

La función del Derecho penal en un proceso de justicia transicional

~Prof. Dr. Carlos Guillermo Castro Cuenca~

Profesor de tiempo completo, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Socio FICP¹

1. El alcance Justicia Transicional

1.1. Concepto y finalidades de la justicia transicional

La justicia transicional es un concepto en plena construcción y por ello tiene todavía carencias en su tratamiento teórico conceptual y normativo². Sin embargo, se han realizado esfuerzos para establecer su contenido y alcance. En sentido amplio, se puede afirmar que “*se compone de los procesos de juicios, purgas y reparaciones que tienen lugar luego de la transición de un régimen político a otro*”³. Sin embargo, no cualquier cambio político puede dar lugar a un proceso de justicia transicional, sino que se requiere que éste se funde en la necesidad de superar una situación de abusos masivos y/o graves violaciones a los derechos humanos que son ocasionados por situaciones que afecten a toda la población como los conflictos armados o las dictaduras⁴. En todo caso, la justicia transicional es excepcional⁵ y se debe presentar en momentos concretos de tiempo⁶.

Por lo anterior, en sentido estricto la justicia transicional está constituida por el conjunto de procesos y mecanismos encaminados a superar abusos a gran escala y violaciones a los derechos humanos, con el objeto de asegurar responsabilidades, rendir justicia y lograr reconciliación⁷. En este sentido, el Consejo de Seguridad de las Naciones

¹ Abogado de la Universidad del Rosario de Colombia, doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca, especializado en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado. Director del Grupo de Derecho penal de la Universidad del Rosario. Ex miembro del Comité de Política Criminal del Estado Colombiano. Ex Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia.

² GARCÍA-AMADO, Juan Antonio: “*Justicia Transicional. Enigmas y aporías de un concepto difuso*”, en: LONDOÑO ULLOA, Jorge Eduardo: “*Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia*”, Ibañez, Bogotá, 2016, 123.

³ ELSTER, Jon: Rendición de Cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica, Katz, Buenos Aires, 2006, 15. En similar sentido, “*La justicia transicional se refiere a los retos y oportunidades especiales para lograr la justicia en sociedades que intentan una transición hacia un orden más pacífico y democrático*”

⁴ UPRIMNY YEPES, Rodrigo: Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano, en: UPRIMNY YEPES, Rodrigo / Saffon Sanín, María Paula / Botero Marino, Catalina / Restrepo Saldarriaga, Esteban: ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006, 13; GUERRERO PÉREZ, Luis Guillermo: “*Justicia transicional en el Derecho comparado*”, en: PALACIO PALACIO, Jorge Iván, ESCRUCERÍA MAYOLO, Iván Humberto, RAMÍREZ ÁLVAREZ, Luis Alejandro: “*Diálogo constitucional para la paz. IX conversatorio de la Jurisdicción Constitucional, 18 al 20 de septiembre de 2013, Medellín, Colombia*”. Editorial Universidad del Rosario; Corte Constitucional República de Colombia; Legis; Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014, 103.

⁵ TRAPANI, Mario: “*Derecho Penal y Postconflicto*”, en: LONDOÑO ULLOA, Jorge Eduardo: “*Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia*”, Ibañez, Bogotá, 2016, 80.

⁶ GUERRERO PÉREZ, Luis Guillermo: “*Justicia transicional en el Derecho comparado*”, en: PALACIO PALACIO, Jorge Iván, ESCRUCERÍA MAYOLO, Iván Humberto, RAMÍREZ ÁLVAREZ, Luis Alejandro: “*Diálogo constitucional para la paz. IX conversatorio de la Jurisdicción Constitucional, 18 al 20 de septiembre de 2013, Medellín, Colombia*”. Editorial Universidad del Rosario; Corte Constitucional República de Colombia; Legis; Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014, 103

⁷ AMBOS, Kai: El marco jurídico de la justicia de transición. Especial referencia al caso colombiano, Editorial Temis, Bogotá, 2008, 8; FORER, Andreas: Justicia Transicional, Editorial Ibañez, Bogotá, 2012, 19;

Unidas define la justicia transicional en el segundo sentido como: “*toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación*”⁸.

En este sentido, debe cumplir con unos objetivos especiales como: (i) el reconocimiento de las víctimas⁹, (ii) La reconciliación entre las personas, sin la cual es imposible reconstruir el tejido social¹⁰, el fortalecimiento de la democracia y del Estado de Derecho y el restablecimiento de la confianza pública, reafirmando la relevancia de las normas que los perpetradores violaron¹¹.

1.2. Los mecanismos de la justicia transicional y el papel transversal pero secundario del Derecho penal

Para lograr los objetivos citados existen una serie de mecanismos especiales orientados a lograr la paz y la reconciliación en sociedades en conflicto.

1.2.1. La justicia histórica

El conocimiento sobre el pasado es fundamental en un proceso de justicia transicional¹², no solamente como materialización de un derecho de las víctimas a la verdad, sino también como un componente fundamental de una reconciliación real y del restablecimiento de la confianza en el ordenamiento jurídico¹³. La historia es maestro y juez y la verdad histórica es en sí misma justicia¹⁴, por ello la realización de un recuento histórico oficial “*official historical account*” es fundamental para toda transición¹⁵. En este sentido, el valor de la verdad es doble: es útil para identificar colaboradores y agentes del régimen previo para evitar que saboteen los esfuerzos de reconstruir la

DE GREIFF, Pablo: *Theorizing Transitional Justice*, en: WILLIAMS, Melissa / NAGY, Rosemary / ELSTER, Jon: *Transitional Justice*, New York University Press, Nueva York, 2012; OROZCO, Ivan. 2009. *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá: Temis – Universidad de los Andes, 9.

⁸ El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 4.

⁹ DE GREIFF, Pablo: *Theorizing Transitional Justice*, en: WILLIAMS, Melissa / NAGY, Rosemary / ELSTER, Jon: *Transitional Justice*, New York University Press, Nueva York, 2012, 42.

¹⁰ *Ibidem*, 48; PENSKY, Max: El pasado es otro pueblo. Un argumento a favor de los derechos póstumos como limitaciones normativas a las amnistías, en: DE GAMBOA TAPIAS, Camila: *Justicia Transicional. Teoría y Praxis*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, 114; PENSKY, Max: El pasado es otro pueblo. Un argumento a favor de los derechos póstumos como limitaciones normativas a las amnistías, en: DE GAMBOA TAPIAS, Camila: *Justicia Transicional. Teoría y Praxis*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, 114.

¹¹ *Ibidem*, 46.

¹² KRITZ, Neil: *The Dilemmas of Transitional Justice*, en: KRITZ, Neil: *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Democracies*, V. I, United States Institute of Peace, Nueva York, 1995, 28.

¹³ CROCKER, David: El rol de la sociedad civil en la elaboración de la verdad, en : *Justicia Transicional*, en : MINOW, Martha / CROCKER, David / MANI, Rama : *Justicia Transicional*, Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Bogotá, 2011, 114.

¹⁴ TEITEL, Ruti: *Transitional Justice*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, 69.

¹⁵ *Ibidem*, 69.

sociedad, otros preferirán saber la verdad que vivir en el paraíso de los tontos¹⁶.

Para las víctimas y los sobrevivientes, la incapacidad de lidiar con lo ocurrido es el origen del daño que padecen: el guardar secretos dolorosos puede producir la parálisis de la capacidad de amar y de actuar de las personas. El trauma no confrontado podría tener conexiones dolorosas con la catástrofe y contribuir a lo que los psicólogos llaman la transmisión intergeneracional del trauma¹⁷. Cuando las víctimas tienen la posibilidad de contar su versión de los hechos y hay empatía con su sufrimiento, se las respeta como personas y se las trata con dignidad y no con desprecio, como suele ocurrir cuando esas manifestaciones públicas no se han producido¹⁸. Por su parte, para la sociedad si no hay esfuerzos colectivos por recordar, y no se pone fin a la deshumanización que sentó las bases de las atrocidades, esa sociedad corre el riesgo de repetir las¹⁹.

Para los principios de Joinet existe en este sentido un *“derecho inalienable de conocer la verdad sobre los acontecimientos pasados, así como sobre las circunstancias y las razones que llevaron, por la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes”*²⁰ e incluye asimismo: (i) a nivel colectivo el deber de memorial en virtud del cual *“el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión pertenece a su patrimonio y, como tal, debe ser preservado por medidas apropiadas en el nombre del deber a la memoria que incumbe al Estado”*²¹ y (ii) a nivel individual implica el derecho de saber de las víctimas, según el cual: *“Independientemente de toda acción en Justicia, las familias de las víctimas tienen el derecho de conocer la verdad en lo que concierne la suerte que fue reservada a sus parientes”*.

1.2.2. La justicia restaurativa

La palabra justicia restaurativa ilustra múltiples dimensiones, comprendiendo numerosas diversas formas: reparaciones, daños remedios, indemnizaciones, restituciones, compensaciones, rehabilitaciones o tributos²². El concepto de *reparación* tiene un doble significado. Primero, es un concepto psicoanalítico, al que se recurre para explicar el proceso intrasíquico que lleva a reparar [a la víctima]. Pero también es un concepto

¹⁶ ELSTER, Jon: Justice, Truth, Peace: en: WILLIAMS, Melissa / NAGY, Rosemary / ELSTER, Jon: Transitional Justice, New York University Press, Nueva York, 2012, 81.

