manera oportuna y efectiva por los daños recibidos como consecuencia de las violaciones efectuadas por grupos terroristas o armados ilegales:

La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante. (Ley 1448, 2011).

No obstante, el programa de reparaciones individuales en Colombia ha experimentado un avance significativo con la expedición de la *Ley de Víctimas* y la creación de la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (en adelante UARIV), la cual contempla, medidas de indemnización basadas en el artículo 132 de la *Ley de Víctimas*. Esta norma reduce a la vía administrativa como primera instancia, la cual define montos, siguiendo el mismo esquema y cantidades de los establecidos por el Decreto 1290. De esta forma, para las víctimas de secuestro y lesiones que produzcan incapacidad permanente, así como para la familia directa de las víctimas de muerte y desaparición forzada el monto a pagar es de 40 salarios mínimos legales vigentes (en adelante SMLV) (\$27.578.160 para el 2016 equivalente en dólares USD 8.977,2656).

Así, para víctimas que no sufran de incapacidad permanente, víctimas de torturas, delitos con la libertad sexual y reclutamiento forzado de menores, el monto máximo es de 30 SMLV (\$20.683.620 equivalente en dólares USD 6.730,8458). Por desplazamiento forzado se reduce el monto de 27 SMLV (\$18.615.258 equivalente en dólares USD 6.057,6982) que establece el *Decreto 1290* y se fija en 17 SMLV (\$ 1.720.718 equivalente en dólares USD 3.814,0967). En caso de que los titulares de reparación sean menores de edad, el Decreto 4800 establece la creación de un cargo fiduciario a su favor.

De esta forma, se establecen las pautas de indemnización para víctimas del conflicto armado en Colombia en la *Ley de Víctimas* a través de la vía administrativa, sin embargo, esto no exime a la víctima de llevar su proceso por la vía judicial, la cual es contemplada dentro de la misma Ley en el artículo 133.

Como denota lo anterior, la “Ley de Víctimas y Restitución de Tierras” solo es contemplativa en cuanto a la vía judicial como una opción para la reparación de víctimas. Sin embargo, esta no establece pautas para la indemnización, ni ningún tipo de soporte para la legal o teórico que brinde a los jueces unos lineamientos de juicio equivalentes a los establecidos en la vía administrativa, sin que ello implique que se definan los mismo topes, basados en que la vía administrativa pretende con las indemnizaciones dar una nueva oportunidad de seguir su proyecto de vida, mientras que en la vía judicial se pretende además de cuantificar el daño, retornar el *statu quo* de la víctimas.

La responsabilidad de reparar, respecto a los victimarios, de estos no precisan directamente, salvo cuando la medida este en relación con estos, se recalca que, a diferencia de la Ley anterior, esta se refiere con prelación a las víctimas del conflicto armado; así que en el artículo 10 se establecen las condenas en subsidiariedad.

En el anterior artículo se involucra al sector armado, desde el pago de indemnización a la víctima, como parte del acuerdo de entrega al gobierno nacional. Por su parte el artículo

196 señala lo referente a las medidas de satisfacción y reparación simbólica por parte de algunos actores. Así, se evidencia un complejo marco legal para abordar en la nación la situación de las víctimas del conflicto armado. Mostrando una definición puntual y partiendo de las Leyes internacionales, sobre lo que se considera, víctima. Sin embargo, no se precisa las actuaciones que se ejecutan con los actores alzados en armas ya que muchas disposiciones en cuanto a juicio, indagación y sanción, se estipula en la Ley de Justicia y Paz de 2005, articulándose y complementándose ambas normatividades teniendo en cuenta la llamada Justicia Transicional.

### **2.3. Justicia Transicional.**

El concepto de Justicia Transicional no es muy claro, pero es visto como una forma de abordar la justicia que facilita a las víctimas el reconocimiento de sus derechos, fortaleciendo los vínculos entre el Estado y la ciudadanía. Es decir, es una manera de reconciliar la veeduría y la protección que debe tener el estado con el pueblo, brindando garantías en un marco de conflicto armado. La Ley 1448 de 2011, en el artículo 8, determina que:

Entiéndase por justicia transicional los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3º de la presente Ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible (Ley 1448, 2011, pág. 11)

Gutiérrez (2010) mencionando a De Greiff, refiere que el concepto de justicia transicional cubre una gran diversidad de procesos y estrategias implementadas en algunos países con el fin de enfrentar a situaciones generadas por infracciones a los derechos humanos. Los mecanismos ejecutados tienden a la aclaración de la verdad, al enjuiciamiento de los agresores y a reformas institucionales, que requiere de grandes esfuerzos humanos y económicos para garantizar una debida reparación (Gutiérrez, 2010, pág. 7):

La justicia es transicional en la medida que crea puentes entre momentos políticos diferentes, donde los Estados adquieren responsabilidades respaldadas en los acuerdos internacionales ratificados; es decir, la justicia transicional se enmarca entre el derecho y lo político, en tanto, la transición responde al deber normativo internacional que a su vez, depende de las agendas nacionales, de la capacidad de negociación, las trayectorias institucionales establecidas y los contextos nacionales (Gutiérrez, 2010, pág. 7).

