

PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA Y LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

Rafael Velandia Montes¹

ORCID: 0000-0003-4947-5544

Correo electrónico: rvelandia@ucatolica.edu.co

Resumen

El acuerdo final para concluir el conflicto en Colombia estableció sanciones no privativas de la libertad, incluso para los delitos más graves, a quienes reconocieran su responsabilidad. Así, el problema es si dichas sanciones satisfacen o no los estándares de la justicia penal internacional. Analizados los fines de la pena a nivel nacional e internacional, se evidencia que las sanciones no privativas de la libertad no satisfacen los estándares de la justicia penal internacional, en donde la retribución y la prevención general negativa son los fines principales y la prisión es considerada como la única pena que puede cumplirlos. Empero, la dinámica del poder determinará el ejercicio de la justicia penal internacional en el caso colombiano.

Palabras clave: acuerdo de paz en Colombia, justicia penal internacional, fines de la pena, retribución, prevención general negativa.

PEACE PROCESS IN COLOMBIA AND INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE

Abstract

The final agreement to end the conflict in Colombia established non-custodial sanctions, even for the most serious crimes, to those who recognized their responsibility. Thus, the problem is whether or not such sanctions meet the standards of international criminal justice. Once analyzed the aims of punishment at national and international level, it is evidenced that non-custodial sanctions do not meet the standards of international criminal justice, where retribution and deterrence are the main purposes of punishment and prison is seen as the only way to

¹Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad de Zaragoza, España; Diploma de Estudios Avanzados (D. E. A.) de la Universidad de Zaragoza, España, en el área de Filosofía del Derecho; especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia y abogado de la misma casa de estudios.

achieve them. However, the dynamics of power will determine the exercise of international criminal justice in the Colombian case.

Keywords: Colombian peace agreement, international criminal justice, aims of punishment, retribution, deterrence.

PROCESSO DE PAZ NA COLÔMBIA E NA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL

Resumo

O acordo final para acabar com o conflito na Colômbia estabeleceu sanções não-custodiadas, mesmo para os crimes mais graves, para aqueles que reconheceram sua responsabilidade. Assim, o problema é se tais sanções atendem ou não aos padrões da justiça criminal internacional. Uma vez analisados os objetivos da punição a nível nacional e internacional, evidencia-se que as sanções não custodiais não atendem aos padrões da justiça criminal internacional, onde a retribuição e a dissuasão são os principais propósitos de punição e a prisão é vista como a única maneira de alcançá-las. No entanto, a dinâmica do poder determinará o exercício da justiça criminal internacional no caso colombiano.

Palavras-chave: acordo de paz na Colômbia, justiça criminal internacional, fins das penas, teoria absoluta ou da retribuição, prevenção geral negativa.

Introducción

El 24 de noviembre de 2016, el presidente de Colombia, Juan Manuel Santos Calderón, y Timoleón Jiménez, Comandante del Estado Mayor Central de las FARC-EP, suscribieron el *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, de aquí en adelante *Acuerdo final*, para poner fin al conflicto armado interno de más de los últimos 50 años. En dicho acuerdo se estableció, en el punto 5º, un “Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: ‘Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición’, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos” (Acuerdo, 2016: 124), que incluyó el reconocimiento de derechos de las víctimas como, entre otros, a la verdad, la reparación, garantías de protección, seguridad y de no repetición

(Acuerdo, 2016: 124-125). Así, se estableció un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) para “la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario” (Acuerdo, 2016: 127), junto con mecanismos extrajudiciales complementarios que contribuirán “al esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido, la búsqueda de los seres queridos desaparecidos y la reparación del daño causado a personas, a colectivos y a territorios enteros” (Acuerdo, 2016: 127). Este SIVJRNR “hace especial énfasis en medidas restaurativas y reparatorias, y pretende alcanzar justicia no solo con sanciones retributivas” (Acuerdo, 2016: 128). Además, uno de los 5 mecanismos y medidas de este SIVJRNR es la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), “para administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario” (Acuerdo, 2016: 129).

La JEP se ocupa “exclusivamente y de manera transitoria de las conductas relacionadas directa e indirectamente con el conflicto armado, no implica la sustitución de la jurisdicción ordinaria” (Acuerdo, 2016: 129): es posible la concesión de “amnistías o indultos por el delito de rebelión y otros delitos políticos y conexos”, pero no en los casos de crímenes de lesa humanidad, ni otros crímenes definidos en el Estatuto de Roma (Acuerdo, 2016: 148), que deberán ser objeto de la JEP. La JEP tiene dos procedimientos: uno de reconocimiento de verdad y responsabilidad y otro de ausencia de ellas. Las sanciones aplicables a quienes reconozcan verdad exhaustiva, detallada y plena, “respecto a determinadas infracciones muy graves”, tendrán “un mínimo de duración de cumplimiento de las funciones reparatorias y restauradoras de la sanción de cinco años y un máximo de ocho años” (Acuerdo, 2016: 164-165). Además,

las sanciones alternativas para infracciones muy graves que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad...tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años” (Acuerdo, 2016: 165). Finalmente, cuando “no exista reconocimiento de verdad y responsabilidad” (Acuerdo, 2016: 166), las sanciones “cumplirán las funciones previstas en las normas penales, sin perjuicio de que se obtengan redenciones en la privación de libertad, siempre y cuando el condenado se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de libertad...la

privación efectiva de libertad no será inferior a 15 años ni superior a 20 en el caso de conductas muy graves (Acuerdo, 2016: 166).

Justamente, estas sanciones no privativas de la libertad para los delitos más graves, han generado inconformidad en diversos agentes sociales. En tal sentido, se afirmó que quedaban en impunidad “el asesinato y secuestro de policías y soldados en muchas ocasiones indefensos... todos los delitos de lesa humanidad como el secuestro... el reclutamiento y violación de niñas... los carros bomba, la destrucción de 200 municipios. Los mayores responsables de estas atrocidades no van a la cárcel ni a lugares alternativos. Se anuncian sanciones como restricciones de residencia y de movilidad que serán inaplicables porque coincidirán con el ejercicio político de sus actores. La misma justicia internacional denomina simbólicas a estas sanciones” (Los 10 duros, 2016)². En sentido similar, Farid Alberto Usme, representante de la Mesa de Víctimas en Antioquia, sostuvo: “No estoy de acuerdo con que se les den penas en las que no vayan a la cárcel. Quienes son acusados por crímenes de lesa humanidad tienen que ir a prisión porque la justicia tiene que estar por encima de cualquier acuerdo. Si no van a la cárcel, para mí esto implicaría impunidad” (Penas alternativas, 2015). Así mismo:

Human Rights Watch ha manifestado serias objeciones al hecho de que... el acuerdo de paz pueda permitir que responsables de crímenes de guerra no reciban un castigo genuino por los delitos graves de los que son responsables... Uno de los puntos clave de preocupación... han sido las sanciones que se impondrán a los responsables de crímenes de guerra que confiesen de manera plena y oportuna sus atrocidades... los criminales de guerra que cooperaran plenamente con la Jurisdicción Especial para la Paz quedarían eximidos de penas de prisión y debían cumplir ‘restricciones efectivas de libertades y derechos’ mientras llevaran a cabo tareas restaurativas³ (Human Rights Watch, 2017: 1).