¹⁷ MINOW, Martha : Comisiones de la verdad, justicia y sociedad civil, en : Justicia Transicional, en : MINOW, Martha / CROCKER, David / MANI, Rama : Justicia Transicional, Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Bogotá, 2011, 85.

¹⁸ CROCKER, David: El rol de la sociedad civil en la elaboración de la verdad, en : Justicia Transicional, en : MINOW, Martha / CROCKER, David / MANI, Rama : Justicia Transicional, Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Bogotá, 2011, 129.

¹⁹ MINOW, Martha : Comisiones de la verdad, justicia y sociedad civil, en : Justicia Transicional, en : MINOW, Martha / CROCKER, David / MANI, Rama : Justicia Transicional, Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Bogotá, 2011, 85 ; CROCKER, David: El rol de la sociedad civil en la elaboración de la verdad, en : Justicia Transicional, en : MINOW, Martha / CROCKER, David / MANI, Rama : Justicia Transicional, Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Bogotá, 2011, 129.

²⁰ Principio 1.

²¹ Principio 2.

²² TEITEL, Ruti: Transitional Justice, Oxford University Press, Nueva York, 2000, 119.

jurídico que se usa, por ejemplo, en conexión con la compensación económica después de una guerra²³.

En este sentido, la compensación sirve para al menos a las siguientes finalidades: (i) ayuda a las víctimas a administrar los aspectos materiales de sus pérdidas; (ii) constituye un reconocimiento oficial del dolor por la Nación y (iii) disuadirá al Estado de futuros abusos, estableciendo un costo financiero a estas fechorías²⁴. Así mismo, la reparación puede ser alternativa a la pena para avanzar en la vindicación y la rehabilitación, acompañadas con una sanción criminal asumiendo la carga de la responsabilidad del mal pasado en el sentido público y reconstruye los límites de la comunidad política²⁵.

Así mismo, a nivel internacional se ha aceptado que en virtud de la reparación *“toda violación de los derechos humanos hace nacer un derecho a la reparación en favor de la víctima, de sus parientes o compañeros que implica, por parte del Estado, el deber de reparar y la facultad de dirigirse contra el autor”*²⁶.

Dentro de la reparación se incluyen las garantías de no repetición²⁷, que en algunos casos se ven conjuntamente con la reparación y en otros se analizan de manera independiente e incluyen *“a) Las medidas destinadas a disolver los grupos armados paramilitares. b) Las medidas derogando las disposiciones de excepción, legislativas u otras, que favorezcan las violaciones. c) Las medidas administrativas o de otro tipo encaminadas a destituir a los agentes del Estado implicados en los procesos de violaciones graves de los derechos humanos”*²⁸. La garantía de no repetición está compuesta por todas las acciones dirigidas a impedir que vuelvan a realizarse conductas con las cuales se afectaron los derechos de las víctimas, las que deben ser adecuadas a la naturaleza y magnitud de la ofensa²⁹. En este sentido, las garantías de no repetición son un *“conjunto de medidas orientadas a prevenir violaciones a los derechos humanos, comprende diversidad de modalidades, no sólo de carácter jurídico, sino también político, administrativo y cultural”*³⁰.

Esta obligación en cabeza de los Estados Partes de la Convención Americana, en estricto sentido, deriva de las obligaciones generales contempladas en los artículos 1.1. y 2, de las cuales se deduce el deber general de garantizar la prevención de violaciones a los

²³ MALAMUD - GOTI, Jaime: Lo bueno y lo malo de la inculpación y las víctimas, en: DE GAMBOA TAPIAS, Camila: Justicia Transicional. Teoría y Praxis, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, 189.

²⁴ KRITZ, Neil: The Dilemmas of Transitional Justice, en: KRITZ, Neil: Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Democracies, V. I, United States Institute of Peace, Nueva York, 1995, xxix.

²⁵ TEITEL, Ruti: Transitional Justice, Oxford University Press, Nueva York, 2000, 127.

²⁶ Principio 33.

²⁷ En algunos casos se les ha reconocido autonomía.

²⁸ Principio 37.

²⁹ Sentencia de la Corte Constitucional Sentencia C-694 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos; Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y C-979 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-694 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

derechos humanos³¹. La garantía de no repetición está directamente relacionada con la obligación del Estado de prevenir las graves violaciones de los DDHH³², que comprende la adopción de medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos³³.

1.2.3. La justicia penal

La justicia debe estar dirigida “al fin de la guerra interna y alcanzar paz para todos los combatientes, sobre la base de la reconciliación de todos los actores, para garantizar la no repetición”³⁴, para ello no sirve, tal como señala FERRAJOLI no sirve la justicia ordinaria porque (i) la violencia en el estado de guerra no puede ser valorada ni calificada con el criterio penal que regularmente aplica. (ii) para alcanzar la paz, no se pueden tratar a los combatientes como criminales, salvo que se hayan presentado crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. Estos últimos delitos son el límite *ratione materiae* de la justicia transicional, sumando otro límite de carácter subjetivo, sólo se someterán a esta justicia los máximo responsables.³⁵

En la imaginación pública la justicia transicional es comúnmente ligada con el castigo y los juicios³⁶, lo cual desafortunadamente domina nuestro entendimiento de la justicia transicional³⁷. Sin embargo, la complejidad de los procesos de justicia transicional y su necesidad de responder a la justicia transicional hacen que los mismos no puedan centrarse exclusivamente en medidas penales. Enfocarse en la responsabilidad criminal de unos pocos deja por fuera las tradiciones opresivas y la responsabilidad moral y política de los que componen la sociedad³⁸.

Si bien el fin último de la Justicia es asegurar la paz y la justicia con reconciliación para fortalecer el Estado de Derecho, la acción penal es fundamental, a veces no es el

³¹ Sobre el deber de prevención de violaciones a los derechos humanos, véase, el desarrollo de la Corte IDH en la sentencia del caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205. Para una fundamentación más extensa sobre las garantías de no repetición como concreción de las obligaciones generales de la Convención Americana puede verse: Londoño Lázaro, María Carmelina, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: Derecho Internacional y cambios estructurales del Estado*, Tirant lo Blanch, 2014.

³² Ver la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer el art. 4.f.

³³ Sentencias de la Corte Constitucional T-418 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: “*Si bien en algunos casos el derecho a la no repetición se ha asociado al derecho a la reparación, el mismo merece una mención especial en contextos de justicia transicional. La garantía de no repetición está compuesta por todas las acciones dirigidas a impedir que vuelvan a realizarse conductas con las cuales se afectaron los derechos de las víctimas, las cuales deben ser adecuadas a la naturaleza y magnitud de la ofensa*”.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi: “*La justicia penal transicional para Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna*”, en: LONDOÑO ULLOA, Jorge Eduardo: “*Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia*”, Ibáñez, Bogotá, 2016, 23

³⁵ FERRAJOLI, Luigi: “*La justicia penal transicional para Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna*”, en: LONDOÑO ULLOA, Jorge Eduardo: “*Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia*”, Ibáñez, Bogotá, 2016, 24.

³⁶ TEITEL, Ruti: *Transitional Justice*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, 27.

³⁷ *Ibidem*, 26.

³⁸ DE GAMBOA TAPIAS, Camila: *La transición democrática y la responsabilidad de la comunidad por su pasado*, en: DE GAMBOA TAPIAS, Camila: *Justicia Transicional. Teoría y Praxis*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, 154.

mejor camino para alcanzar una transición pacífica, por ello los modelos de justicia retributiva, y el castigo unilateral de responsables, se ha replanteado³⁹, por ello la justicia con enfoque amplio, o justicia restaurativa busca por medio de un sistema de justicia excepcional, reconstruir a la comunidad.⁴⁰

La importancia de los procesos penales no gira solamente en torno al derecho a la justicia de las víctimas sino que los juicios en la transición trazan la línea entre el anterior y el nuevo régimen, condenando la violencia del pasado, distinguiendo lo justo de lo injusto y expresando la deslegitimación de los crímenes perpetrados, lo cual resulta fundamental para la consolidación de una nueva democracia y la construcción de un nuevo orden legal⁴¹. En este sentido, el derecho penal en los procesos de justicia transicional juega un papel esencial en el reconocimiento y la estigmatización del mal (wrongdoing) como un requisito esencial de toda sociedad en un proceso de transformación⁴². En este sentido, se debería escuchar a los que critican los procesos judiciales en periodos de transición, pero no se debería cuestionar la importancia esencial de que haya procesos justos y garantistas⁴³.