Por otra parte, en el marco de estudios internacionales respecto al tema de Justicia Transicional, se analizaron varios elementos pertenecientes a este concepto. El término de enjuiciamiento contempla el realizar un juicio y una condena a aquellas personas que han cometido delitos o crímenes de lesa humanidad, evitando bajo esta creencia que se perpetúe actos abusivos a futuro:

También resulta importante recalcar que el reconocimiento de la incapacidad estructural de los sistemas de justicia penal para hacer frente a las atrocidades masivas no debe interpretarse como una deslegitimación del papel que el enjuiciamiento o el castigo tienen en la confrontación de los crímenes del pasado (Zyl, 2011, pág. 50).

Por ende, hay que reconocer que, en materia de justicia penal, a veces puede quedar corto el alcance que se precisa para una condena relativamente justa a los actos que suelen cometerse en un “Estado de Guerra”. Las acciones que se ejecutan en un llamado proceso de Paz, no se pueden deslegitimar a razón de las mencionadas circunstancias. Sin embargo, estos procesos, como se ha mencionado anteriormente, pueden llegar a demorarse un tiempo considerable, lo que perjudica directamente a la víctima, pero a su vez pueden contribuir al desarrollo progresivo del derecho penal tanto nacional como internacional. Sobre este punto se encuentra lo que siguiente:

Los juicios no deben verse solamente como expresiones de un deseo social de retribución, sino que desempeñan una función expresiva vital cuando reafirman públicamente normas y valores esenciales cuya violación implica sanciones. Los juicios también pueden ayudar a restablecer la confianza entre los ciudadanos y el Estado demostrándole a aquellos cuyos derechos han sido violados que las instituciones estatales buscan proteger y no violar sus derechos. Esto puede ayudar a restaurar la dignidad de las víctimas y reducir sus sentimientos de ira, marginación y agravio (Zyl, 2011, pág. 51).

Según Zyl (2011) los juicios pueden llegar a jugar un papel muy importante en el contexto de la justicia transicional, ya que pueden retornar la confianza perdida en un Estado que en un principio podría parecer ausente e indolente ante las situaciones vivenciadas por personas o grupos de personas en una situación de guerra (Zyl, 2011, pág. 51). Otro término clave dentro de la Justicia Transicional es el de la búsqueda de la verdad. Las víctimas, además de otras reparaciones, necesitan que el Estado les reconozca lo ocurrido, legitimando una situación de violencia en una nación y contribuyendo a un reconocimiento de futuras generaciones de ello, preparándolas para el empoderamiento y la negación a volver a una situación similar (Zyl, 2011, pág. 51).

Dentro de la búsqueda de la verdad, cabe el estudio del término de reconocimiento, ya que esto es importante dentro de una comunidad violentada y aparentemente vulnerable a actuaciones brutales y sin mayor límite. Honneth (2006) en su artículo titulado *El Reconocimiento*

*Como Ideología*, realiza una profunda disertación del concepto de reconocimiento, manifestando que se puede estudiar bajo cuatro premisas principales, la primera como afirmación de las cualidades positivas de sujetos o grupos, sin que haya que excluir por ello la vinculación sistemática con las declaraciones de los hechos.

En segunda instancia, un acto de reconocimiento no puede agotarse en palabras o declaraciones simbólicas correspondientes al comportamiento con el fin de generar credibilidad para que el sujeto reconocido es de importancia normativa; la tercera premisa corresponde al fenómeno distintivo en el mundo social, el cual por este motivo no cabe ser comprendido como un producto, es decir, el reconocimiento no es el resultado de un suceso, sino más bien una intención independiente; ya sea en gestos, actos de habla o medidas institucionales; y finalmente, la cuarta premisa, el reconocimiento representa un concepto genérico que abarca diferentes subtipos como: “las conductas del amor, del respeto jurídico y de la apreciación del valor resaltan en cada caso diferentes actitudes que deja conceptualizar el reconocimiento” (Honneth, 2006, pág. 134).

A través del acto de reconocer, en este caso, una situación, se está llevando a una afirmación de la realidad de una región, de un país. Sin embargo, es necesario que esta acción se lleve a cabo, no solo de forma simbólica, sino que sea a manera institucional, ya que así se recalca una existencia de situaciones y actores que transcurren en violaciones y altercados de incidencia global. Otro de los términos contemplados en lo que respecta a la Justicia Transicional, es el de Reforma Institucional. Este concepto acata a las acciones a nivel de Estado que se deben de tomar si la intención es sancionar los actos de violación de derechos humanos, teniendo responsabilidad penal del asunto. Por último, se tiene la reparación siendo entendida como la compensación de las relaciones sociales injustas, y la anticipación de que determinados sucesos vuelvan a ocurrir en un futuro:

La reparación tal como ha sido definida en los documentos de la ONU y ampliada en los distintos pronunciamientos del sistema internacional de protección de los Derechos Humanos, se usa para designar toda aquella medida que puede ser <utilizada para resarcir a las víctimas por los diferentes tipos de daños (Materiales, personales, daños intangibles o simbólicos, a los individuos o grupos) que hubieren sufrido como consecuencia de ciertos crímenes cometidos con ocasión del conflicto armado (Gutiérrez, 2010, pág. 12).