²Las censuras completas en *Bases de un acuerdo* (2016: 19).

³En la misma línea: “...el acuerdo de víctimas garantiza que los máximos responsables de estas atrocidades eludan cualquier medida genuina de justicia, al permitir que quienes confiesen sus crímenes se libren de cualquier castigo siquiera remotamente serio... ‘Castigar’ a criminales de guerra confesos y condenados con penas de servicio a la comunidad es grotescamente desproporcionado’, sostuvo Vivanco. ‘La comunidad internacional no debería hacer la vista gorda ante esta fachada de justicia en nombre de la paz’” (Human Rights Watch, 2016).

También la Fiscalía⁴ de la Corte Penal Internacional ha manifestado sus reservas sobre el *Acuerdo final* al afirmar:

La Jurisdicción Especial para la Paz parece estar diseñada para determinar la responsabilidad penal individual, hacer que los perpetradores rindan cuentas y para descubrir la verdad integral, y a la vez procurar satisfacer los objetivos sancionatorios de disuasión, retribución, rehabilitación y restauración. El cumplimiento de estos objetivos no dependerá únicamente de los procedimientos y condiciones establecidos en el Acuerdo, sino también de la efectividad de las restricciones a la libertad impuestas sobre los individuos, cuya naturaleza aún debe precisarse claramente. (Corte Penal Internacional, 2016: 8)⁵

De esta manera, se advierten cuestiones de interés para este trabajo: ¿existe algún estándar en relación a qué y cuánta pena debe tener como imponible un delito? ¿Qué fin tiene la pena en la justicia penal internacional? En relación con los delitos más graves, que son los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra, ¿es la prisión la única forma de hacer justicia? A continuación, daremos respuesta a ellos analizando los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales pertinentes con el propósito de dilucidar el problema de investigación de este trabajo: ¿satisfacen los estándares de justicia internacional las sanciones de contenido restaurativo y reparador y las restricciones de libertades y derechos del SIVJNR? Comenzaremos a dar respuesta a ello analizando los parámetros de criminalización y de punibilidad.

⁴El proceso de paz en Colombia ha estado en un proceso de permanente examen preliminar desde junio de 2004 (Corte Penal Internacional, 2016: 2).

⁵El 13 de septiembre de 2017, la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, luego de haber visitado Colombia, señaló: “La implementación del acuerdo histórico de paz concluido entre el Gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del pueblo (“FARC-EP”) entra en una etapa decisiva... Su determinación para garantizar la verdadera responsabilidad por los crímenes más graves y el respeto de los derechos de las víctimas será esencial para superar los retos en la implementación del Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición requerido por el acuerdo de paz” (Bensouda, 2017). Si bien la Fiscal no hizo mención expresa a la cuestión de la pena imponible, sí hizo referencia a garantizar “la verdadera responsabilidad” por los delitos más graves, lo que puede ser interpretado razonablemente como una mención a la clase y monto de la pena imponible a dichos crímenes. Es decir, la exigencia de una pena que responda a la gravedad de las conductas cometidas.

¿Estándares en los procesos de criminalización y punibilidad?

¿Existe un parámetro sobre si una conducta se criminaliza⁶ y cuánta pena debe tener? Al respecto debe señalarse que no hay un estándar sobre qué conducta se criminaliza: si bien hay consenso sobre la tipificación de ciertos comportamientos (homicidio, lesiones personales, hurtos, falsedades, etc.), porque además se satisfacen los principios de *ultima ratio* y fragmentariedad, también lo es que hay comportamientos sobre los cuales no es necesaria tal intervención, sin perjuicio sobre la discusión que se da cuando ya se ha hecho, por ejemplo, la criminalización de conductas relacionadas con la seguridad vial (Velandia-Montes, 2015b: 9).

Asimismo, no puede pasarse por alto que el proceso de criminalización es un proceso altamente selectivo debido a su naturaleza de protección de intereses: “las sociedades son un campo de conflictos sociales permanentes debido a que los diversos agentes sociales interactúan en aras de satisfacer sus intereses. Una de las formas de lograr dicha satisfacción por parte de quienes resulten triunfantes en la interacción social es a través de la configuración de lo normativo, pues la legislación puede asegurar el goce del interés respectivo y el uso del poder estatal para protegerlo” (Velandia-Montes et al., 2018). En tal sentido, el Derecho Penal es una herramienta muy poderosa en la protección de intereses debido a que tiene las sanciones más drásticas del ordenamiento jurídico. Si bien el proceso de criminalización debería estar guiado por la satisfacción y protección de los intereses colectivos, la realidad es que ello no es así.

Entonces, desde la perspectiva de su criminalización, en el orden interno existe un ámbito de decisión del Estado como soberano para determinar cuáles conductas criminaliza o no, de acuerdo, desde una perspectiva de *lege ferenda*, a los principios de *ultima ratio* y de fragmentariedad, o, desde una óptica de *lege data*, a los intereses de los sectores sociales con poder para definir el Derecho Penal. Además, existe otro campo en el cual los Estados están

⁶Hoy en día se usa indiscriminadamente al Derecho Penal como herramienta frente a todo tipo de conflictividad social (Velandia-Montes, 2015a: 13). Empero, el Derecho Penal Internacional tiene un número bajo de comportamientos criminalizados en comparación con el Derecho Penal ordinario y no parece razonable que aquel vaya a aumentarse en la misma proporción que este debido a las dificultades en su proceso de criminalización a través de tratados.

obligados a tipificar como delito ciertas conductas en cumplimiento de obligaciones derivadas de tratados, como, verbigracia, conductas constitutivas de maltrato contra las mujeres⁷.

En lo que concierne a qué clase y cuánta pena debe tener un comportamiento sobre el cual ya se ha decidido su criminalización la cuestión es aún más compleja: en las sociedades occidentales, la pena de prisión ostenta un lugar predominante en las políticas penales contemporáneas (Velandia-Montes, 2015a: 71), sin dejar de lado que la pena de muerte y de cadena perpetua aparecen en el escenario de opciones, si bien se emplean minoritariamente. De tal suerte, la definición de mínimos y máximos de pena es un asunto muy intrincado y en donde solo se pueden hacer valoraciones en relación a casos en los que se ha establecido una pena muy baja para un comportamiento que se considera muy grave o una muy alta para uno que se estima no tan grave, pero que es una cuestión muy problemática en los casos medios, que es en donde están la mayoría de casos. Al respecto valga mencionar, lo que ocurre con los artículos 213 y 214 del Código penal colombiano: en el primero se criminalizó la inducción a la prostitución, con una pena de 11 a 22 años⁸. En principio no podría decirse nada sobre la pena, en concreto si es excesiva o si es muy baja⁹. Por supuesto, sí puede decirse que no es una pena muy baja, porque 11 años es un período de reclusión significativo¹⁰, pues equivale a un 15% de la esperanza de vida de un hombre y a un 13% de la de una mujer, que es de 73 y 79 años, respectivamente (Proyecciones de población, 5). El máximo de 22 años tampoco puede considerarse bajo, pues equivale a un 30% de la esperanza de vida de un hombre y a un 27% de la de una mujer¹¹.