En todo caso, es necesario la justicia penal en los procesos de justicia transicional no tienen un retributivo, sino reparador y restaurativo, pues sirve para la reconciliación nacional, reparación, reconstrucción de lo ocurrido en los años de conflicto, poniendo en el centro a las víctimas.⁴⁴ De esta manera, aunque es admitido que la búsqueda de la paz permite restringir el derecho a la justicia, no implica la negación total, ni sus elementos.⁴⁵

1.2.4. Otros mecanismos

Es necesario tener en cuenta que la justicia transicional está apenas en construcción por ello, existen múltiples opciones como: la desmilitarización⁴⁶, políticas de reconstrucción⁴⁷, las purgas y lustraciones⁴⁸ y la liberación de los esclavos, los cambios económicos y en la imposición de reglas civiles⁴⁹, entre muchísimas otras.

2. Los efectos criminológicos del conflicto armado interno en la sociedad

Para la aplicación de la justicia transicional es necesario que se configuren

³⁹ SÁNCHEZ, Nelson Camilo e IBÁÑEZ GUTIÉRREZ, Catalina: “La Justicia Transicional como categoría constitucional”, en: AMBOS, Kai: “Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional”, Temis, Bogotá, 2014, 133

⁴⁰ SÁNCHEZ, Nelson Camilo e IBÁÑEZ GUTIÉRREZ, Catalina: “La Justicia Transicional como categoría constitucional”, en: AMBOS, Kai: “Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional”, Temis, Bogotá, 2014, 134

⁴¹ TEITEL, Ruti: *Transitional Justice*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, 29 y 30.

⁴² *Ibidem*, 50.

⁴³ MALAMUD - GOTI, Jaime: Lo bueno y lo malo de la inculpación y las víctimas, en: DE GAMBOA TAPIAS, Camila: *Justicia Transicional. Teoría y Praxis*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, 167.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi: “La justicia penal transicional para Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna”, en: LONDOÑO ULLOA, Jorge Eduardo: “Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia”, Ibáñez, Bogotá, 2016, 25

⁴⁵ GUARÍN, Rafael. “Los derechos de las víctimas límite a la paz”. *Revista Nueva Época*, 2012, 114.

⁴⁶ TEITEL, Ruti: *Transitional Justice*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, 173.

⁴⁷ TEITEL, Ruti: *Transitional Justice*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, 154.

⁴⁸ TEITEL, Ruti: *Transitional Justice*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, 157.

⁴⁹ TEITEL, Ruti: *Transitional Justice*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, 149.

presupuestos fácticos como la existencia de situaciones que afecten a toda la población como los conflictos armados o dictaduras⁵⁰.

Tradicionalmente el concepto de conflicto armado solamente se ha utilizado en el Derecho penal como un elemento de contexto de los crímenes de guerra. Sin embargo, también implica efectos en la aplicación del Derecho Penal interno y particularmente en relación con las funciones de la pena. La existencia de un conflicto armado interno tiene múltiples incidencias jurídicas, tales como la posibilidad de que se aplique el Derecho Internacional Humanitario o la creación de un contexto para que los delitos cometidos puedan ser imputados como crímenes de guerra⁵¹. Sin embargo, también tiene profundos efectos en el funcionamiento de la sociedad y del Derecho en su interior, pues implica el reconocimiento de niveles de violencia y desinstitucionalización considerables que incrementan los niveles de anomia normativa y con ello dificultan la aplicación de las funciones de la pena.

Independientemente de los grandes debates que se han generado a nivel internacional sobre el concepto específico de cada uno de los elementos del conflicto armado interno quisiera llamar la atención sobre solamente 2 de ellos que tienen impactos muy profundos en la sociedad⁵²:

2.1. Una situación prolongada de violencia

El Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949⁵³ señala que para los efectos del derecho internacional humanitario los conflictos armados internos son aquellos que *“se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”*. Por su parte, el Estatuto de la Corte Penal señala que éstos tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos⁵⁴.

⁵⁰ UPRIMNY YEPES, Rodrigo: Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano, en: UPRIMNY YEPES, Rodrigo / Saffon Sanín, María Paula / Botero Marino, Catalina / Restrepo Saldarriaga, Esteban: *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006, 13; GUERRERO PÉREZ, Luis Guillermo: *“Justicia transicional en el Derecho comparado”*, en: PALACIO PALACIO, Jorge Iván, ESCRUCERÍA MAYOLO, Iván Humberto, RAMÍREZ ÁLVAREZ, Luis Alejandro: *“Diálogo constitucional para la paz. IX conversatorio de la Jurisdicción Constitucional, 18 al 20 de septiembre de 2013, Medellín, Colombia”*. Editorial Universidad del Rosario; Corte Constitucional República de Colombia; Legis; Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014, 103.

⁵¹ AMBOS, Kai: *Treatise on International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 122 y ss.

⁵² No se pretende a continuación hacer un análisis su contenido penal internacional sino la incidencia que tienen los mismos en la sociedad y en el Derecho penal nacional.

⁵³ Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977.

⁵⁴ Tratado de la Corte Penal Internacional, Artículo 8.2, literal f).

En este sentido, los conflictos armados internos exigen el recurso a la fuerza armada entre Estados o a la violencia prolongada entre autoridades gubernamentales o grupos armados⁵⁵⁵⁶. Según el Protocolo Adicional II esta situación de violencia debe ser prolongada, no esporádica, lo cual es exigido por el artículo 8.2 f) del Estatuto de la CPI y se manifestó expresamente en la decisión del caso Tadić del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Esta violencia debe ser además intensa, lo cual caracteriza su escala, gravedad e incremento de los ataques, los tipos de operaciones, la movilización o distribución de armas, la duración de los combates y la expansión territorial de la misma⁵⁷.

En virtud de lo anterior, se puede concluir que en los conflictos armados debe existir un grado alto de violencia prolongada respecto de la población, lo cual además se multiplica pues los actos de violencia social tienen un peso autónomo que los dinamiza en un espiral que crea un contexto violento que estimula a su vez más agresiones entre sí hasta que se institucionaliza en el grupo social⁵⁸.

La violencia institucionalizada hace que la fuerza se convierta en una forma de alcanzar poder⁵⁹ y la superioridad sobre otros⁶⁰, lo cual se canaliza a través de la agresividad como mecanismo de dominación de otras personas⁶¹, situación que cambia radicalmente los valores sociales, pues se crean verdaderas subculturas y contraculturas dominadas por la agresión⁶². Esta agresividad se va aprendiendo en la infancia como estereotipo y luego se desarrolla como forma de dominación⁶³ sobre los grupos más vulnerables⁶⁴, generando actos que vulneran los derechos humanos y la dignidad humana que van generando actividades rutinarias criminales⁶⁵.

Esta situación tiene terribles efectos en el tejido social y también en la aplicación del Derecho penal, pues una violencia institucionalizada muta la cuestión criminal de una delincuencia de subsistencia a una criminalidad de poder mafiosa o terrorista, las cuales se apoderan de la economía y se convierten en un reclutador ilegal de la pequeña delincuencia, aprovechándose de la ignorancia, la miseria y el fanatismo⁶⁶.

2.2. La participación de la criminalidad organizada

⁵⁵ WERLE: Tratado de Derecho Penal Internacional, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, 574.

⁵⁶ Vid. Decisiones de la Corte Penal internacional del 29 de enero de 2007 en el caso Lubanga y del 30 de septiembre de 2008 en el Katanga.

⁵⁷ AMBOS, Kai, op. cit., 127.

⁵⁸ MARTÍN BARÓ, Ignacio: Poder, ideología y violencia, Trotta, Madrid, 2003, 80 a 86.

⁵⁹ MCCLELLAND, D. C.: Estudio de la motivación humana, Narcea, Madrid, 1989, 289.

⁶⁰ ADLER, A.: Práctica y teoría de la psicología del individuo, Paidós, Buenos Aires, 1958, 58.

⁶¹ COOPER, J. / WORCHEL, S. / GOETHALS, G. / OLSON, J.: Psicología Social, Thomson, México 2002, 208 y 209; HOGG, M. / GRAHAM M. / VAUGHAN M.: Psicología social, Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2010, 350.

⁶² MARTÍN BARÓ, Ignacio op. cit., 86.

⁶³ COOPER, J. / WORCHEL, S. / GOETHALS, G. / OLSON, J. op. cit., 208 a 210.

⁶⁴ WORCHEL, S.: Psicología. Prentice Hall, Madrid, 2001, 661; HOGG, M. / GRAHAM M. / VAUGHAN, op. cit., 351.

⁶⁵ COHEN, Lawrence / FELSON, Marcus, "Social change and crime rate trends: a routine activity approach", en *American Social Review*, Núm. 44, 1979, 589.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi: Principia iuris. Teoría de la Democracia, Trotta, Madrid, 2007, 353.

El art. 1.1 del Protocolo Adicional II requiere para que exista un conflicto armado interno que “*la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas*”. Por su parte, el Estatuto de la Corte Penal internacional señala que “*existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos*”⁶⁷. De esta manera, se exige que exista una política organizada relacionada con un comando central, una estructura jerárquica y la capacidad de realizar operaciones militares⁶⁸.