En este sentido, la justicia transicional deja un manifiesto jurídico y conceptual, que implica una cantidad de normas referentes a la complejidad del conflicto armado que se ha desarrollado en Colombia de manera asimétrica, lo que ha involucrado un gran número de víctimas que determinan el impacto de esta. Por tal motivo, se realiza conceptualización para la reparación de víctimas desde la justicia transicional.

Desde esta óptica se puede decir que con la Ley de Justicia y Paz se dio inicio al modelo de justicia transicional que hizo referencia a la triada justicia, verdad y reparación. De esta forma, con la expedición de la mencionada Ley entra formalmente el debate sobre justicia transicional y sobre “la función de la pena frente a la comisión de miles de conductas constitutivas de violaciones a los

derechos humanos y al DIH. En un lenguaje más propio del derecho penal se tratan de conductas concebidas hoy como crímenes internacionales” (Aponte, 2018, pág. 171). Con la Ley de Justicia y Paz para tasar la pena se tuvo en cuenta el último hecho y al último responsable lo que llevó a la masividad de hechos y autores que hacían imposible avanzar con el modelo de derecho penal que buscaba investigar y sancionar la última conducta y responsable, dando como resultado que la administración de justicia no logrará avanzar en el proceso por la imposibilidad fáctica.

Lo que es claro es que la ley de justicia y paz no se puede considerar un modelo de justicia, verdad y reparación como el que se busca en la justicia transicional, se puede enmarcar la ley de justicia y paz dentro de un modelo de justicia procesal penal que no cumple con la función de la pena que para el caso colombiano.

En la aplicación de la justicia transicional como mecanismo para lograr la transición de la guerra a la paz o de la dictadura a la democracia, se ha aplicado con mayor frecuencia la justicia retributiva o punitiva, }el modelo que se impuso, primero en los países latinoamericanos en las transiciones de la dictadura a la democracia y posteriormente en Guatemala y Salvador, en la transición de la guerra a la paz, fue un modelo orientado por el realismo político, que afirma la prioridad de las demandas de paz, frente a las exigencias de justicia retributiva o correctiva- como se denomina al intento de castigar a los criminales.

## CAPITULO 3

### 3. La retribución de la pena en la Ley 975 de 2005 “Ley de Justicia y Paz”

Una de las principales críticas realizadas a la Ley de Justicia y Paz, era la dificultad para una mejor atención a víctimas de grupos armados (Verdad abierta, 2011, pág. 1); situación que se llegó a subsanar, por así decirlo, con la llegada de la Ley de Víctimas y Restitución de tierras, que llega a complementar, la primera. Otro problema que se llegó a evidenciar, era la fecha límite para ejecutar la desmovilización ya que legalmente estaba dispuesta para antes del 25 de julio de 2005, lo que no llegó a suceder, debido a que la mayoría de desmovilizados surgieron después del día formulado; además “ de los más de 4800 postulados a Justicia y Paz, casi un 80% se desmovilizó después de la fecha de expedición de la Ley, mientras que algo más de 3600 hechos confesados dentro del proceso, ocurrieron con posterioridad al 25 de julio de 2005” (Verdad abierta, 2011, pág. 1).

Otro inconveniente encontrado por Carrero (2012), es de la privacidad de la información obtenida en juicios llevados a cabo bajo esta Ley son la excusa de una reserva sumarial, cuando se supone que estos resultados deben de responder a un interés común, más teniendo en cuenta el derecho de las víctimas a conocer la verdad de las situaciones dónde ocurrió algún tipo de vulneración de derechos. Así mismo, realiza un cuestionamiento respecto a cuál es la verdad que se busca mediante los procesos judiciales acontecidos en el marco de Justicia y Paz, ya que el autor manifiesta “que ni los jueces tienen realmente claro, quien es la víctimas y quien el victimario; así mismo el número total de fallecidos, desaparecidos” etc. (Carrero, 2012, pág. 58).

Además, Carrero (2012), evidencia una justificación casi que estandarizada de las verdaderas razones por las que se cometieron los actos criminales contra personas o comunidades enteras, manifestando que eran “auxiliares de la guerrilla, eran guerrilleros, eran viciosos, eran ladrones, eran prostitutas, eran homosexuales” (pág. 59). Sumado a lo anterior, dentro de los juicios los llamados victimarios tampoco habían revelado en su totalidad todo lo concerniente a sus acciones criminales, considerando número de víctimas, comportamientos delictivos puntuales, además del deber de señalar lo ocurrido con las personas que llegaron a desaparecer.