Por ende, podemos decir que la pena del artículo 213 es una pena proporcional. Empero, tal visión entra en duda cuando se ve la pena del artículo 214, que criminaliza el constreñimiento

⁷Así, verbigracia, en la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem Do Para”, que en su artículo 7º ordena sancionar todas las formas de violencia contra la mujer. La Ley 248 de 1995 aprobó dicha Convención.

⁸También tiene como pena principal la de multa, de 66 a 750 SMLMV.

⁹Evidentemente pueden existir sectores o personas que estén a favor o en contra de tal pena por considerarla adecuada o muy alta o muy baja.

¹⁰Empero, víctimas del delito, sus familiares y determinados sectores sociales seguramente considerarán bajo el mínimo de 11 años. Así mismo, otros sectores sociales pueden considerar muy alto ese mínimo.

¹¹Desde luego, víctimas del delito, sus familiares y determinados sectores sociales seguramente considerarán bajo el máximo de 22 años.

a la prostitución, que tiene un mínimo de 9 y un máximo de 13 años¹². En efecto, lo primero que llama la atención es el aspecto cuantitativo menor en el mínimo, 2 años menos, pero más llamativo aun es el máximo: una diferencia de ¡9 años! De manera inmediata, la pregunta que surge es si no es más grave obligar a alguien al ejercicio de la prostitución que inducirla a él. Evidentemente, sin perjuicio sobre si debe estar criminalizada la inducción, es racional considerar más grave constreñir a alguien a algo que inducirla a hacer algo, pues en el primer caso se anula la voluntad de quien es sujeto del constreñimiento mientras que en el segundo este conserva la libertad de decisión sobre su conducta. Como se ve, no existe ningún sentido razonable para tal diferencia punitiva, ni se puede encontrar ninguna argumentación al respecto en el trámite del proyecto de ley que introdujo tal reforma (Proyecto de ley Número 214 de 2007 Cámara 25 de 2006 Acumulado 08 de 2006 Senado), pero los dos artículos mantienen su vigencia¹³.

Entonces, el caso mencionado expone la complejidad de la cuestión de cuánta pena debe tener un comportamiento: no existen estándares ni a nivel interno ni internacional. Sobre este punto vale la pena mencionar que la Corte Constitucional (2017: 25) ha indicado:

(...) no existen criterios objetivos que permitan sostener que a determinado delito corresponde, como sanción proporcionada, una determinada clase y medida de pena, comoquiera que la correlación entre estos dos extremos se establece a partir del consenso alcanzado en el debate democrático...es el producto contingente de una decisión legislativa auspiciada por consideraciones ético-políticas y de oportunidad... el Legislador goza de discrecionalidad para establecer penas diversas a distintos hechos punibles, pero siempre y cuando ‘se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros’.

Por ende, esta sentencia provee criterios que permite resolver la cuestión en casos extremos, pero no en los casos medios, como el que acabamos de mencionar sobre la inducción

¹²También tiene como pena principal la de multa, de 66 a 750SMLMV.

¹³En la sentencia C-636 de 2009, la Corte Constitucional se pronunció sobre el artículo 213, pero no se tocó el tema de la proporcionalidad de la pena en cuanto a su cantidad.

y el constreñimiento a la prostitución. Así, estimamos que la resolución de este tipo de casos, que hemos nominado como *medios*, es más intuitiva que razonada. En consecuencia, la decisión sobre la criminalización de una conducta (con la excepción de cuando se da como consecuencia del cumplimiento de obligaciones derivadas de tratados), así como la clase y monto de la pena imponible, es un asunto de discrecionalidad del órgano competente de cada país, de acuerdo a su contexto, lo que puede justificar que un país criminalice o no ciertas conductas y tenga establecidos unos mínimos y máximos mayores o menores a los de otros países en los casos de los comportamientos que ha tipificado como delito. A continuación, pasaremos a ocuparnos de los fines de la pena en los Derechos Penales nacional e internacional.

Fines de la pena en el ámbito nacional

Establecida la ausencia sobre parámetros de criminalización y de punibilidad, examinaremos el fin de la pena. Así, como Harhoff (2008) lo señala, el fin de la pena ha sido objeto de mayor atención a nivel interno que internacional, sin que pueda decirse, en todo caso, que la cuestión ya esté zanjada. No haremos una exposición completa ni de las teorías ni la discusión que se ha suscitado sobre ellas¹⁴, porque ello excede los propósitos de este escrito. Empero, en la dogmática existen posiciones que defienden una sola teoría (teorías únicas), una mezcla de teorías, las llamadas “teorías mixtas o unificadoras o de la unión” (Roxin, 1997: 93)¹⁵, o de elementos de varias teorías que se van presentando en diversos momentos de funcionamiento del sistema penal¹⁶ (Roxin, 1997), aunque, en la actualidad, la retribución ha tomado un papel preponderante en la política penal como consecuencia del descrédito de la resocialización (Velandia-Montes, 2015a), seguida muy de cerca por la prevención especial

¹⁴La bibliografía en este campo es abundante, pero a continuación se indican algunas obras que ilustran al respecto sobre los puntos fundamentales y problemáticos de la cuestión: Costa (1953); Boonin (2008); Dearing (2017); Duff (2001); Golash (2005); (Hart: 2008); Hegel (2003); Honderich (2006); Hörnle (2015); Jakobs (1996); Jakobs (1997); Jakobs (2002); Lesch (1999); Ross (1975); Roxin (1997); Roxin (2016); Silva Sánchez (2008); Waller (2018); Welzel (1964); Welzel (1997); Wringe (2016); Zaffaroni et al. (2000).

¹⁵En las que, “la retribución, la prevención especial y la prevención general se tratan más bien como fines de la pena de igual rango”, pero a las que se les censura la falta de “fundamento teórico en cuanto sus defensores se contentan con poner sencillamente uno al lado del otro, como fines de la pena, la compensación de la culpabilidad y la prevención especial y general” pues no se colman “las carencias de las diferentes opiniones particulares, sino que las suma y conduce sobre todo a un ir y venir sin sentido entre los diferentes fines de la pena, lo cual imposibilita una concepción unitaria de la pena como uno de los medios de satisfacción social (Roxin, 1997: 94 y 95).