Por lo anterior, los conflictos armados exigen la participación de grupos organizados, los cuales cuando cumplen determinadas características constituyen parte de la criminalidad organizada. El crimen organizado es el conjunto de actividades de los miembros de una asociación altamente organizada y disciplinada que se dedica a suministrar bienes y servicios ilegales⁶⁹. En este sentido, se refiere a ciertos tipos de actividades que presentan muchos rasgos de los negocios convencionales pero que se basan en transacciones ilegales⁷⁰. Al respecto, se destacan una serie de características: estructura y jerarquía organizada, continuidad, uso de la violencia, actividades ilegales, infiltración de negocios legítimos y corrupción⁷¹.

Lo que caracteriza a la criminalidad organizada es que está estructurada en una forma empresarial y por lo tanto comparte sus elementos esenciales, tales como una estructura jerárquica, la necesidad de insumos y recursos para su funcionamiento, la división de trabajo y la especialización de las funciones de sus miembros, la existencia de normas de conducta básicas para su funcionamiento y la producción de bienes y servicios aunque en este caso son ilegales, tales como la prostitución, el tráfico de armas, el narcotráfico, el contrabando y la trata de personas⁷².

Por lo anterior, la criminalidad organizada tiene esencialmente 3 características: la concertación de varias personas para la comisión de delitos, con cierta organización y cierta estabilidad y permanencia⁷³, situación que alcance rápidamente miles de adeptos y genere una subcultura del delito y de la ilegalidad.

2.3. La cultura de la ilegalidad en los territorios afectados

Si bien el dominio territorial no es necesariamente considerado como un elemento del conflicto armado para efectos de la aplicación del Derecho Penal Internacional⁷⁴, sí se exige

⁶⁷ Tratado de la Corte Penal Internacional, Artículo 8.2, literal f).

⁶⁸ AMBOS, Kai, op. cit., 128

⁶⁹ FINKENAUER, James: *Mafia y crimen organizado*, One world publications, Barcelona, 2010, 26.

⁷⁰ GIDENS, Anthony, *Sociología*, Alianza, Madrid, 2004, 306.

⁷¹ FINKENAUER, James, op. cit., 19 - 20.

⁷² FINKENAUER, James, op. cit., 26.

⁷³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, *La Criminalidad Organizada*, Dykinson, Madrid, 2005, 43.

⁷⁴ AMBOS, Kai, op. cit., 128

en el artículo 1.2 del Protocolo Adicional II a los Acuerdos de Ginebra y también es frecuente en los grandes conflictos que se han presentado a nivel mundial.

Este demonio crea verdaderas contraculturas en las cuales dominan los grupos armados, que se asientan en los grupos sociales reproduciendo este sistema por décadas a través del aprendizaje social, en el cual el modelo social recompensa la conducta imitativa (por ello los niños desarrollan un hábito generalizado de reproducir las respuestas de sucesivos modelos) y posteriormente las pautas de conducta aprendidas tienden a generalizarse a situaciones distintas de aquellas en que se aprendieron⁷⁵.

En el campo criminal, el aprendizaje tiene fundamentalmente tres (3) etapas: la adquisición a través de la observación, el reforzamiento directo mediante experiencias recompensatorias repetidas o estímulos asociados a una conducta transgresora exitosa, la enseñanza en determinadas familias de hábitos que pueden llevar a la criminalidad; la ejecución en la cual se analiza el riesgo de ser descubierto, el nivel de castigo e incentivo a delinquir y los modelos de conducta asociados con la trasgresión; y el sostenimiento exteriorizado en el reforzamiento externo de acuerdo a las consecuencias que tiene el delito en otros delincuentes y el autorreforzamiento que crea el orgullo profesional de haber realizado un delito difícil comisión⁷⁶.

Los conocimientos necesarios para crear y mantener una organización criminal, tales como gerencia, manejo de personal, utilización de armas y manejo de recursos ilícitos, muchas veces son aprendidos en sectores inicialmente lícitos como las empresas y los cuerpos de seguridad del Estado y luego se manipulan para objetivos delictivos. Posteriormente, los criminales obtienen reforzamientos positivos de su conducta a través del éxito económico, la compra de bienes de lujo que a su vez aumenta en muchas ocasiones el estatus social y el éxito con el sexo opuesto; finalmente las cabezas de la delincuencia organizada adquieren un estatus de poder y reconocimiento casi divino que los convierte en héroes de sus ciudades pues en muchas ocasiones comenzaron pobres y se convirtieron en millonarios e incluso líderes comunitarios⁷⁷.

De esta manera, la ilegalidad se va volviendo una actividad casi rutinaria comenzando con delitos en los cuales se causan daños a la persona o propiedad de otros⁷⁸, siendo

⁷⁵ BANDURA, Albert; WALTERS, Richard, *Aprendizaje social y desarrollo de la personalidad*, op. cit., 18 - 21.

⁷⁶ FELDMAN, M. Philip, *Comportamiento criminal: un análisis psicológico*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1989, 86 - 121.

⁷⁷ El mejor ejemplo de este fenómeno fue el narcotraficante colombiano Pablo Escobar, quien se terminó convirtiendo en un ídolo en su ciudad Medellín en la cual era admirado como una gran figura e incluso llegó a participar en múltiples obras comunitarias y sociales.

⁷⁸ COHEN, Lawrence / FELSON, Marcus, "Social change and crime rate trends: a routine activity approach", en *American Social Review*, Núm. 44, 1979, 589.

posteriormente ampliada a otros ámbitos como la corrupción⁷⁹, gracias a la perspectiva conjunta de esta teoría con la de la decisión racional⁸⁰.

En este modelo existen tres (3) requisitos especialmente relevantes: delincuentes motivados, víctimas apropiadas y la ausencia de guardianes capacitados para prevenir una violación⁸¹: (i) *los delincuentes se motivan básicamente a través de la existencia de oportunidades espacio temporales para delinquir*⁸², de tentaciones sin control⁸³, (ii) Las víctimas facilitan las oportunidades para la delincuencia a través de comportamientos rutinarios y la inexistencia o reducción de controles incrementa la criminalidad⁸⁴ y (iii) la ausencia de guardianes calificados para prevenir la violación se representa por la imposibilidad que tienen los organismos encargados de velar por la seguridad pública para luchar contra toda una estructura empresarial creada para la comisión de delitos.

En la delincuencia organizada relacionada con el conflicto, las víctimas generan relaciones muy particulares con los delincuentes que impiden la denuncia y por el contrario van envolviéndolas paulatinamente⁸⁵: (i) unos son vinculados ilícitamente por la organización mafiosa como sucede con los menores reclutados o contratados para la comisión de delitos, (ii) otros tienen que vivir cotidianamente con la criminalidad, teniendo que soportar que en sus ciudades se sigan cometiendo delitos pero no pudiendo denunciar ante la cooptación de las autoridades por las bandas criminales; (ii) otros simplemente interactúan con los frutos del fenómeno criminal ante la bonanza ilegal que traen algunas conductas punibles. Finalmente se crean economías subterráneas que generan a su vez subculturas que si bien reprochan la violencia de la criminalidad organizada toleran sus beneficios económicos.

En consecuencia, la delincuencia en el conflicto armado está tan arraigada en la sociedad que es muy difícil de eliminar e incluso llega a multiplicarse en las cárceles a través de la aplicación del propio sistema penal.

3. Las finalidades de la justicia transicional, el Derecho penal y la política criminal

Ante esta panorámica el Derecho penal y la Política criminal no pueden permanecer

⁷⁹ BLANCO CORDERO, I.: <<La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional>>, en: SERTA, In memoriam Alexandri Baratta, Universidad de Salamanca, 2004, 274.

⁸⁰ Sobre la aplicación de ambas teorías a ámbitos como el crimen organizado, los delitos en el tráfico y el secuestro, CLARKE / FELSON, *op. cit.*, 37 y ss.; BLANCO, *op. cit.*, 274.

⁸¹ COHEN, Lawrence / FELSON, Marcus, *op. cit.*, 589.

⁸² COHEN, Lawrence / FELSON, Marcus, *op. cit.*, 589.

⁸³ FELSON, Marcus: *Crime & Everyday Life*, Pine Forge Press, Thousand Oaks, 1998, 23 y ss.

⁸⁴ COHEN, Lawrence / FELSON, Marcus, *op. cit.*, 589.

⁸⁵ En los años ochenta en Colombia, el narcotráfico creó todo un imperio económico en el cual el tráfico de estupefacientes era sólo un eslabón de la cadena en la cual se encontraban equipos de fútbol, grandes industrias y almacenes, bancos, medios de comunicación y reinados de belleza, por lo cual en algunas regiones era prácticamente imposible no tener algún contacto con dineros ilícitos, así fuera comprando un medicamento en una farmacia de la cual era socio una sociedad en la cual uno de los accionistas era un testaferro de un narcotraficante.

como espectadores impávidos, pretendiendo que simplemente existan amnistías generalizadas y comisiones de memoria, mientras los grupos organizados se apoderan de la sociedad. Ello no implica la utilización del derecho penal como castigo, sino de sus funciones preventivas como medidas adicionales para lograr las finalidades de la justicia transicional.