El autor señala y es reiterativo sobre la importancia del esclarecimiento de la verdad, remitiendo que este es un derecho de la comunidad de conocer las situaciones puntuales y motivaciones que conllevaron a los grupos alzados en armas a perpetrar los diferentes crímenes en contra de la humanidad. Conocer la historia, así esté contenida de contradicciones, barbaries, masacres y demás, es lograr un patrimonio, así éste no sea armónico. Como manifiesta Carrero (2012):

El derecho a la verdad presenta así una dimensión colectiva cuyo fin es preservar del olvido a la memoria colectivo, y una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte (pág. 60).

Este derecho tiene que estar garantizado por el mismo Estado, por medio de una exhaustiva indagación de los hechos, identificación de actores, además de la correspondiente captura y sanción de los implicados; la idea, es que no llegue a presentarse situaciones de impunidad, develando todos los hechos, entramados de poder, irregularidades y demás presentadas.

Por su parte, Rio, García, Silva y López (2012), manifiestan contradicciones entre lo planteado dentro de la Ley 975 de 2005, y lo que ocurre realmente con la aplicación de esta. Una de estas ambigüedades se dirige en torno a la aplicación de cargos individuales a través de unos criterios que se estipularon para grupos de desmovilizados; así mismo no existen criterios concretos que estipulen los pasos a ejecutar (pág. 153). También expresan estos autores que:

Con respecto a la pena alternativa, la cual supone un mínimo de cinco años y un máximo de condena de ocho años, por delitos que en el código penal pueden llegar a alcanzar, por ejemplo, cuarenta o sesenta años de cárcel, tiene la ventaja de acumular penas, convirtiéndose en herramienta de escape para victimarios cobijados por la Ley (Rio, García, Silva y López, 2012, pág. 153).

Lo que conlleva a estos autores a manifestar falencias en la previsión de las características de la contingencia, lo que acarrea múltiples interpretaciones de un solo manifiesto, a veces generando inacción; lo que demuestra que en muchas ocasiones las Leyes se estipulan sin tener en cuenta un elemento de suma importancia, que es el humano. Ahora bien, uno de los mayores análisis realizados a esta Ley, es interpretada en La Sentencia C-370 de 2006 en la cual se elaboró una evaluación de constitucionalidad; esta, es estudiada por Fajardo (2017), el cual manifiesta que la petición se organizó sobre 4 pilares, los cuales según el autor son:

1) Inconstitucionalidad formal por no haberse tramitado como una Ley estatutaria. 2) Inconstitucionalidad formal de algunos artículos, por faltas graves en el procedimiento. 3) Inconstitucionalidad material de la Ley por generar un perdón general al modo de indulto frente a graves violaciones de derechos humanos. Y 4) Inconstitucionalidad material de algunos artículos de la norma por desconocer parcialmente los derechos de las víctimas y de la sociedad a la verdad, justicia y reparación por los hechos sucedidos (Fajardo, 2017, pág. 8).

A pesar de que muchos de sus artículos hoy en día se encuentren vigentes, otros por el contrario tuvieron la finalidad de declararse inexecutable. De lo encontrado por la corte, se estableció que se evidenció oposición de derechos, y por ende se evaluó cuáles de ello se encontraban en esta situación para así mismo poder encontrar la armonía entre ellos, esto a través de un método típico empleado por la corte que es la ponderación. Dentro de los resultados, se identificó que “el indulto para delitos graves contra los derechos humanos está prohibido. Todo crimen debe ser castigado, y no pueden plantearse penas o sanciones que en

realidad se conviertan en formas de indulto disfrazado”; lo que, en la Ley 975 de 2005, se disfraza en el sentido que de cierta forma legítima las acciones de cabecillas paramilitares, facilitando un paso temporal por cárceles de la nación, pero ayudándoles a evitar un pago justo y completo de la pena por la magnitud de los actos cometidos, para luego llegar a puestos políticos sin ningún tipo de reparo.

Finalizando, el autor admite que la Ley de Justicia y Paz es un instrumento en el que se pretendía un genuino propósito, pero el cual incluía una serie de riesgos que no se evidenciaban a simple vista.

El deber del Estado no solo implica un acercamiento a la reparación de las víctimas, y establecer una cuota de victimarios que en apariencia cumplan algún tipo de condenas; también es el de garantizar a toda la ciudadanía una paz que prevalezca.

### **3.1. Los Efectos Jurisprudenciales de la Ley de Justicia y Paz de 2005**

Para el análisis de este acápite, se realizará un estudio de casos basándose en dos sentencias de distinta índole, propiciando un análisis de mayor riqueza partiendo de tres posturas las cuales son: 1. Estudio de la Ley desde la Constitucionalidad de algunos de sus artículos basándose en la cosa juzgada por parte de la Corte Constitucional; y 2. Estudio de un dictamen de Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá al Bloque Tolima en el año de 2016.