¹⁶Por ejemplo, la “teoría unificadora preventiva” de Roxin (1997: 95).

negativa, teoría que ha servido de sustento para buscar legitimar medidas punitivas extremas, como la pena de muerte o la cadena perpetua en contra de cierta clase de criminalidad, verbigracia, el delincuente reincidente (Velandia-Montes, 2015a) y el delincuente sexual violento (Velandia-Montes, 2015b). De cualquier manera, los sistemas de justicia penal a nivel global se caracterizan por un uso mixto de argumentaciones de teorías de fines de la pena absolutas y relativas (Cryer, 2010). Así, en el caso colombiano¹⁷, el artículo 4° de la Ley 599 de 2000 señala:

ARTICULO 4°. FUNCIONES DE LA PENA. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

Debe mencionarse es que se confunde el fin con la función, conceptos desarrollados por la sociología desde hace tiempo (Merton, 1968): el fin hace referencia a lo que se aspira, en relación con el Derecho Penal, los fines serían “los propósitos u objetivos que son perseguidos por las medidas, las acciones o las instituciones, lo que comprende desde luego las finalidades buscadas por la divergencia y por el control penal” (Silva García, 2013: 117). En tal sentido, “pertenecen al mundo del deber ser, por ende, no son susceptibles de verificación empírica ni están sujetos a juicios sobre su verdad o falsedad; de modo distinto, pueden ser examinados para observar o debatir la estructura lógica que soporta su justificación, sus bases axiológicas o la argumentación en la que están fundados” (Silva García, 2013: 117).

Por el contrario, las funciones “son consecuencias sociales con algún grado de generalización...son una abstracción o derivación de los hechos sociales...se desprenden de las medidas o acciones que han sido ejecutadas o de las prácticas institucionales desarrolladas...pertenecen al mundo del ser...pueden someterse a verificación empírica” para “dilucidar su verdad o falsedad” (Silva García, 2013: 117). Entonces, en el citado artículo 4°, el legislador cometió un error porque debería haber hecho mención a los “fines de la pena”, o sea a los efectos que se aspira que la pena cumpla en la sociedad. Empero, para poder hablar de

¹⁷Por motivo de espacio y de objeto del trabajo, solo haremos referencia al caso colombiano.

“funciones de la pena” se requiere haber constatado empíricamente si los efectos deseados (fines) sí se cumplieron o si, por el contrario, la medida establecida para lograr los efectos deseados produjeron un resultado diverso o, incluso, ninguno¹⁸. Empero, no solo en la ley se encuentra tal imprecisión, sino que también está presente en las decisiones judiciales, en las que se usan indistintamente las dos palabras como si fueran sinónimas, por lo que es importante tener claro tal distinción a efectos de una adecuada comprensión de la situación fines-funciones de la pena.

Entonces, lo que se evidencia en el señalado artículo 4° es que el legislador optó por una postura que mezcla diversos fines de la pena, una postura mixta¹⁹, sin mayor desarrollo por parte del legislador, salvo en lo que concierne a la mención específica de que la “prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”. Esto da pie para pensar que, según el legislador, en el momento del establecimiento de una conducta como delito se estaría adoptando a la prevención general, sin que se haya especificado por el legislador de cuál de las dos vertientes de esta teoría se está tratando, y que en el momento de imposición de la pena pueden entrar este fin y los demás, salvo el de prevención especial y reinserción social, que solo entraría a ser considerado²⁰ en el momento de ejecución de la pena, sin perjuicio de que también se puedan tener en cuenta los otros fines²¹. Ahora, en la sentencia C-565 de 1993²², se sostuvo que:

(...) un adecuado sistema de política criminal, debe orientar la función preventiva de la pena...la Constitución conduce a un Derecho Penal llamado a desempeñar...una función de prevención

¹⁸Sobre las funciones manifiestas, latentes y simbólicas ver Silva García (2013: 118).

¹⁹No podemos ocuparnos de analizar cada una de las teorías de fines de la pena y sus críticas por cuestión de espacio, pero remitimos a las obras señaladas previamente.

²⁰Cuando el legislador hablar de “prevención especial y reinserción social” puede entenderse que son dos fines distintos, es decir, que estaría hablando de la prevención especial negativa y positiva, respectivamente, pero ello no tiene cabida debido a que la misma Corte, en la sentencia C-144 de 1997, excluyó a la prevención especial negativa como teoría de fin de la pena en Colombia. Entonces, no cabe otra interpretación distinta a que se trata de la prevención especial positiva y que la voz “reinserción social” es una reiteración en el artículo de dicha teoría de fin de la pena.

²¹Este planteamiento del legislador, al adoptar una teoría mixta, es sujeto de múltiples censuras por sus contradicciones. Empero, no podemos ocuparnos de ellas acá y remitimos a las obras citadas.

²²En ese momento estaba vigente el Decreto Ley 100 de 1980, que establecía: “ARTICULO 12. FUNCION DE LA PENA Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”. Este decreto mantuvo su vigencia hasta el 23 de julio de 2001, pues, el 24 de julio de ese año, empezó a regir la Ley 599 de 2000, que es el Código penal vigente.

general, sin perjuicio de la función de prevención especial. La función de la pena debe examinarse en el momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación. En el primero, la pena cumple una función preventiva (para que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones), mientras en la segunda, la potestad punitiva del Estado se hace presente mediante la imposición de la pena en concreto, con la represión que implica castigar efectivamente, con el rigor requerido, aquellos delitos abominables (Corte Constitucional, 1993: 24).

Es decir, en esta sentencia se advierte una postura mixta. Después, en la sentencia C-261 de 1996, se indicó que las teorías absolutas y relativas de la pena estaban en crisis y que solo era posible entenderlas en un Estado Democrático si se consideraba que actuaban “en momentos diversos del ejercicio de la acción punitiva por el Estado”(Corte Constitucional 1996: 17):primero se hacía prevención general negativa, luego se operaba con un “criterio esencialmente retributivo” y en el momento de la ejecución de la sanción penal debía prevalecer la resocialización del condenado(Corte Constitucional, 1996: 17). Acá se nota una posición cercana a los planteamientos de Roxin, aunque no del todo porque se incluye a la retribución como fin de la pena, mientras este autor rechaza su inclusión²³. En la sentencia C-430 de 1996, la Corte Constitucional (1996: 17) ratificó dicha posición. En la misma línea, en la sentencia C-144 de 1997, se aseveró que “si bien se” conservaba “la idea retributiva, como criterio orientador de la imposición judicial de sanciones, pues” debía “haber una cierta proporcionalidad entre la pena, el delito y el grado de culpabilidad, lo cierto es que el derecho humanista” abandonaba “el retribucionismo como fundamento esencial de la pena” (Corte Constitucional, 1997: 16). Además, se reiteró el fin de prevención general negativa al momento de proferir la legislación, se le negó cualquier relevancia a la prevención especial negativa y se reiteró la búsqueda de la resocialización. Esta posición mixta también se reivindica en la sentencia C-1112 de 2000 (Corte Constitucional, 2000).