3.1. El reconocimiento de las víctimas

El primer reclamo de las víctimas es el reconocimiento de que han sido lesionadas intencionalmente, lo más difícil de una transición es otorgar a las víctimas un reconocimiento no solo como víctimas sino como titulares de derechos y como ciudadanos⁸⁶. Ello no implica la aplicación de penas privativas de la libertad pero sí de realizar juicios frente a los delitos más graves para establecer responsabilidades, sin las cuales los ataques a las víctimas no podrán ser realmente reconocidos.

En este sentido, no existe un derecho a la pena pero sí a ser reconocido como víctima por el Estado. Sobre el derecho a la justicia, los Principios de Joinet de la ONU han resaltado que el derecho a un recurso justo y eficaz *“Implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su opresor sea juzgado, obteniendo su reparación. Como se subraya en el preámbulo de la Estructura de principios, no existe reconciliación justa y durable sin que sea aportada una respuesta efectiva a los deseos de justicia; el perdón, acto privado, supone, en tanto que factor de reconciliación, que la víctima conozca al autor de las violaciones cometidas contra ella y el opresor esté en condiciones de manifestar su arrepentimiento; en efecto, para que el perdón pueda ser concedido, es necesario que sea solicitado”*.

Igualmente se ha reconocido que *“el derecho a la justicia confiere al Estado una serie de obligaciones: la de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad es establecida, de asegurar su sanción. Si la iniciativa de investigar corresponde en primer lugar al Estado, las reglas complementarias de procedimiento deben prever que todas las víctimas puedan ser parte civil y, en caso de carencia de poderes públicos, tomar ella misma la iniciativa”*.

En todo caso una visión maximalista tendría dificultades prácticas en la realización de juicios universales se genera una impunidad extendida: todos deben ser castigados por lo cual nadie lo es⁸⁷, por lo cual deben existir mecanismos especiales para que el procesamiento de las personas que sean enjuiciadas sea más efectivo, pues de lo contrario la sanción sería completamente selectiva y discrecional. En este sentido, existe una serie de

⁸⁶ DE GREIFF, Pablo: *Theorizing Transitional Justice*, en: WILLIAMS, Melissa / NAGY, Rosemary / ELSTER, Jon: *Transitional Justice*, New York University Press, Nueva York, 2012, 42.

⁸⁷ NINO, Carlos: *Juicio al Mal Absoluto*, Ariel, Buenos Aires, 2006, 258.

delitos mínimos cuya investigación, juzgamiento y sanción es una obligación del Estado, como los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra⁸⁸. Sin embargo, ello no implica necesariamente la aplicación de penas privativas de la libertad que en muchos casos podrían llegar a hacer imposible un proceso de paz, pero sí de sanciones que como cualquier pena puedan implicar la restricción de derechos constitucionales.

3.2. El fortalecimiento de la democracia y del Estado de Derecho

Teniendo en cuenta que un proceso de justicia transicional tiene como presupuesto la existencia de conflictos armados o dictaduras que causan graves violaciones a los derechos humanos y afectan gravemente el Estado Social de Derecho, lo cual además como se señaló tiene profundos efectos en la criminalidad.

Por ello, el fortalecimiento de la democracia mediante la restauración de una cultura política democrática, un nivel básico de solidaridad y de confianza sociales para convencer a los ciudadanos de que participen en sus instituciones políticas por razones distintas a la conveniencia personal son también finalidades de la justicia transicional⁸⁹. En este sentido, se busca fortalecer el Estado Social de Derecho y democrático contenido en la Carta de 1991, cumpliendo derechos individuales y sociales, además, incluyendo sectores aislados.
90

En este sentido, como ya se afirmó la existencia de un conflicto armado en una sociedad tiene 3 efectos profundamente nocivos que deben ser eliminados si se espera reducir la criminalidad: la institucionalización de la violencia, la criminalidad organizada y el dominio territorial de los grupos al margen de la ley. Si no se contrarrestan estas consecuencias el crimen está incrustado en una espiral interminable que termina siendo multiplicado por el propio sistema penal y masificado a través de la comunicación. Por lo anterior, el Derecho penal debe quitarse la máscara en las sociedades en conflicto y dar una contribución (aunque sea muy pequeña) a la solución de los problemas, pero no multiplicarlos progresivamente.

3.2.1. La quiebra de la criminalidad organizada

Si se identifica a la criminalidad organizada como una empresa criminal en teoría podría destruirse una organización criminal a través de las mismas causas por las cuales una empresa entra en bancarrota:

A. La desarticulación de los grupos al margen de la ley

Los conflictos armados internos exigen la participación de verdaderas estructuras de poder, las cuales en no pocas ocasiones quienes participan en los mismos hacen parte de la

⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacres del Mosote vs. El Salvador.

⁸⁹ DE GREIFF, Pablo: *Theorizing Transitional Justice*, en: WILLIAMS, Melissa / NAGY, Rosemary / ELSTER, Jon: *Transitional Justice*, New York University Press, Nueva York, 2012, 48.

⁹⁰ MARTÍNEZ, Mauricio: *“Reconciliación y castigo en la justicia transicional”*, Ibáñez, Bogotá, 2016, 20.

criminalidad organizada que se extiende en todos los campos económicos, políticos y sociales y por ello hay que desvertebrarla mediante múltiples mecanismos:

En primer lugar, deben aplicarse mecanismos de negociación judicial con aquellas personas que tengan un rol secundario en la organización y que puedan aportar información y delaciones necesarias para llevar a juicio a los grandes líderes.

En segundo lugar, debe cortarse cualquier contacto entre la política y la criminalidad, mediante depuraciones especiales de personas que hayan participado en esta macabra alianza⁹¹ que incluso ha llevado a la financiación de campañas políticas de presidentes como Ernesto Samper en Colombia. En este sentido, debe lucharse contra la corrupción en la administración pública y en la policía para evitar que sean los principales aliados de los criminales.

En tercer lugar, si se piensa desarticular una banda criminal, debe tenerse en cuenta para su verdadera desarticulación que se trata de burócratas del delito, de personas que actúan por un beneficio económico y por ello su resocialización debe tener en cuenta esta situación. Muchas personas que hacen parte de la criminalidad organizada ingresaron a la delincuencia por motivos económicos, buscando el dinero fácil a través de la violencia, por ello no renunciarán a esta situación si simplemente se les priva de la libertad pero no se les reintegra realmente a la sociedad⁹².

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el principal componente de las organizaciones criminales es el recurso humano y que el mismo desafortunadamente es captado en los sectores con menos recursos de la sociedad, por lo cual se vuelven en muchas ocasiones el único proveedor de empleos directos y con ascenso fácil para miles de personas. La única forma de prevenir esta situación es aumentando las oportunidades de empleo legal en los barrios marginales, así como la realización de campañas de concientización para evitar el reclutamiento de personas por la tentación del dinero fácil.

B. La corrupción.

La corrupción puede definirse como la desviación del interés público que se desarrolla a través del abuso del cargo con el fin de obtener un beneficio extraposicional⁹³. Es un monstruo que puede destruir cualquier organización, incluso si es criminal. Las causas de la corrupción en una organización criminal son las mismas que en una institución legal:

⁹¹ Ejemplo de esta situación ha sido las investigaciones que ha hecho la Corte Suprema de Justicia de Colombia para descubrir los nexos entre paramilitares y políticos en procesos llamados de parapolítica que ha permitido limpiar parcialmente los partidos políticos en Colombia.

⁹² El mejor ejemplo de esta situación es nuevamente Colombia, en la cual la desmembración de los grandes carteles como el de Cali, el de Medellín y el de Bogotá, dio como resultado simplemente el cambio a nuevas organizaciones como el Cartel del Norte del Valle y el Cartel de la Costa que terminó reclutando a los ex miembros de estas organizaciones.

⁹³ CASTRO, Carlos Guillermo, *Corrupción y delitos contra la Administración pública*, Universidad el Rosario, Bogotá, 2008.

La corrupción es un fenómeno profundamente arraigado en la sociedad, derivado de normas socioculturales bien valoradas como el personalismo, las lealtades a familias, a tribus o amigos⁹⁴. Muchas organizaciones criminales han sido disminuidas o destruidas a través de envidias o ambición excesiva de sus miembros, quienes pueden traicionar a los cabecillas por la obtención de un beneficio mayor.

Los bajos salarios⁹⁵ también se mencionan como una causa de corrupción y pueden ayudar a que los mandos bajos traicionen a los altos mandos por resentimiento o envidia. La discrecionalidad en la adopción de decisiones es una causa de corrupción⁹⁶ y también puede afectar fuertemente a las organizaciones criminales pues en muchas ocasiones las decisiones se toman por el mero capricho de sus miembros.

La principal forma de crear o aprovecharse de la corrupción en una organización criminal es mediante la infiltración especializada de agentes en las empresas criminales o de agentes que interactúen con mandos bajos y medios de una organización, bien sea motivando conductas de traición a sus superiores o mediante la delación en un proceso de negociación de penas con la justicia⁹⁷.

C. La ineficiencia.

Otra causa de la bancarrota de una empresa criminal es la ineficiencia. El problema de esta causa es que los beneficios que producen las empresas criminales son tan grandes que la eficiencia pasa a un segundo plano. Sin embargo, las autoridades públicas podrían llegar a generar la ineficiencia de la actividad organizada si atacan sus componentes empresariales más importantes: (i) limitar redes de suministros; (ii) cerrar rutas de comercialización; (iii) Imposibilitar la entrada de capitales al sector lícito y; (iv) llevar a cabo operaciones para impedir.