#### **3.1.1. Caso Corte Constitucional**

En el análisis de este apartado, en dónde el objeto principal acusado es la declaración de inexecutable de uno o varios artículos, la sentencia seleccionada es la C-575-06, cuyo asunto esencial giraba en torno de la poca factibilidad de considerar víctima a miembros de la Fuerzas Militares (en adelante F.M), debido a que son ellos los que hacen parte y de cierta forma sostienen un conflicto armado, teniendo en cuenta su función de protección desde la defensa y el ataque; así que desde el documento citado se expone que:

Para los demandantes la disposición acusada genera una discriminación en la medida en que considera como víctimas a los miembros de la fuerza pública, dando lugar entonces a que ya no existan dos bandos claramente diferenciados, que se enfrentan en el marco de un conflicto armado sino que sólo habría un actor “que le causa mal a otro”, en este caso a la fuerza pública, por tanto se parte del supuesto que Colombia no sufre un conflicto armado sino que la fuerza pública es objeto de enemigos de las instituciones, caso típico de la delincuencia organizada y no de una confrontación interna. Afirman que de esta manera se desconoce lo previsto en el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra y el protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra, pues dicha disposición establece expresamente dos grupos de personas que hacen parte de los conflictos armados

a saber, aquellos que no participan directamente en las hostilidades y aquellos que sí (Derecho de la Guerra-Principio de Distinción).

Entonces el anterior asunto recae en una discusión respecto a la consideración de quién es y quien no es víctima, teniendo en cuenta su participación o inactiva dentro del conflicto armado. Desestimando la posibilidad de que los miembros de las F.M, tengan este tipo de connotación, pero alternativamente generando del mismo modo la inquietud, de quien es considerado victimario o constituyente de pena.

Desde la Corte, se estableció que existen elementos claros de indumentaria que distinguen un bando de otro, y de los mismos civiles; teniendo claro que estos últimos no son partícipes del conflicto, significando esta última para la legislación colombiana y el derecho internacional, como persona protegida, avalado esto por el Convenios de Ginebra de 1949 en sus artículos 3° y 5°.

Frente a lo anterior se observa una clara delimitación de la asunción de victima para este caso; es decir, miembros de las F.M se consideran como tal, siempre y cuando hayan sufrido lesiones ocasionales o fijas, y que les haya generado algún tipo de invalidez, o hayan sido violentados física o moralmente por parte del grupo ilegal alzado en armas.

Como declaratoria, el inciso 4° del artículo 5°, es declarado exequible ya que reflexionan que lo trazado no es contradictorio de lo estipulado del Derecho Internacional, ya que se consideran unos mínimos observados por el Estado, y la amplitud de estas disposiciones “es legítima cuando ello no comporta una distorsión de los principios que regulan la materia” (Corte Constitucional Sentencia C - 575, 2006).

Así que los integrantes de las F.M. que se encuentren en vulneración física y conlleve a una incapacidad permanente, son considerados víctimas. En casos contrario, no; así que el momento de aplicabilidad de pena, hay que tener en cuenta este tipo de disposiciones tanto de la Ley como de la Sentencia estudiada.

## Conclusiones

Colombia al ser un Estado Social de Derecho cuenta con un entramado normativo que se orienta a mantener el orden en todos sus contextos; para tal fin, he preestablecido una serie de principios que se orientan a respetar en la medida de lo posible la normatividad que rige el país y a su vez los convenios, acuerdos, tratados de los que el Estado colombiano hace parte. Sin embargo, según las necesidades a cubrir, en este caso la guerra interna, la normatividad tiende a “cambiar”, o a modificar algunos preceptos, aparentemente inalterables, con el propósito de lograr fines que anteriormente parecían inalcanzables.

Así, es el caso de la Ley de Justicia y Paz que desde su origen se orientó como una norma pionera para ofrecer un mecanismo de alternatividad penal, en pro de la reinserción de los grupos al margen de la ley a la vida civil, por medio de una “oferta” sancionatoria muy favorable para quienes estuvieron alzados en armas.

Dentro de este contexto con la investigación se buscó dar respuesta a la siguiente pregunta de investigación *¿cuáles fueron los criterios teóricos y normativos que se tuvieron en cuenta para la retribución de la pena en la Ley de Justicia y Paz?* Los criterios teóricos o doctrinarios se fundamentaron básicamente en el ideal de lograr la paz, a través de un modelo de sanción que tenía como centro la resocialización del infractor por medio de la pena alternativa que permite que los individuos desmovilizados se beneficien de una sustitución punitiva considerable respecto de delitos graves que hayan llevado a cabo durante y con ocasión a su pertenencia al grupo armado desmovilizado, acompañado del carácter resocializador de la pena o sanción.

También se afianzó en el carácter de un modelo eficientista que se caracteriza por la flexibilización de las garantías de los acusados con el ánimo de producir resultados rápidos en la ejecución de condenas o absoluciones para descongestionar la justicia. También tuvo como centro del debate que dicha Ley se consagrará como un marco de garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de víctimas de delitos de lesa humanidad, aspecto que le dé el carácter de justicia transicional. Al respecto, la víctima se podía hacer parte del proceso afianzando los postulados de los Derechos Humanos.