Por su parte, en la sentencia C-806 de 2002, se reiteró la prevención general negativa como fin de la pena, pero también se incluyó a la positiva: “En cuanto a la prevención general...debe mirar también un aspecto estabilizador en cuanto la pena se presente como

²³“En una teoría unificadora o mixta correctamente entendida, la retribución no puede, por el contrario, entrar en consideración, ni siquiera como un fin atendible junto a la prevención” (Roxin 1997: 98).

socialmente necesaria para mantener las estructuras fundamentales de una sociedad (prevención general positiva²⁴)” (Corte Constitucional, 2002: 14). Empero, luego también incluyó al fin retributivo al momento de la imposición judicial de la pena, y a la resocialización en el momento de la ejecución de la pena. Ahora, en la sentencia C-370 de 2014, la Corte Constitucional (2014: 30) determinó que no había cabida para la retribución, sino solo para la prevención general negativa, aunque luego mencionó a la resocialización. Es decir, se mantiene una postura mixta, que puede entenderse, debido a la falta de claridad de la sentencia, como una mezcla de prevención general negativa, en el momento de expedición de la norma y de imposición de la pena, y de prevención especial positiva, a la hora de ejecución de la pena impuesta. En sentido similar, en la sentencia C-757 de 2014, se indicó que desde “sus inicios la Corte Constitucional ha reconocido la importancia constitucional que tienen la resocialización de las personas condenadas y la finalidad preventiva especial de la pena” (Corte Constitucional, 2014: 28). En esta decisión, la Corte, en referencia a sentencias previas, manifestó que “sobre las inevitables tensiones que existen entre los fines de prevención general y prevención especial” se “reconoce el fundamento constitucional de la función resocializadora de la pena y su relación con los principios fundamentales de la Carta” (Corte Constitucional, 2014: 29), momento en el que hizo referencia a la citada sentencia C-261 de 1996 para poner de presente que “durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de resocialización del delincuente” y que se “reconoce el valor especial que tienen los fines de resocialización y prevención especial”, aunque volvió a hacer mención al “carácter secundario que tiene el fin retributivo de la pena” (Corte Constitucional 2014: 29). Por ende, la Corte Constitucional siguió sosteniendo una teoría mixta de fin de la pena.

Así mismo, en la sentencia C-181 de 2016, luego de resumir muy sucintamente su jurisprudencia, se sostuvo que las teorías de fines de la pena comprendían a las absolutas, que tendían a la retribución; a las de prevención y a las de simbiosis. Así mismo, se manifestó que la Corte había “admitido a la resocialización como un fin constitucionalmente válido de la pena” (Corte Constitucional, 2016: 28-29). De tal suerte, en esta sentencia se reitera una posición mixta, con un énfasis en la prevención especial positiva. Finalmente, en la sentencia C-328 de

²⁴No queda del todo claro, por las palabras empleadas, pero es razonable considerar que la Corte Constitucional está haciendo referencia a la teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad de Jakobs y no a la vertiente eticizante de Welzel (Velandia-Monteset *al.*, 2018).

2016, la Corte Constitucional (op.cit., 2016), luego de hacer una corta recapitulación de algunas de sus decisiones sobre el particular, repitió lo mencionado en la sentencia C-181 de 2016. De tal suerte, se reitera una tesis mixta de fin de la pena con un énfasis en la prevención especial positiva en el momento de la ejecución de la pena, que es la posición generalmente sostenida por la Corte Constitucional y en la que, además, la prevención general fundamenta la criminalización de la conducta y la determinación de la pena, con la mención ocasional de la teoría de la retribución sustentando también la fijación del castigo, según se ha explicado.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente: “...cuando allí se declara que las funciones de prevención especial y reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión (sea esta domiciliaria o carcelaria) no se excluyen las demás funciones como fundamento de la misma pena, sino que impide que sean la prevención especial y la reinserción criterios incidentes en la determinación o individualización de la pena privativa de la libertad...Independientemente de las afinidades teóricas que se tengan sobre los conceptos básicos que integran las funciones de la pena, la decisión de política criminal del Estado colombiano en cuanto a los principios y los fines de la pena es la adoptada en los artículos 3 y 4 del Código Penal”(Corte Suprema de Justicia, 2001: 4-5). Y continúa la Corte:

(...) desde esa óptica, la función de ‘retribución justa’ puede abordarse de manera general en dos estadios claramente diferenciados del proceso penal. Como criterio que influye en la determinación judicial de la pena, en cuanto es en tal momento que se define la medida de la retribución y se determina su contenido de justicia, de mano de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y, como función vinculada a la ejecución de la pena que no puede ser dejada de sopesar cuando vaya a enjuiciarse la adopción de providencias que anticipen material y condicionalmente una parte de la privación efectiva de la libertad o la subroguen por un periodo de prueba (Corte Suprema de Justicia, 2001: 5).

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia señala que la prevención especial positiva opera en el momento de ejecución de la pena, pero queda excluida de la determinación del castigo, momento en el que sí tendrían cabida como sustento las otras teorías de la pena. Así mismo, se afirma que la retribución tendría aplicabilidad en el momento de fijación de la pena y en el de su ejecución, específicamente a la hora de decidir la concesión de los subrogados de la

suspensión de la ejecución de la pena o de libertad condicional, planteamiento que no se comparte, porque estos subrogados no pueden existir bajo los planteamientos de la teoría de fin de la pena retributiva. En relación con la prevención general, afirma la Corte: “Igual cosa ocurre con la función de ‘prevención general’, a través de la cual se advierte a la sociedad de las consecuencias reales que puede soportar cualquiera que incurra en una conducta punible... Ese fin de ‘prevención general’ es igualmente apreciable tanto para la determinación judicial de la pena como para el cumplimiento de la misma, pues se previene no solo por la imposición de la sanción, sino y sobretodo (sic), desde la certeza, la ejemplarización (sic) y la motivación negativa que ella genera (efecto disuasivo), así como desde el afianzamiento del orden jurídico (fin de prevención general positiva)” (Corte Suprema de Justicia, 2001: 5-6).

Entonces, fíjese que para la Corte Suprema de Justicia la prevención general, negativa y positiva²⁵, se emplea tanto para la determinación de la pena como para su ejecución. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha reivindicado el carácter mixto de los fines de la pena en Colombia:

(...) en la concepción dogmática del Código Penal de 2000, la pena en sentido amplio cumple varias funciones, (...)por lo que puede afirmarse que no se adscribe a una tesis en particular...sino que se ubica dentro de las concepciones mixtas, que son aquellas que buscan conciliar las dos anteriores, aceptando la idea retributiva, pero sin desligarla del cumplimiento de fines preventivos, bien sea generales o especiales (Corte Suprema de Justicia 2017: 28 y 29).

En resumen, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia han señalado la existencia en el régimen jurídico colombiano de una fundamentación mixta del fin de la pena, con, en términos generales, un predominio de la prevención general negativa en el momento de criminalización de la conducta; de la prevención general negativa y de la retribución a la hora de la imposición de la pena, con alguna mención de la prevención especial positiva; y de la prevención especial positiva en su ejecución, con alguna inclusión de la prevención general negativa y positiva y de la retribución. Esta perspectiva, por supuesto, se ve expuesta a todas las críticas que se hacen a las teorías mixtas y remitimos al lector a ellas.

²⁵Es razonable considerar que la Corte Suprema de Justicia está haciendo referencia a la teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad de Jakobs.

Expuesta la posición del fin de la pena en el ámbito interno, pasamos a ocuparnos del mismo aspecto, pero en el campo del Derecho Penal Internacional.