D. La afectación de la oferta y la demanda.

⁹⁴ MILLER, W. / GRODELAND, A. B. / KOSHECHKINA, T, Y.: *A Culture of Corruption, Coping with Government in Post – communist Europe*, CEUPRESS, Hungría, 2001, 147, demostró por ejemplo que más del 59 por ciento de los encuestados en La República Checa, Eslovaquia, Bulgaria y Ucrania se sentía feliz al dar una dádiva y sólo el 13 por ciento se sentía avergonzado.

⁹⁵ QUAH, Jon, “Responses to Corruption in Asian Societies”, en *Political Corruption*, HEIDENHEIMER, A.J; JOHNSTON, M. (ed.), Transaction Publishers, New Jersey, 2001, p. 515; ROSE - ACKERMAN, S.: *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Siglo XXI de España, Madrid, 2.001, p. 104; CONTRERAS, Luis. H, *Corrupción y principio de oportunidad, alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, Ratio Legis, Salamanca, 2005, 53.

⁹⁶ MURIEL PATIÑO, M.: <<Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción>>, en: FABIÁN CAPARRÓS, E. / RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (coords.): *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, p. 29; DELLA PORTA, D. / VANUNCCI, M.: <<Corrupt Exchanges and the Implosion of the Italian Party System>>, en: HEIDENHEIMER, A.J.; JOHNSTON, M. (edit.): *Political Corruption*, Transaction Publishers, New Jersey, 2001, p. 38; ROSE – ACKERMAN, *op. cit.*, p. 19; MISAS; OVIEDO; FRANCO, *op. cit.*, p. 50; AA.VV: “Elementos de la corrupción administrativa”, en *Corrupción y cambio*, LÓPEZ PRESA, J. O. (coord.), Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 205; SCHILLER C, “Verbesserung der governance und Bekämpfung der Korruption: Die Sichtweise des IWF” en NELL, V. / SCHWITZGEBEL, G. / VOLLET, M.: <<Korruption im Öffentlichen Raum>>, Deutscher Universität, Frankfurt, 2006, p. 183.

⁹⁷ En Colombia una de las causas más importantes para la desarticulación de los carteles de la droga fue la traición de sus miembros.

Variaciones en la competencia pueden hacer que un próspero negocio caiga en la bancarrota en muy poco tiempo. Por ello, algunos han señalado que la mejor forma de acabar con la criminalidad organizada de determinados bienes ilícitos es su legalización, la cual abriría las compuertas al mercado lícito y multiplicaría las posibilidades de competencia reduciendo drásticamente los precios. En algunos sectores esta situación es claramente benéfica, por ejemplo, los países que suscriben acuerdos de libre comercio presentan una reducción casi automática del contrabando, pues se reduce la tasa de beneficio. Sin embargo, en productos como las drogas las propuestas de legalización no están exentas de problemas, pues en un comienzo la demanda se dispara incluso a sectores que no consumían el producto ante la inexistencia de sanciones aplicables y además genera múltiples preguntas como qué, cuánto y cómo legalizar.

A pesar de ello, no todas las propuestas en relación con el mercado presentan debates tan fuertes como la legalización de la droga. Existen otras formas de atacar la criminalidad organizada tales como la reducción de la demanda, la limpieza de la economía y la introducción de cláusulas de integridad de determinados productos, tal como sucedió con los diamantes en África.

E. Desmotivación para las actividades criminales en territorios dominados por los grupos ilegales.

La reducción de los beneficios y el aumento de los costos de la actividad delictiva es esencial para la lucha contra la criminalidad incrustada en un territorio, lo cual comienza por el sistema penal:

En primer lugar, debe reducirse a costo cero el beneficio causado por el delito. En este sentido, deben motivarse medidas como la extinción del dominio de los bienes adquiridos ilícitamente, pues de lo contrario muchos narcotraficantes no tienen problema alguno en pasar algunos años en la cárcel si luego pueden gozar de sus cuantiosas fortunas.

En segundo lugar, debe lucharse contra la corrupción en las prisiones. En muchos países latinoamericanos, pagan mensualmente por tener todo tipo de comodidades al interior de la prisión, por lo cual su estancia además de corta no es muy incómoda. El mejor ejemplo de esta situación fue el narcotraficante Pablo Escobar, para quien se construyó una cárcel especial con todo tipo de comodidades en los años noventa llamada la Catedral, que poco pueden desmotivar el delito a este tipo de criminales. La única opción en esa época fue la extradición de los grandes narcotraficantes, pues el sistema colombiano fue incapaz de contenerlos⁹⁸.

En tercer lugar, debe establecerse una legislación muy fuerte contra el lavado de activos doloso que permita sancionar de manera ejemplar a los testaferros de los grandes

⁹⁸ Algunos de ellos incluso siguen estando privados de la libertad como Carlos Leder o los hermanos Rodríguez Orejuela.

criminales, pues de lo contrario estos simplemente seguirán transfiriendo sus bienes a terceros.

3.3. La reconciliación

La reconciliación entre las personas es esencial para reconstruir el tejido social⁹⁹. En este sentido, la justicia transicional busca moralmente como fin supremo, el rechazo a la violencia como instrumento político para alcanzar Estado de Derecho y democracia, para alcanzar escenarios de deliberación y garantía de derechos humanos.¹⁰⁰

La prevención especial positiva¹⁰¹ se puede realizar mediante una resocialización que se logra con la reintegración seria de los actores armados, la cual solamente se podrá consolidar si se garantiza la participación de los actores en la sociedad, pues de lo contrario se generaría una discriminación de los actores armados que desafortunadamente los pueda motivar a seguir delinquir.

Más allá del refinamiento dogmático de las funciones de la pena, la finalidad esencial del Derecho penal es la búsqueda de la paz. Ésta se puede definir como la expectativa de la ausencia de violencia desregulada que implica a su vez la regulación del uso monopolio de la fuerza del Estado: (i) reduciendo la violencia en la sociedad a través de la criminalización de las conductas más graves que atenten contra bienes jurídicos, (ii) eliminando las sanciones informales (o la venganza privada) a quien ha cometido delitos y (iii) e impidiendo la sanción arbitraria de los inocentes a través de un sistema de garantías que gire en torno en el principio de legalidad y del debido proceso¹⁰².

Lo anterior, que parece tan claro se deforma en las sociedades en conflicto, en donde la aplicación del Derecho penal no reduce los índices de criminalidad, en el cual la impunidad termina generalizando la venganza privada y donde se irrespetan las garantías ante sistemas jurídicos que no son capaces de salvaguardarlas del atropello de los medios de comunicación. En este sentido, hay que comenzar por lo básico que es reconocer que el Derecho penal no puede multiplicar la violencia y el odio, no puede ser tan agresivo al individuo que multiplique la guerra para la venganza.

3.4. El restablecimiento de la confianza pública y las finalidades impropias del Derecho penal en las sociedades actuales

⁹⁹ Ibídem, 48; PENSKY, Max: El pasado es otro pueblo. Un argumento a favor de los derechos póstumos como limitaciones normativas a las amnistías, en: DE GAMBOA TAPIAS, Camila: Justicia Transicional. Teoría y Praxis, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, 114; PENSKY, Max: El pasado es otro pueblo. Un argumento a favor de los derechos póstumos como limitaciones normativas a las amnistías, en: DE GAMBOA TAPIAS, Camila: Justicia Transicional. Teoría y Praxis, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, 114.

¹⁰⁰ GARCÍA-AMADO, Juan Antonio: "Justicia Transicional. Enigmas y aporías de un concepto difuso", en: LONDOÑO ULLOA, Jorge Eduardo: "Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia", Ibáñez, Bogotá, 2016, 135.

¹⁰¹ La prevención especial positiva resocialización señala que la función de la pena es la reintegración del individuo a la sociedad (Sentencia de la Corte Constitucional C - 806 de 2002).

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi: Principia iuris. Teoría del derecho, Trotta, Madrid, 2007, 837 y 838.

Otras de las finalidades de la justicia transicional es el restablecimiento de la confianza pública, reafirmando la relevancia de las normas que los perpetradores violaron¹⁰³. Al respecto, la prevención general positiva está relacionada el restablecimiento de la confianza de los individuos en el ordenamiento jurídico a través del fortalecimiento del Estado de Derecho, de la democracia y del desmantelamiento de organizaciones criminales¹⁰⁴.

En todo caso, es necesario distinguir la prevención general positiva de la función defensiva del Derecho penal que desafortunadamente a veces se cumple en la práctica. Ante la dificultad de que las funciones de la pena sean completamente efectivas en países con sistemas de gobierno desarticulados por conflictos armados, situaciones de violencia generalizada o dictaduras (formales o materiales), el Derecho penal se utiliza con otros objetivos no tan loables, como es la negación de los problemas sociales y la estigmatización y persecución de grupos de personas. En este sentido, el sistema penal actúa a la manera freudiana de un mecanismo de defensa del yo, como un instrumento que genera fenómenos como la proyección y la negación, a través de los cuales se reprimen sentimientos que nos impiden reconocer que vivimos en una sociedad enferma por la violencia, la desigualdad y la corrupción.