En cuanto a los aspectos normativos la Ley 975 de 2005, de primera mano se debe expresar que dicha Ley ha tenido un sinnúmero de transformaciones que se orientan a responder las demandas que ha tenido de sus decretos reglamentarios como por ejemplo el Decreto 4760 de 2005 y muchos otros más. También dicha Ley se erigió bajo la orientación de la Constitución Política de Colombia de 1991 que constituye la carta de navegación. Desde el enfoque penal tuvo en cuenta la Ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal – y la Ley 599 de 2000 – Código Penal –. En la parte administrativa tuvo en cuenta el Código Contencioso Administrativo de la época. Para el desarrollo de la investigación se tuvo en cuenta solamente la normativa penal.

Aclarado lo anterior, se concluye que desde la visión de la justicia transicional de la Ley de Justicia y Paz la petición de castigo de los responsables de crímenes atroces debe interpretarse dentro del marco de las restricciones impuestas por el contexto de una transición; lo que

requiere, laxitud también por parte del ciudadano que trata de encontrar coherencia ante estas vicisitudes, para poder llegar a una comprensión de las decisiones del Estado.

Pero esta capacidad de entendimiento, teniendo en cuenta la justicia transicional, también debe de tener límites, en el sentido de que, bajo cualquier otra excusa, o situación demarcada como “especial”, el Estado, a través del legislador, desvían los preceptos iniciales, pasando por encima de principios como, por ejemplo, el de confianza legítima, y adecuan la normatividad a “voluntad”, en interés del gobernante que este de turno, y de su consecuente plan de gobierno. De ahí, la importancia de la justicia restaurativa que ha tratado de canalizar las tensiones emanadas de la justicia transicional y retributiva. Lo esencial sobre la justicia transicional es que cumple un rol de mecanismo de urgencia del que debe hacer uso sociedades como la nuestra, que se encuentra en conflicto constante, con el fin de restablecer las libertades y garantías ciudadanas. Sin embargo, para que la justicia transicional logre el alcance deseado se deben integrar al proceso a todos los implicados en el marco del conflicto armado.

Al respecto la justicia restaurativa, no sólo busca involucrar a todas las partes del conflicto, sino que también se dirige a la restauración de valores como la moral, dignidad y equidad social. La justicia restaurativa integra además una forma de pensar a cerca del daño y el conflicto, mediante la revisión minuciosa en la forma como se responde al crimen y como la sociedad resuelve sus conflictos. La diferencia con el sistema legal tradicional es que éste se fundamenta en las consecuencias legales – reglas y castigos –, mientras que la justicia restaurativa parte de los aspectos humanos del conflicto en pro de reparar y curar el daño.

La justicia restaurativa como nuevo mecanismo de la victimología y la criminología definitivamente reconoce la reparación integral como la mejor forma de resarcimiento. Esto en parte a que la justicia restaurativa ha integrado una redefinición de la víctima en el marco del proceso penal. Lo anterior, como respuesta a la concepción normativista de la pena dada por el derecho penal retributivo en el que se distanció al infractor de la víctima colocándola como sujeto pasivo.

Lo que conlleva a pensar, que sí la reducción del término de la pena verdaderamente era una garantía de no repetición de esas acciones; o sin, por el contrario, era una manera de amortiguar los delitos, que a pesar de que se garantizaba una pena cumplía, no se sostenía que, cumplido ese periodo, los inculpados no seguían en los mismos comportamientos.

De otra parte, los encuentros restaurativos reportarían un gran beneficio a las víctimas del posconflicto colombiano; sin embargo, debido al gran número de víctimas del conflicto armado en Colombia se requiere afianzar las estrategias para lograr una mayor cobertura sin sacrificar la individualidad de las víctimas. En procesos de macro-victimización como el gestado en Colombia las víctimas has sido muchas veces poblaciones completas, así lo demuestra la historia colombiana con los innumerables ataques que ha sufrido la población civil, que tienen en común la unidad, identidad común y costumbres ancestrales. En este contexto, el Estado colombiano debe continuar un proceso de visibilización de las víctimas para evitar al máximo la revictimización y generar de esta forma un beneficio general a la población representada en colectivos de víctimas-comunidad dispuesta al dialogo.

En este sentido, las practicas restaurativas constituyen un elemento fundamental para generar un diálogo entre víctima, ofensor, y de ser el caso la comunidad, este acercamiento en pro de la verdad y la reparación, es igualmente el mejor escenario para la reinserción del agresor, quien con su arrepentimiento, disculpa y reparación puede acceder a un lugar en la comunidad, concretando la reconstrucción de la convivencia y la pacificación, dejando atrás su etiqueta de agresor y convirtiéndose en un elemento productivo y aceptado en la comunidad, vivenciando así la concreción de la Justicia restaurativa. La implicación de las víctimas en los procesos de reinserción se ha planteado en Colombia y su aplicación frecuente redundaría en una mayor eficacia y prontitud de la reinserción social.

Es importante hacer una pedagogía acerca de la Justicia retributiva y los mecanismos desarrollados por la misma, la tradicional tendencia retributiva de la Justicia ha llevado a una interpretación sesgada de los acercamientos entre víctimas y victimarios, una interpretación que los relaciona con impunidad y banalización del daño, y que previene en buena medida, a la sociedad de abrazar estos procesos como una alternativa para superar el perjuicio causado.