Fines de la pena en el ámbito internacional

Vistos los puntos básicos sobre el fin de la pena en el campo del derecho colombiano, pasamos a ocuparnos de este aspecto en el Derecho Penal Internacional. Así, se señala que la retribución y la prevención general negativa son los fines principales, aunque la resocialización y otros fines también han sido considerados (Cryer, 2010). En tal sentido, verbigracia, el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia²⁶ (*The Prosecutor V. Momir Nikolić* 2003: 28) indicó:

La Sala...observa que...se ha centrado en la gravedad del delito como la consideración primordial en la determinación de la pena, la retribución como fin de la pena ha gozado de prominencia. La teoría clásica retributiva requiere que el castigo sea proporcional al daño causado. A la luz de los propósitos del Tribunal y del Derecho internacional humanitario en general, la retribución es entendida como la expresión de condena e indignación de la comunidad internacional frente a tales graves violaciones y el desprecio de Derechos Humanos fundamentales en el momento en el que la gente está en su punto más vulnerable...durante un conflicto armado. Es también el reconocimiento de los daños y sufrimientos causados a las víctimas. Además, dentro del contexto de la justicia penal internacional, la retribución se entiende como una declaración clara de la comunidad internacional de que se los crímenes serán castigados y de que la impunidad no prevalecerá. El recurso a la gravedad del delito, con consideración del papel del acusado en la comisión del delito y el impacto del crimen en las víctimas, debe ayudar a la Sala de juzgamiento en su determinación de la pena que es necesaria para reflejar la indignación y condena de la comunidad internacional por los crímenes cometidos.

Sobre el particular, la Corte Penal Internacional ha sostenido que, de acuerdo al párrafo 5° del Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional²⁷, la retribución y la prevención

²⁶Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones al Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991.

²⁷El párrafo sostiene: “Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de estos crímenes y así contribuir a la prevención de tales crímenes,” (*Rome Statute*: 1).

general negativa son los principales objetivos de las decisiones de la Corte. Así mismo, se ha señalado que la retribución

no debe ser entendida como el cumplimiento de un deseo de venganza, sino como una expresión de condena de la comunidad internacional de los crímenes. De esta manera, una pena proporcional también reconoce el daño a las víctimas y promueve la restauración de la paz y la reconciliación. Con respecto a la disuasión, una pena debe ser adecuada para desalentar a una persona condenada de la reincidencia (disuasión específica), así como para garantizar que aquellos que considerarían cometer crímenes similares serán disuadidos de hacerlo (disuasión general) (The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo 2016: 6).

Además, se ha mencionado que la

rehabilitación también es un propósito relevante. Sin embargo, en casos relativos a ‘los delitos más graves de preocupación para la comunidad internacional en su conjunto’, a la rehabilitación no se le debe dar un peso valor indebido. Los objetivos básicos de la pena se cumplen con ‘la imposición de una pena justa y adecuada, y nada más’” (The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo 2016: 6 -7).

Igualmente, se afirma que los delitos que son de conocimiento de la justicia penal internacional, en oposición a aquellos de las jurisdicciones nacionales, difieren sobre todo debido en que se trata “violaciones graves del derecho internacional humanitario” y si bien

las jurisdicciones nacionales y ciertos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos sostienen que la rehabilitación debe ser una de las principales preocupaciones para una corte al sentenciar, esto no puede desempeñar un papel predominante en el proceso de toma de decisiones de una Sala de juzgamiento del Tribunal. Por el contrario, la Sala de Apelaciones (y las Salas de juzgamiento tanto del Tribunal para la antigua Yugoslavia y el Tribunal penal internacional para Ruanda) han consistentemente señalado que los dos propósitos principales de la imposición de penas por estos delitos son la disuasión y el castigo (The Prosecutor V. Zejnil Delalic et al. 2001: 288-289).

En tal sentido, el Tribunal penal internacional para Ruanda ha señalado que

las sanciones impuestas a los acusados declarados culpables por el Tribunal deben orientarse, por un lado, a la retribución del acusado, que debe ver sus crímenes castigados, y además, por otro lado, a la disuasión, es decir, disuadir para siempre a quienes intenten en el futuro perpetrar tales atrocidades mostrándoles que la comunidad internacional no estaba dispuesta a tolerar las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos (*The Prosecutor V. Jean Kambanda* 1998: 13)²⁸.

En igual línea, la Corte Penal Internacional ha afirmado:

con respecto, en particular, a la disuasión, la Sala es de la opinión de que la sentencia debe ser adecuada para desalentar al condenado de la reincidencia (prevención especial negativa²⁹), así como para asegurar que aquellos que considerarían cometer delitos similares serán disuadidos de hacerlo (prevención general negativa³⁰) (*The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.* 2017: 8).

Así, se evidencia que los fines de la pena de retribución, de prevención general negativa y de prevención especial negativa son los que predominan en la justicia penal internacional y que la resocialización, aunque se ha mencionado como uno de ellos (*The Prosecutor V. Momir Nikolić* 2003), no tiene el carácter de principal sino subsidiario y, además, no es inusual que no se tenga en cuenta con sustento en la gravedad de la conducta cometida (*The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo* 2016)³¹. Por otra parte, como ya se había indicado, la justicia para las víctimas también hace parte de lo que se plantea como fin de la pena, no solo en el ámbito

²⁸En la misma línea, *The Prosecutor V. Milomir Stakić* (2003: 244): “La disuasión, individual y general, tiene una función primordial y sirve como un objetivo importante del sentenciar. Una meta igualmente importante es la retribución, no para cumplir un deseo de venganza sino para expresar la indignación de la comunidad internacional respecto a delitos aberrantes como aquellos en frente de este Tribunal”. En igual sentido, la Sala de apelaciones del Tribunal para la antigua Yugoslavia: “La Sala de Apelaciones, señala que la jurisprudencia del Tribunal y el Tribunal siempre señala que los dos propósitos principales de la sentencia son la disuasión y el castigo. Otros factores, como la rehabilitación, se deben considerar, pero no debe dárseles un valor indebido” (*The Prosecutor V. Milomir Stakić* (2006: 130-131).

²⁹*Specific deterrence.*

³⁰*General deterrence.*

³¹Aunque también se ha señalado que, a la hora de determinar la pena, debido a las circunstancias y carácter de una persona, se puede considerar que es “reformable y que se le debe dar una segunda oportunidad para comenzar su vida desde cero cuando sea liberado, mientras es lo suficientemente joven para hacerlo” (*The Prosecutor V. Dražen Erdemović* 1998: 13)

internacional, sino que también se ha trasladado la discusión sobre su inclusión al campo interno (Velandia-Montes 2015b: 94). Sobre tal perspectiva, que afirma la existencia de

derechos de las víctimas a conocer la verdad de lo ocurrido y a la justicia”, ya nos hemos ocupado en relación con el derecho interno y consideramos que las conclusiones sobre el particular son extrapolables al espacio internacional, no sin mencionar que pueden resumirse en que “el derecho de la víctima consiste en un derecho a la tutela judicial efectiva”, pero “no tiene derecho a obtener una condena, pero en aquellos casos en donde la haya y su ejecución se haga desconectada de razones preventivas y sustentada exclusivamente por ‘necesidades de la víctima, no sería sino venganza institucionalizada bajo un manto de supuesta racionalidad’”, por lo que “tomamos partido por una posición que niega a la presunta víctima cualquier pretensión de disposición sobre la imposición, dosificación y ejecución de la pena. La posición contraria sería admitir un regreso a la privatización de la pena, un regreso a la venganza privada, que era precisamente lo que se buscaba eliminar cuando el Estado tomó para sí con exclusividad la potestad sancionatoria (Velandia-Montes 2015b: 95-99).