Si bien estos mecanismos fueron inicialmente creados por Sigmund Freud frente a personas individuales en su artículo *“The Neuro-Psychoses of Defence”*, la psicología social ha llegado a aplicarlos también a grupos sociales. Según esta teoría cuando algunas personas no tienen una aptitud para la conversión y tienen la necesidad inconsciente de rechazar una representación intolerable, el subconsciente termina reprimiéndolas o generando reacciones especiales frente a las mismas¹⁰⁵, lo cual también sucede en sociedades estructuralmente desarticuladas por el conflicto armado, la violencia generalizada o las dictaduras (formales o de facto):

La negación permite que el individuo trate hechos obvios de la realidad como si no existieran¹⁰⁶. En el Derecho penal este mecanismo permite negar los verdaderos problemas sociales como la desigualdad, la pobreza, el desempleo y la violencia utilizando la función preventivo especial negativa de la pena para pensar que los aislamos en una cárcel.

La proyección permite que sentimientos o ideas dolorosas sean proyectadas hacia otras personas o cosas cercanas pero que el individuo siente ajenas y que no tienen nada

¹⁰³ *Ibidem*, 46.

¹⁰⁴ Para la prevención general positiva la finalidad de la pena es el reconocimiento de la norma con el objeto de restablecer la vigencia de la misma afectada por el delito con el objeto de mantener las estructuras necesarias de una sociedad (Sentencia de la Corte Constitucional C - 806 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández). Sobre la prevención general negativa vid. JAKOBS, Günther, op. cit., 18 y 19.

¹⁰⁵ FREUD, Sigmund: Obras Completas. Tomo I: (Ensayos 1 al 16), Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2007, 172.

¹⁰⁶ FREUD, Sigmund: Obras Completas. Tomo I: (Ensayos 1 al 16), Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2007, 172.

que ver con él¹⁰⁷. En este sentido, el Derecho penal permite asignar los problemas sociales (violencia, corrupción y pobreza, entre muchos otros) a una serie de individuos que llamamos delincuentes y que se convierten en los chivos expiatorios de cualquier mal que aquella a un país¹⁰⁸. En este sentido se estigmatiza primero al sujeto y luego se les imputan todas las desgracias de la sociedad¹⁰⁹.

Todo este proceso es magnificado por los medios de comunicación, que constituyen un verdadero sistema social que a través de la configuración de un código propio transforma la información con fundamento en sus propias reglas¹¹⁰. La unilateralidad de un procedimiento que consiste inicialmente en simple publicación de información es contrastada a través de la construcción de valores morales (muchas veces artificiales) a partir de los cuales un proceso inicialmente autómatas va adquiriendo la finalidad consciente de escenificar juicios que permitan distinguir el bien del mal y estigmatizar a sus protagonistas para facilitar la comprensión de un público masivo que no tiene tiempo ni ganas de entender la complejidad de la realidad¹¹¹. Nada más contrario a la verdadera naturaleza del Derecho penal y a la dignidad humana que este uso arbitrario del derecho penal para servir a los intereses de unos pocos.

4. El Derecho penal debe seguir protegiendo las garantías de los individuos ante los abusos del poder punitivo del Estado

Durante miles de años el poder punitivo fue el mecanismo para dominar irracionalmente los pueblos y el castigo de quienes no compartían las ideas de los poderosos¹¹². El aparato de la justicia era utilizado por la voluntad del monarca para sancionar cualquier tipo de desobediencia¹¹³ y los jueces eran simplemente súbditos de los tiranos¹¹⁴. Sin embargo, surgieron voces que buscaban acallar los excesos y controlar el abuso de los poderosos mediante el establecimiento de unas garantías mínimas que limitaran la privación de la libertad de las personas¹¹⁵, cuyos principales pilares se encuentran a lo largo de toda la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano:

¹⁰⁷ FREUD, Sigmund: Obras Completas. Tomo I: (Ensayos 1 al 16), Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2007, 172.

¹⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul: La palabra de los muertos, Ediar, Buenos Aires, 2011, 369.

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul: La palabra de los muertos, Ediar, Buenos Aires, 2011, 370.

¹¹⁰ LUHMAN, Niklas: la realidad de los medios de las masas, Antropos, Barcelona, 2000, 4

¹¹¹ LUHMAN, Niklas: la realidad de los medios de las masas, Antropos, Barcelona, 2000, 115.

¹¹² ZAFFARONI, Eugenio Raul: La cuestión criminal, Buenos Aires, Planeta, 2012, 29 y ss.

¹¹³ FOUCAULT, Michel, Vigilar y Castigar, Siglo XXI Editores, Argentina, 2003, 198.

¹¹⁴ FOUCAULT, Michel, Vigilar y Castigar, Siglo XXI Editores, Argentina, 2003, 227: "Toda esta "arbitrariedad" que, en el antiguo régimen penal, permitía a los jueces modular la pena y a los príncipes ponerle fin eventualmente, toda esta arbitrariedad que los códigos modernos le han retirado al poder judicial, la vemos reconstituirse, progresivamente, del lado del poder que administra y controla el castigo".

¹¹⁵ BECCARIA, Cesare: De los delitos y de las penas, Alianza, Madrid, 1998. FEUERBACH, Paula Johann Anselm: Tratado de Derecho penal vigente en Alemania, Hammurabi, Buenos Aires, 1989. Howard, John: El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, entre otros.

(i) la exigencia de lesividad de los delitos¹¹⁶, (ii) el principio de legalidad¹¹⁷, (iii) la necesidad de la pena¹¹⁸ y (iv) la presunción de inocencia¹¹⁹, los cuales aún se mantienen como algunas de las garantías irrenunciables para cualquier Estado de Derecho¹²⁰.

El Derecho Penal moderno no surgió entonces como una máquina de castigo, sino por el contrario, como un conjunto de garantías mínimas que no solamente buscan tutelar a la sociedad del delito, sino también proteger al acusado de la venganza privada y de los abusos del poder punitivo del Estado¹²¹.

Desafortunadamente en los últimos años esta premisa se ha venido flexibilizando. Ante el desdén del Derecho penal tradicional, este espacio viene llenándose por quienes pretenden aplicar tesis de flexibilización de todas las garantías como los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad, ante la excusa de la necesaria aplicación de los principios del Derecho penal internacional en la justicia transicional. En este marco, no todos se sonrojan cuando se reemplaza el principio de culpabilidad por los contextos, el dolo se adapta a las circunstancias en la responsabilidad del superior y el principio de legalidad se vuelve una caja de pandora.

Sin embargo, estas concesiones, que podrían al menos debatirse¹²² cuando está de por medio la posibilidad de aplicar el principio de favorabilidad en escenarios de justicia transicional¹²³, resultan realmente aberrantes cuando se aplican a contextos de la justicia ordinaria. Al más puro estilo de la teoría de las velocidades del Derecho penal¹²⁴, en la

¹¹⁶ Artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “La ley sólo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido. Nadie puede verse obligado a aquello que la ley no ordena”.

¹¹⁷ Artículo 7 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por ésta prescritas. Todo aquél que promueva, solicite, ejecute o haga que sean ejecutadas órdenes arbitrarias, debe ser castigado, y todo ciudadano requerido o aprendido por virtud de la ley debe obedecer inmediatamente, y se hace culpable si ofrece resistencia.

¹¹⁸ Artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “La ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son estricta y evidentemente necesarias; y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada”.

¹¹⁹ Artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido declarado convicto. Si se estima que su arresto es indispensable, cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona ha de ser severamente reprimido por la ley”.

¹²⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T-276 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi: Principia iuris. Teoría del derecho, Trotta, Madrid, 2007, 837 y 838. Sentencia de la Corte Constitucional T-276 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹²² Aunque no necesariamente aceptarse.

¹²³ Como, por ejemplo, la posibilidad de imputar en un macroproceso decenas de hechos para que a un desmovilizado no se le apliquen las penas del Código Penal, sino que los hechos se reúnan en un contexto en virtud del cual se le aplique una pena alternativa por la comisión de delitos de lesa humanidad.

¹²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: La expansión del Derecho penal, B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2006, 183: “En lo anterior han quedado caracterizadas las que, a mi juicio, serían las “dos velocidades” del Derecho penal. Una primera velocidad, representada por el Derecho penal “de la cárcel”, en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede admitirse una “tercera velocidad” del Derecho penal, en la que el Derecho penal de la cárcel concurre con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales”.

justicia transicional se está aplicando una segunda velocidad en la que se reducen las garantías (se aplican delitos no consagrados en el Código penal como delitos de lesa humanidad, se realizan macroimputaciones en virtud de contextos y se amplía el alcance del dolo), pero se le otorgan a los acusados penas alternativas que no implican una privación de la libertad intracarcelaria.