Las victimas merecen saber de estos mecanismos, acceder si es su voluntad a los mismos y beneficiarse, una enseñanza de estos en las diferentes comunidades con un lenguaje de fácil comprensión y con mecanismos asequibles para las víctimas, puede marcar la diferencia e implicar más personas en estas alternativas pacificadoras.

Los actos de perdón, promovidos por las instituciones, son en gran medida muestras de buena voluntad de los agresores que suelen conducir a disculpas a nivel macro que respaldan las policías institucionales, sin embargo, pueden caer en la politización y convertirse en instrumentos de publicidad alejándose de su propósito reparador. Los mecanismos ofrecen una dimensión más personal y probablemente más significativos para las víctimas, aunque los ofensores no sean los que directamente las violentaron y solo sea parte de las organizaciones delictivas que ejercieron la violencia, el contacto más personalizado cobra una mayor trascendencia a la hora de superar el dolor causado.

## Referencias

- Acto Legislativo 03 de 2002. (19 de diciembre de 2002). Por el cual se reforma la Constitución Nacional. Bogotá, D.C.: Congreso de Colombia.
- Álvarez, GI; Henao, O y Tapasco, R. (2011). *Análisis de la incidencia de la ley 1448 de junio de 2011 de víctimas y restitución de tierras en el desarrollo rural*. Bogotá: Corporación Universitaria Lasallista.
- Aponte, C. (2018). Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional. Aportes posibles del derecho penal a las garantías de no repetición. En A. Kai, *Justicia transicional y derecho penal internacional* (págs. 167 - 201). Universidad de Antioquia : Siglo del Hombre Editores.
- Ávila, K. (2007). Aproximación al estudio de la pena desde una perspectiva crítica. *Revista de las disciplinas del Control Social*, 35(1), 5-44.
- Barreto, A. (2009). Las víctimas en el proceso de justicia y paz. Carácter simbólico de la verdad, la justicia y la reparación en la transición hacia la convivencia tolerante. *Derecho penal y criminología*, 30(89), 17 - 36.
- Beccaria, C. (2000). *De los delitos y de las penas. Con el comentario de Voltaire*. España: Alianza Editorial.
- Bellati, C. (3 de mayo de 2000). *La evolución de las explicaciones finalistas del delito imprudente*. Obtenido de noticiasjuridicas.com: [http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200005-delimpru\\_arg.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200005-delimpru_arg.html)
- Cancio, M. (1998). *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Carrara, F. (1993). *Derecho Penal*. México: Colección clásicos del Derecho.
- Carrero, L. (2012). *Ley de justicia y paz 975 de 2005 (Análisis Jurídico de la Implementación de la Ley)*. Bogotá, D.C.: Universidad de Santo Tomás en Convenio con la Universidad de España.
- Constitución Política de Colombia. (20 de julio de 1991). Gaceta Constitucional No. 116 . Pueblo de Colombia.
- Córdoba, A y Ruíz, L. (2001). Teoría de la Pena, Constitución y Código Penal. *Derecho Penal y Criminología*, 22(71), 55-67.
- Corte Constitucional Sentencia C - 575. (25 de julio de 2006). Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, D.C.
- Corte Constitucional Sentencia C-1404. (19 de octubre de 2000). Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Diaz y Alvaro Tafur Galvis. Bogotá, D.C.
- Corte Constitucional Sentencia C-312. (30 de abril de 2002). Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C.

- Corte Constitucional Sentencia C-647. (20 de junio de 2001). Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, D.C.
- Corte Constitucional Sentencia C-679. (19 de noviembre de 1998). Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, D.C.
- Corte Constitucional Sentencia C-806. (3 de octubre de 2002). Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D.C.
- Corte Constitucional Sentencia T - 388. (28 de junio de 2013). Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa. Bogotá, D.C.
- Corte Constitucional Sentencia T - 718. (24 de noviembre de 2015). Magistrado ponente: Joerge Iván Palacio Palacio. Bogotá, D.C.
- Corte Constitucional Sentencia T - 762. (15 de diciembre de 2015). Magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, D.C.
- Corte Constitucional Sentencia T-629. (13 de agosto de 2010). Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá, D.C.
- Davis, L. (2009). *Transitional justice and security system reform, initiative for peacebuilding*. Obtenido de [www.ictj.org/en/tj/783.html](http://www.ictj.org/en/tj/783.html)
- Daza, G. (Enero - junio de 2016). La pena alternativa en la Ley de Justicia y Paz. *Revista Principios Iuris*, 13(25), 65 - 76.
- Decreto 1290. (22 de abril de 2008). Para efectos del Régimen de transición para solicitudes de indemnización por vía administrativa anteriores a la expedición del presente decreto, ver el art. 155 del Decreto Nacional 4800 de 2011. Bogotá, D.C.: Presidencia de la República de Colombia.
- Decreto 3391. (29 de septiembre de 2006). Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005. Bogotá, D.C.: Presidencia de la República de Colombia.
- Delgado, B. (2011). Una justicia transicional sin transición: verdad, justicia, reparación y reconciliación en medio del conflicto. *Revista Análisis Internacional*(4), 53 - 67.
- Draper, J. (2003). Procedimiento jurídico y utilidad. *Revista de Filosofía Jurídica y Política*, 37, 287-307.
- Fajardo, A. (2017). La ley de justicia y paz, análisis constitucional, competencia de la jurisdicción internacional y efectos en el desarrollo humano. *Revista electrónica de difusión científica*, 1-50.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Feuerbach, P. (1966). *Revisión de los fundamentos y conceptos fundamentales del Derecho Penal positivo (1799 - 1800)*. Obtenido de Tratado de Derecho Penal: [https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1440/mod\\_resource/content/1/feuerbach.pdf](https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1440/mod_resource/content/1/feuerbach.pdf)
- Fiscalía General de la Nación. (2008). *Perspectiva de Política Criminal. Construyendo un Derecho Garantista*. Colombia: Fiscalía General de la Nación.