También se ha hecho referencia a la protección de la sociedad (*The Prosecutor V. Feidinand Nahimana et al.* 2003) y a la reconciliación nacional (*The Prosecutor V. Feidinand Nahimana et al.* 2007; *The Prosecutor V. Biljana Plavšić* 2003) como otros fines de la pena en el campo internacional. De tal suerte, queremos ocuparnos de la reconciliación, elemento central del *Acuerdo final*, al buscar ponerle fin al conflicto armado interno que ha tenido lugar en Colombia durante más de 50 años. Empero, ha generado polémica que a quienes reconozcan verdad exhaustiva, detallada y plena en la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidades respecto a determinadas infracciones muy graves no se les puede imponer penas privativas de la libertad, sino penas con propósitos reparadores y restauradores. En tal sentido, se ha sostenido que el “reconocimiento y revelación completa de los delitos graves son muy importantes cuando se establezca la verdad en relación con esos delitos. Esto, junto con la aceptación de responsabilidad por los delitos cometidos, promoverá la reconciliación” (*The Prosecutor V. Biljana Plavšić* (2003: 26). En este caso, se tuvo en cuenta “la declaración de culpabilidad de la acusada, así como su expreso remordimiento y el impacto positivo en el proceso de reconciliación, como un factor atenuante” (*The Prosecutor V. Biljana Plavšić*, 2003:

26) y se le condenó a 11 años de prisión (*The Prosecutor V. Biljana Plavšić*, 2003: 42)³². Entonces, de acuerdo a la jurisprudencia internacional, la reconciliación nacional es un factor atenuante de la pena, pero no elimina la imposición de una pena privativa de la libertad, que es vista, así como la sanción dominante, lo que confirma nuestra posición sobre que actualmente “existe una concepción respecto del Derecho Penal en la que el binomio delito-prisión es bastante paradigmático de esta área del derecho” (Velandia-Montes, 2015a: 72).

Por lo tanto, consideramos que, según se ha expuesto y en concordancia con lo planteado por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, las sanciones no privativas de la libertad establecidas en el *Acuerdo final* no satisfarán a la justicia penal internacional en su configuración actual y, en consecuencia, quienes sean sujetos de decisiones de la JEP en donde no se impongan penas privativas de la libertad no estarán exentos de la intervención de la Corte Penal Internacional. Empero, no pueden pasarse por alto las dinámicas y juegos del poder presentes en la sociedad y que se reflejan en el Derecho, su configuración y su ejercicio (Vold, 1998; Silva, 2013), tal y como ocurre en el Derecho Penal Internacional. De esta manera, se ha criticado la discrecionalidad del poder punitivo por parte de la Corte Penal Internacional, que no se ejerce en los casos que involucran a naciones poderosas o sus aliados, sino solo en los que intervienen países débiles (*The International*, 2013).

Adicionalmente, se advierte que en el Derecho Penal Internacional, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal³³, no se discierne entre fines y funciones y estos vocablos son usados indistintamente, cuando, según se ha expuesto, ello no es correcto. Además, también debe llamarse la atención sobre la diversidad de definiciones de qué se entiende por cada una de las teorías de los fines de la pena. Así, por ejemplo, se ha mencionado que por retribución se entiende “como la expresión de condena e indignación de la comunidad internacional frente a

³²En el caso de *The Prosecutor V. Feidinand Nahimana et al.* (2007: 329), en donde el condenado apeló la sentencia condenatoria, el juez de segunda instancia no tuvo en cuenta el fin de la pena de reconciliación nacional debido a que el apelante no demostró cómo la sentencia impuesta “dañaría la reconciliación nacional”.

³³Verbigracia Ambos (2013: 67 y 68) y Cryer (2010: 28), que al tratar el fundamento de los fines terminan legitimándolo en relación con la función que cumple tal fin en la realidad. Así, verbigracia, Ambos (2013: 70), al ocuparse de la prevención general negativa, sostiene que el “caso de Pinochet, por ejemplo, quizá al menos haya frenado los deseos de viaje de exdictadores latinoamericanos u otros exdictadores”. Así, de lo que se ocupa Ambos en este aparte es realmente de las funciones sociales del castigo impuesto por la justicia penal internacional y no de “disposiciones subjetivas (objetivos, motivos, propósitos)” (Merton 1968: 78), que es de lo que se trata el fin de la pena.

tales graves violaciones y el desprecio de Derechos Humanos fundamentales” (*The Prosecutor V. Momir Nikolić* 2003), que “no debe ser entendida como el cumplimiento de un deseo de venganza, sino como una expresión de condena de la comunidad internacional de los crímenes” (*The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo* 2016: 6)³⁴. Igualmente, en *The Prosecutor V. Momir Nikolić* (2003: 28) se incluye como un elemento de la retribución “el reconocimiento de los daños y sufrimientos causados a las víctimas”, lo cual causa problemas bajo la idea de que la “justicia para las víctimas” es considerado como un fin de la pena independiente (Cryer, 2010: 30).

Empero, en *The Prosecutor V. Stevan Todorovic* (2001: 11), también se sostiene que

el principio de retribución, si va a ser aplicado en todo en el contexto del sentenciar, debe ser entendido como el reflejo de un enfoque justo y equilibrado para la difícil labor de imposición de la pena por el delito. Esto significa que la pena impuesta debe ser proporcional al delito; en otras palabras, que el castigo debe ajustarse al crimen.

Si bien se ha señalado que quizá sea necesario tener fines de la pena en el Derecho Penal Internacional distintos en su contenido a aquellos del Derecho Penal Nacional (Harhoff, 2008: 124) o con un contenido más amplio (Ambos, 2013, lo que se puede compartir, lo cierto es que el camino debe comenzar por una mayor precisión sobre lo que se entiende por cada una de las teorías de fines de la pena en el ámbito internacional.

³⁴También en *The Prosecutor V. Momir Nikolić* (2003: 28).

Referencias bibliográficas

- Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. (2016). [.http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf](http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf).
- Ambos, Kai. (2013). *Treatise on International Criminal Law. Vol. I: Foundations and General Part*, Oxford, Oxford University Press.
- Bases de un acuerdo nacional de paz. (2016). <http://static.iris.net.co/semana/upload/documents/bases-de-un-acuerdo-nacional-de-paz.pdf>
- Bensouda, Fatou. (2017). *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the conclusion of her visit to Colombia (10-13 September 2017)*. <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=170913-otp-stat-colombia>
- Boonin, David. (2008). *The Problem of Punishment*, New York, Cambridge University Press.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993) Sentencia C-565.
- Corte Constitucional de Colombia. (1996) Sentencia C-261.
- Corte Constitucional de Colombia. (1996) Sentencia C-430.
- Corte Constitucional de Colombia. (1997) Sentencia C-144.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000) Sentencia C-1112.
- Corte Constitucional de Colombia. (2002) Sentencia C-806.
- Corte Constitucional de Colombia. (2014) Sentencia C-370.
- Corte Constitucional de Colombia. (2014) Sentencia C-757.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016) Sentencia C-181.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016) Sentencia C-328.
- Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal. (2016). *Informe sobre las actividades de examen preliminar. Situación en Colombia*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE-Colombia.pdf>.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2001). M.P. Carlos E. Mejía Escobar, Proceso Núm. 18285, de 28 de noviembre de 2001.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2017). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, Proceso Núm. 46278, de 1 de junio de 2017.