Sin embargo, recientemente se está aplicando una tercera velocidad del Derecho penal, constituida por la peligrosa transicionalización de la justicia ordinaria: imputación de elementos subjetivos en virtud de contextos¹²⁵, acusación por delitos ordinarios como si fueran de lesa humanidad para evitar la prescripción o propuestas para aplicar formas de imputación del Derecho penal internacional como los aparatos organizados de poder o la responsabilidad de superior a los delitos económicos. Ante esta situación no podemos renunciar a la función básica que siempre ha cumplido el verdadero Derecho penal, que no es el castigo, sino proteger las garantías de las personas ante los abusos del poder punitivo del Estado.

Bibliografía

- AA.VV: “Elementos de la corrupción administrativa”, en *Corrupción y cambio*, LÓPEZ PRESA, J. O. (coord.), Fondo de Cultura Económica, México, 1998
- ADLER, A.: *Práctica y teoría de la psicología del individuo*, Paidós, Buenos Aires, 1958.
- AMBOS, Kai: *El marco jurídico de la justicia de transición. Especial referencia al caso colombiano*, Editorial Temis, Bogotá, 2008
- BANDURA, Albert; WALTERS, Richard, *Aprendizaje social y desarrollo de la personalidad*, op. cit..
- BECCARIA, Cesare: *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 1998
- BLANCO CORDERO, I.: <<La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional>>, en: SERTA, In memoriam Alexandri Baratta, Universidad de Salamanca, 2004.
- CASTRO, Carlos Guillermo, *Corrupción y delitos contra la Administración pública*, Universidad el Rosario, Bogotá.
- COHEN, Lawrence / FELSON, Marcus, “Social change and crime rate trends: a routine activity approach”, en *American Social Review*, Núm. 44, 1979.
- CONTRERAS, Luis. H, *Corrupción y principio de oportunidad, alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, Ratio Legis, Salamanca, 2005.
- COOPER, J. / WORCHEL, S. / GOETHALS, G. / OLSON, J.: *Psicología Social*, Thomson, México 2002
- CROCKER, David: *El rol de la sociedad civil en la elaboración de la verdad*, en : *Justicia Transicional*, en : MINOW, Martha / CROCKER, David / MANI, Rama : *Justicia Transicional*, Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Bogotá, 2011.
- DE GREIFF, Pablo: *Theorizing Transitional Justice*, en: WILLIAMS, Melissa / NAGY, Rosemary / ELSTER, Jon: *Transitional Justice*, New York University Press, Nueva York, 2012
- DELLA PORTA, D. / VANUNCCI, M.: <<Corrupt Exchanges and the Implosion of the Italian Party System>>, en: HEIDENHEIMER, A.J.; JOHNSTON, M. (edit.): *Political Corruption*, Transaction Publishers, New Jersey, 2001.
- ELSTER, Jon: *Rendición de Cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz, Buenos Aires, 2006, 15. En similar sentido, “*La justicia transicional se refiere a los retos y oportunidades especiales para lograr la justicia en sociedades que intentan una transición hacia un orden más pacífico y democrático*”
- Justice, Truth, Peace: en: WILLIAMS, Melissa / NAGY, Rosemary / ELSTER, Jon: *Transitional Justice*, New York University Press, Nueva York, 2012.
- FELDMAN, M. Philip, *Comportamiento criminal: un análisis psicológico*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1989.
- FERRAJOLI, Luigi: *Principia iuris. Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2007
- “*La justicia penal transicional para Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna*”, en: LONDOÑO ULLOA, Jorge Eduardo: “*Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia*”, Ibáñez, Bogotá, 2016.

¹²⁵ Ejemplo de esta situación es la interpretación de la Corte Constitucional sobre el delito de feminicidio en la cual señaló que a partir del contexto podría interpretarse la existencia de la intención de matar a una mujer en el delito de feminicidio.

- Principia iuris. Teoría de la Democracia, Trotta, Madrid, 2007.
- FEUERBACH, Paula Johann Anselm: Tratado de Derecho penal vigente en Alemania, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- FINKENAUER, James: *Mafia y crimen organizado*, One world publications, Barcelona, 2010.
- FORER, Andreas: Justicia Transicional, Editorial Ibañez, Bogotá, 2012
- FOUCAULT, Michel, Vigilar y Castigar, Siglo XXI Editores, Argentina, 2003, 198.
- FREUD, Sigmund: Obras Completas. Tomo I: (Ensayos 1 al 16), Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2007.
- GARCÍA-AMADO, Juan Antonio: “Justicia Transicional. Enigmas y aporías de un concepto difuso”, en: LONDOÑO ULLOA, Jorge Eduardo: “Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia”, Ibañez, Bogotá, 2016, 123.
- GIDENS, Anthony, *Sociología*, Alianza, Madrid, 2004, 306.
- GUARÍN, Rafael. "Los derechos de las víctimas límite a la paz". Revista Nueva Época, 2012, 114.
- GUERRERO PÉREZ, Luis Guillermo: “Justicia transicional en el Derecho comparado”, en: PALACIO PALACIO, Jorge Iván, ESCRUCERÍA MAYOLO, Iván Humberto, RAMÍREZ ÁLVAREZ, Luis Alejandro: “Diálogo constitucional para la paz. IX conversatorio de la Jurisdicción Constitucional, 18 al 20 de septiembre de 2013, Medellín, Colombia”. Editorial Universidad del Rosario
- HOGG, M. / GRAHAM M. / VAUGHAN M.: Psicología social, Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2010
- HOWARD, John: El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
- JAKOBS, G.: Derecho penal: parte general, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- KRITZ, Neil: The Dilemmas of Transitional Justice, en: KRITZ, Neil: Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Democracies, V. I, United States Institute of Peace, Nueva York, 1995.
- LUHMAN, Niklas: la realidad de los medios de las masas, Antropos, Barcelona, 2000, 4
- MALAMUD - GOTI, Jaime: Lo bueno y lo malo de la inculpación y las víctimas, en: DE GAMBOA TAPIAS, Camila: Justicia Transicional. Teoría y Praxis, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.
- MARTÍN BARÓ, Ignacio: Poder, ideología y violencia, Trotta, Madrid, 2003.
- MARTÍNEZ, Mauricio: “Reconciliación y castigo en la justicia transicional”, Ibañez, Bogotá, 2016.
- MCCLELLAND, D. C.: Estudio de la motivación humana, Narcea, Madrid, 1989.
- MILLER, W. / GRODELAND, A. B. / KOSHECHKINA, T. Y.: *A Culture of Corruption, Coping with Government in Post – communist Europe*, CEUPRESS, Hungría, 2001.
- MINOW, Martha : Comisiones de la verdad, justicia y sociedad civil, en : Justicia Transicional, en : MINOW, Martha / CROCKER, David / MANI, Rama : Justicia Transicional, Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Bogotá, 2011.
- MURIEL PATIÑO, M.: <<Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción>>, en: FABIÁN CAPARRÓS, E. / RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (coords.): *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004.
- NINO, Carlos: Juicio al Mal Absoluto, Ariel, Buenos Aires, 2006.
- OROZCO, Ivan. 2009. *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá: Temis – Universidad de los Andes.
- PENSKY, Max: El pasado es otro pueblo. Un argumento a favor de los derechos póstumos como limitaciones normativas a las amnistías, en: DE GAMBOA TAPIAS, Camila: Justicia Transicional. Teoría y Praxis, Universidad del Rosario, Bogotá.
- QUAH, Jon, “Responses to Corruption in Asian Societies”, en *Political Corruption*, HEIDENHEIMER, A.J; JOHNSTON, M. (ed.), Transaction Publishers, New Jersey, 2001.
- ROSE - ACKERMAN, S.: *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Siglo XXI de España, Madrid, 2001.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, *La Criminalidad Organizada*, Dykinson, Madrid, 2005, 43.
- SÁNCHEZ, Nelson Camilo e IBÁÑEZ GUTIÉRREZ, Catalina: “La Justicia Transicional como categoría constitucional”, en: AMBOS, Kai: “Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional”, Temis, Bogotá, 2014.
- SCHILLER C, “Verbesserung der governance und Bekämpfung der Korruption: Die Sichtweise des IWF” en NELL, V. / SCHWITZGEBEL, G. / VOLLET, M.: <<Korruption im Öffentlichen Raum>>, Deutscher Universität, Frankfurt, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: La expansión del Derecho penal, B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2006.
- TEITEL, Ruti: Transitional Justice, Oxford University Press, Nueva York, 2000.
- TRAPANI, Mario: “Derecho Penal y Postconflicto”, en: LONDOÑO ULLOA, Jorge Eduardo: “Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia”, Ibañez, Bogotá, 2016.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo: Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano, en: UPRIMNY YEPES, Rodrigo / Saffon Sanín, María Paula / Botero Marino, Catalina / Restrepo Saldarriaga, Esteban: ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006.
- WERLE: Tratado de Derecho Penal Internacional, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- WORCHEL, S.: Psicología. Prentice Hall, Madrid, 2001, 661; HOGG, M. / GRAHAM M. / VAUGHAN, ZAFFARONI, Eugenio Raul: La palabra de los muertos, Ediar, Buenos Aires, 2011.