- Garófalo, R. (2007). *Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión. Traducido por Pedro Dorado Montero. Catedrático de la Universidad de Salamanca.* Argentina: Valleta ediciones.
- Gutiérrez, L. (2010). *La Reparación de víctimas de desaparición forzada.* Bogotá, D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Hassemer, W. (1982). *Derecho Penal y Ciencias Sociales.* Barcelona: Edición de Santiago Mir Puig.
- Hernández Sampieri, R. (2014). *Metodología de la Investigación* (6° ed.). México Distrito Federal: McGrawHill Education.
- Honneth, A. (julio-diciembre de 2006). El Reconocimiento como ideología. *Isegoría*(35), 129-150.
- Jiménez, A. (1929). *Tratado de Derecho Penal.* Madrid: Reux.
- Jiménez, D. (2001). *Defensa social, legítima defensa, defensa punitiva y otros temas penales. Volumen 5. Serie.* México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Kindhäuser, U. (2010). Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación y fundamentación ético - jurídica de la penal criminal. *Derecho y Humanidades*, 1(16), 31 - 48.
- Lesch, H. (1999). *La función de la Pena. (Traducción) Javier Sánchez Vera Gómez – Trelles.* Colombia: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.
- Ley 1448. (10 de Junio de 2011). Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Bogotá, D.C.: Congreso de la República.
- Ley 599. (24 de julio de 2000). Código Penal. *Diario Oficial No. 44.097.* Bogotá, D.C.: Congreso de Colombia.
- Ley 975. (25 de Julio de 2005). Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. *Diario Oficial 45.980.* Bogotá, D.C.: Congreso de Colombia.
- López, G. (2012). *Derecho Penal I.* Red Tercer Milenio.
- Mañalich, R. (2007). La pena como retribución. Primera parte: la retribución como teoría de la pena. *Derecho Penal y Criminología*, 28(83), 37 - 74.
- Mari, E. (1983). *La problemática del castigo: el discurso de Jeremy Benthan y Michel Foucault.* Buenos Aires: Hachette.

- Monje, A. (2011). *Metodología de la Investigación Cuantitativa y Cualitativa: Guía Didáctica*. Neiva: Universidad Surcolombiana, Facultad de Ciencias Humanas y Sociales.
- Morales, R. (2001). Dogmática jurídica y sistema jurídico aproximaciones a la sociología y antropología jurídicas. *Bira*, 457-472.
- Quecedo, L y Castaño, G. (2003). Introducción a la Metodología de La Investigación Cualitativa. *Revista de Psicodidáctica*(14), 5 - 40.
- Rico, J. (1979). *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*. México: Siglo XXI.
- Rio, F; García; Silva y López, L. (2012). Análisis metacontingencial de la Ley de “Justicia y Paz” (975 de 2005) en Colombia. *Revista latinoamericana de psicología*, 44(1), 149-157.
- Rodríguez, M. (2007). Las razones del Derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*(9-10), 1-20.
- Roxin, C. (1993). *Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sáez, V. (2007). *La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia*. España: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.
- Sánchez, H. (2004). *Colección de pensamiento jurídico numero 14*. Colombia: Procuraduría General de la Nación.
- Uprimny, Y, y Saffon, S. (5 de abril de 2005). *La ley de “justicia y paz”: ¿una garantía de justicia y paz y de no repetición*. Obtenido de [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_61.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_61.pdf)
- Verdad abierta. (4 de octubre de 2011). *Los puntos críticos de Justicia y Paz*. Recuperado el 17 de mayo de 2020, de <https://verdadabierta.com/los-puntos-criticos-de-justicia-y-paz/>
- Vidaurri, A. (s.f.). *Las teorías de la pena*.
- Welzel, H. (1976). *Derecho Penal Alemán*. Chile: Editorial Jurídica.
- Welzel, H. (2005). *Las penas y las medidas de seguridad*. Colombia: Leyer.
- Zyl, V. (2011). Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto. En C. I. Justicia, *Justicia transicional: manual para américa latina* (págs. 47-51). Brasilia: Felix Reategui Editor.