- Costa, Fausto. (1953). *El delito y la pena en historia de la filosofía*, México, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana.
- Cryer, Robert, Friman, Håkan, Robinson, Darryl & Wilmshurst, Elizabeth.(2010). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. (2a ed.), Cambridge, Cambridge University Press.
- Dearing, Albin. (2017). *Justice for Victims of Crime. Human Dignity as the Foundation of Criminal Justice in Europe*, Cham, Springer.
- Duff, Robert Alexander. (2001). *Punishment, Communication, and Community*, New York, Oxford University Press.
- Fernández de Gurmendi, Silvia. (2017). *Keynote address on the occasion of the Nuremberg Forum 2017 “10 years after the Nuremberg Declaration on Peace and Justice: ‘The Fight against Impunity at a Crossroad’”*. <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/171020-stat-pres.pdf>
- Golash, Deirdre. (2005). *The Case against Punishment. Retribution, Crime Prevention, and the Law*, New York, New York University Press.
- Harhoff, Frederik. (2008). “Sense and Sensibility in Sentencing – Taking Stock of International Criminal Punishment”, *Law at War: The Law as it Was and the Law as it Should Be. Liber Amicorum Ove Bring*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus y Gardner, John. (2008). *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*.(2a ed.), Oxford, Oxford University Press.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich.(1993). *Fundamentos de la filosofía del derecho*, Madrid, Libertarias-Prodhufo.
- Honderich, Ted.(2006). *Punishment. The Supposed Justifications Revisited*, Londres, Pluto Press.
- Hörnle, Tajtjana. (2015). *Teorías de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Human Rights Watch. (2016). *Colombia: Acuerdo de paz es una oportunidad histórica para reducir abusos*. <https://www.hrw.org/es/news/2016/08/25/colombia-acuerdo-de-paz-es-una-oportunidad-historica-para-reducir-abusos>
- Human Rights Watch. (2017). *Análisis de Human Rights Watch sobre el Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*.

- http://images.etn.eltiempo.digital/uploads/files/2017/10/09/2017_10_08%20Carta%20de%20Human%20Rights%20Watch%20sobre%20Ley%20Estatutaria%20JEP.pdf
- Jakobs, Günther. (1996). *Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, Günther. (1997). *Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. (2a ed.), Madrid, Marcial Pons.
- Jakobs, Günther. (2002). Sobre la teoría de la pena (Trad. Manuel Cancio Meliá), *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia–Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, No. 16.
- Lesch, Heiko. (1999). *La función de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Los 10 duros dardos de Uribe a la firma de la paz. (26 de septiembre de 2016). *Semana*. <http://www.semana.com/nacion/articulo/declaraciones-de-alvaro-uribe-sobre-la-firma-de-la-paz-entre-el-gobierno-y-las-farc/495653>
- Merton, Robert King. (1968). *Social theory and social structure*, New York, The Free Press.
- Penas alternativas no gustan a todas las víctimas de las Farc. (24 de septiembre de 2015). *El Tiempo*. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16385331>
- Proyecciones de población 2005-2020. *Departamento Administrativo Nacional de Estadística*. http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/proyepobla06_20/8Tablasvida1985_2020.pdf
- Rome Statute of the International Criminal Court. (1998). *International Criminal Court*. https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf
- Ross, Alf. (1975). *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Berkeley & Los Angeles, University of California Press.
- Roxin, Claus. (1997). *Derecho Penal. Parte general*, T. I (Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo & Javier de Vicente Remesal), Madrid, Civitas.
- Roxin, Claus. (2016). *La teoría del delito en la discusión actual*, T. I (Trad. Manuel A. Abanto Vásquez), Lima, Grijley.
- Silva Sánchez, Jesús María. (2008). “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, *Derecho Penal del siglo XXI*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

- Silva García, Germán. (2013). *Criminología. Teoría sociológica del delito.* (2ª ed.), Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios.
- The International Criminal Court and Its 'Small Fry Justice'. (2013). *Economic and Political Weekly*, Vol. 48, No. 34.
- The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo. No.: ICC-01/05-01/08. Decision on Sentence. *International Criminal Court*. 2016.
- The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo *et al.* No.: ICC-01/05-01/13. Decision on Sentence. *International Criminal Court*. 2017.
- The Prosecutor V. Zejnil Delalic *et al.* No.: IT-96-21-A. Appeal judgement. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991*. 2001.
- The Prosecutor V. Dražen Erdemović. No.: IT-96-22-Tbis. Sentencing Judgement. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991*. 1998.
- The Prosecutor V. Jean Kambanda. No.: ICTR 97-23-S. Judgement and sentence. *International Criminal Tribunal for Rwanda*. 1998.
- The Prosecutor V. Feidinand Nahimana *et al.* No.: ICTR-99-51-T. Judgement and sentence. *International Criminal Tribunal for Rwanda*. 2003.
- The Prosecutor V. Feidinand Nahimana *et al.* No.: ICTR-99-52-A. Judgement. *International Criminal Tribunal for Rwanda*. 2007.
- The Prosecutor V. Momir Nikolić. No.: IT-02-60/1-S. Sentencing judgement. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991*. 2003.
- The Prosecutor V. Biljana Plavšić. No.: IT-00-39&40/1-S. Sentencing Judgement. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991*. 2003.

- The Prosecutor V. MilomirStakić. No.: IT-97-24-T. Judgement. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991*.2003.
- The Prosecutor V. MilomirStakić. No.: IT-97-24-A. Appeal judgement. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991*.2006.
- The Prosecutor V.StevanTodorovic. No.: IT-95-9/1-S. Sentencing judgement. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991*. 2001.
- Velandia-Montes, Rafael. (2015a). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*, T. I, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios.
- Velandia-Montes, Rafael.(2015b). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*, T. II, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios.
- Velandia-Montes, Rafael *et al.* (2018). *Los sí delincuentes: visiones sociales sobre la pena, la criminalidad y el sistema penal*,Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios.
- Vold, George Bryan. (1998). *Theoretical Criminology*.(4a ed.), New York, Oxford University Press.
- Welzel, Hans. (1964).*El nuevo sistema del Derecho Penal*, Barcelona, Ariel.
- Welzel, Hans.(1977). *Derecho Penal alemán*. (11a ed., 4a ed. Castellana), Santiago de Chile, Jurídica de Chile.
- Wringe, Bill. (2016). *An Expressive Theory of Punishment*, New York, Palgrave Macmillan.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro & Slokar, Alejandro. (2000).*Derecho Penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar.