



UNIVERSIDAD  
**NACIONAL**  
DE COLOMBIA

# **Revisión crítica de los referentes de construcción de las garantías procesales en escenarios de justicia de transición y derecho penal de posconflicto**

**Ángel Fernando Castro Gutiérrez**

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Bogotá D.C., Colombia  
2021



# **Revisión crítica de los referentes de construcción de las garantías procesales en escenarios de justicia de transición y derecho penal de posconflicto**

**Ángel Fernando Castro Gutiérrez**

Trabajo final presentado como requisito parcial para optar al título de:

**Magister en Derecho – Profundización en Derecho Penal**

Director:

Estanislao Escalante Barreto

Línea de Investigación:

Proceso Penal, Política Criminal y Control Social

Grupo de Investigación:

Escuela de Investigación en Criminologías Críticas, Justicia Penal y Política Criminal:

“Luis Carlos Pérez” POLCRYMED

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá D.C., Colombia

2021



*“El objetivo de mi vida es contribuir a que en Colombia haya justicia. A ello enfocaré todos mis esfuerzos”*

*Dr. Álvaro Osorio Chacón (Q.E.P.D.)  
Santafé de Bogotá, Julio 1° de 1992*

*Dedico esta investigación, así como el  
trasfondo que subyace en cada idea plasmada acá,  
a mi Dios. A la inagotable decisión de intentar hacer  
de nuestro país un lugar donde la paz, la  
reconciliación y la diferencia sea la mayor riqueza de  
nuestra tierra.*

*A la querida memoria de mis abuelos, a mis  
padres y hermanos por su constante impulso en la  
conquista de mis sueños. A Angélica por todo su  
amor y porque este trabajo es uno de los primeros  
ladrillos de nuestro hogar.*

*También deseo dedicar estas reflexiones a la  
querida memoria del profesor Doctor Álvaro Osorio  
Chacón, quien con su constante apoyo y estímulo  
hizo parte de este proyecto.*

# Declaración de obra original

Yo declaro lo siguiente:

He leído el Acuerdo 035 de 2003 del Consejo Académico de la Universidad Nacional. «Reglamento sobre propiedad intelectual» y la Normatividad Nacional relacionada al respeto de los derechos de autor. Esta disertación representa mi trabajo original, excepto donde he reconocido las ideas, las palabras, o materiales de otros autores.

Cuando se han presentado ideas o palabras de otros autores en esta disertación, he realizado su respectivo reconocimiento aplicando correctamente los esquemas de citas y referencias bibliográficas en el estilo requerido.

He obtenido el permiso del autor o editor para incluir cualquier material con derechos de autor (por ejemplo, tablas, figuras, instrumentos de encuesta o grandes porciones de texto).

Por último, he sometido esta disertación a la herramienta de integridad académica, definida por la universidad.



Ángel Fernando Castro Gutiérrez

Nombre

Fecha 26/11/2021

## **Agradecimientos**

Quiero agradecer a Angélica Noriega por esas diarias conversaciones que ayudaron a pulir la idea de un Derecho Penal de Posconflicto, como un resultado de una justicia transicional con enfoque transformador y crítico, así como un presupuesto para hacer sostenible el posconflicto como parte de un proyecto nacional, en donde la racionalización y eficacia de la herramienta punitiva haga parte de los mecanismos de gestión estatal de la conflictividad inherente a la superación de un conflicto.

Igualmente, deseo reconocer en las largas y estimulantes conversaciones con los doctores Fernando Arboleda Ripoll y Camilo Ernesto Bernal Sarmiento, muchas de las reflexiones críticas a una investigación que se busca encontrarse con las dificultades estructurales, por las que endémicamente ha transitado nuestro Poder Judicial durante el siglo XX y lo corrido del XIX.

Finalmente quiero agradecer a Mariluz Basante Urbano quien, con la paciencia, su sabiduría y acertadas reflexiones, ayudó a la culminación de este proyecto.



## Resumen

El sistema penal del país ha contribuido a la conflictividad social y violenta de Colombia en el siglo XX y lo corrido del siglo XXI, por lo que del ejercicio efectivo de la justicia transicional no solo debe concentrarse en investigarse y juzgarse con un estricto apego a las garantías asociadas al debido proceso y a los responsables por los crímenes internacionales cometidos en el marco del conflicto armado, sino que debe, además permitirse la revisión crítica del papel deficitario que ha tenido el Poder Judicial en la gestión de la conflictividad, así como profundizar en el alcance y contenido de varias garantías procesales instrumentalizadas en este tipo de escenarios, como el principio de legalidad, cuyos derroteros han sido flexibilizados en desmedro de las estructuras de legitimidad necesarias para la consolidación del modelo democrático, del Estado de Derecho y de la afirmación de la vigencia de los Derechos Humanos.

El robustecimiento de las garantías procesales asociadas al debido proceso, producto de una profunda revisión crítica de estas instituciones jurídico-penales, a la luz del estudio de las causas del conflicto imputables a la operatividad del sistema penal, puede permitir consolidar estructuras de legitimidad material que contribuyan no solo al éxito de la transición, sino a la funcionalización del sistema penal ordinario de posconflicto orientado a la consolidación de la paz, a la construcción de expectativas normativas realmente vigentes a lo largo y ancho de todo el territorio nacional, en especial, las relacionadas con el respeto irrenunciable de los derechos humanos.

**Palabras clave:** Principio de Legalidad, Justicia Transicional y Derecho Penal de Posconflicto.

## Abstract

### **Critical review of the benchmarks for the construction of procedural guarantees in transitional justice and post-conflict criminal law experiences**

The Colombian criminal law system has contributed to the social and violent conflict in Colombia in the 20th century and throughout the 19th century, so the effective exercise of transitional justice should not only focus in investigate and judge with strict adherence to the associated guarantees due process, to those responsible for the international crimes committed in the framework of the armed conflict, but it must also allow a critical review of the deficit role that the Judiciary has had in the management of conflict, as well as deepen the scope and content of various procedural guarantees instrumentalized in this type of scenario, such as the principle of legality (principle of non-retroactivity), whose paths have been made more flexible to the detriment of the legitimacy structures necessary for the consolidation of the democratic model, the rule of law and the affirmation of validity of the human rights.

The strengthening of the procedural guarantees associated with due process, the product of a profound critical review of these legal-criminal institutions in light of the study of the causes of the conflict attributable to the operation of the criminal system, may allow the consolidation of structures of material legitimacy that contribute , not only to the success of the transition, but also to the functionalization of the ordinary post-conflict penal system oriented towards the consolidation of peace, the construction of normative expectations really in force throughout the national territory, especially those related to with the inalienable respect for human rights.

**Keywords:** Principle of Legality, Transitional Justice and Post-conflict Criminal Law.

# Contenido

<b>Resumen.....</b>	<b>1</b>
<b>Abstract .....</b>	<b>2</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>4</b>
<b>1. Capítulo I El papel del derecho penal en el conflicto colombiano (Análisis de causas).....</b>	<b>9</b>
1.1 Posibles causas atribuibles a la administración de justicia en conflictos armados el siglo XX.....	11
1.2 Causas estrictamente sustanciales, procesales y probatorias del conflicto armado colombiano, posiblemente atribuibles al sistema penal .....	19
<b>2 Capítulo II Panorama del principio de legalidad en el enjuiciamiento de crímenes internacionales.....</b>	<b>39</b>
2.1 La afirmación del Principio de Legalidad posterior a escenarios de conflictividad .....	39
2.2 La flexibilización general de las garantías judiciales y del debido proceso en la persecución de crímenes internacionales en Colombia. ....	60
<b>3 Capítulo III Hacia un derecho penal de posconflicto como presupuesto de la superación sostenible de los ciclos de violencia en Colombia .....</b>	<b>67</b>
3.1 El robustecimiento de la vigencia material de las garantías procesales como rasgo característico del derecho penal de posconflicto. Estructuras materiales de legitimidad. Especial énfasis en el principio de legalidad penal. ....	71
3.2 Perspectivas del principio de legalidad funcionales a un postconflicto.....	78
<b>Conclusiones .....</b>	<b>85</b>
<b>Recomendaciones .....</b>	<b>87</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>89</b>
<b>Trabajos citados.....</b>	<b>89</b>

## Introducción

La historia del siglo XX y lo corrido del XXI se ha caracterizado por una conflictividad compleja e ininterrumpida, cuyas víctimas en las diferentes conflagraciones tanto internacionales como internas han sido incontables, así como se han conocido extremos insospechados en los linderos de la barbarie humana. Es así como, uno de los desafíos más importantes del Derecho Penal doméstico, así como del Derecho Público internacional y, particularmente, del Derecho Penal Internacional ha sido desarrollar instrumentos que contribuyan a la mitigación de ese tipo de hostilidades, no solamente de manera retrospectiva, sino buscando más allá de una garantía de no repetición, la estabilidad democrática que facilite que cualquier tipo de conflictividad pueda ser solucionada por los canales institucionales y bajo ninguna circunstancia vuelvan a derivar en una guerra.

En este sentido, en el capítulo de la historia universal, dedicado exclusivamente al paradigma de la atrocidad (Card, 2006), las conductas que a la postre serían constitutivas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, solo hasta el siglo XX encontraron su cenit (Hobsbawm, 1998)<sup>1</sup>, en episodios históricos rebosantes de barbarie, crueldad y salvajismo, que se extendieron en diferentes conflictos armados nacionales e internacionales, donde el genocidio, la desaparición forzada, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias, la violencia sexual basada en

---

<sup>1</sup> "(...) La humanidad sobrevivió, pero el gran edificio de la civilización decimonónica se derrumbó entre las llamas de la guerra al hundirse los pilares que lo sustentaban. El siglo XX no puede concebirse disociado de la guerra, siempre presente aun en los momentos en los que no se escuchaba el sonido de las armas y las explosiones de las bombas. (...)" Pág. 30.

género, el desplazamiento forzado, entre otras, cobraron protagonismo dentro y fuera de las hostilidades.

De esta manera, se ha podido establecer que, la beligerancia mundial en la segunda mitad del siglo XX se caracterizó por la existencia progresiva de conflictos armados de naturaleza interna. Igualmente, también se documentó que habitualmente en cada una de esas hostilidades, la búsqueda de solución de estos se ha distinguido por la asignación exclusiva de la responsabilidad de la superación de estas contiendas a la justicia transicional. No solo en Colombia, sino en otros escenarios donde las guerras fratricidas se han cobrado el capital más importante de una nación, como lo son las vidas humanas. Esto significa que la respuesta penal ha sido considerada erróneamente como por arte de magia, con una suerte de fetichismo como la principal vía de resolución de esos escenarios violentos, cuyas causas estructurales atraviesan transversalmente aspectos sociales, económicos, culturales, entre otros muchos, cuyo ámbito desborda por completo la función y fin de la justicia transicional y por ende del derecho penal.

Ahora bien, generalmente se ha pensado de manera errónea que, en sede jurisdiccional, el juzgamiento de las atrocidades traducidas en crímenes internacionales es la única finalidad transformadora de un escenario conflictividad violenta, al goce efectivo de un Estado de Derecho. De esa misma forma, las causas de las hostilidades han sido esencialmente buscadas exclusivamente en motivos económicos, políticos, étnicos, entre otros muchos. No obstante, el aporte de la deficitaria administración de justicia no ha sido examinada a fondo como una de las causas estructurales que han contribuido de manera determinante al surgimiento, a la profundización, sostenimiento y deterioro del conflicto armado.

De hecho, en esta investigación se centra en analizar ¿De qué manera el fortalecimiento de un sistema de garantías procesales en la persecución de crímenes internacionales por la justicia transicional aporta decisivamente a la

superación del conflicto armado y al planteamiento de un derecho penal de posconflicto?

Así las cosas, en un primer capítulo se buscará hacer una revisión crítica de las causas identificadas en diferentes estudios adelantados por las ciencias sociales, donde se han documentado y caracterizado el déficit del sistema jurídico penal y su relación con las causas del conflicto. De forma tal, que no solo se puedan proponer unos derroteros que contribuyan a la superación de los nudos críticos identificados, sino que también se pueda robustecer de la legitimidad necesaria para la profundización del modelo democrático, del Estado de Derecho y de la vigencia de los Derechos Humanos como presupuesto necesario para la estabilización de un posconflicto; en ese sentido, resulta de suma importancia concretar este análisis retrospectivo e introspectivo en una garantía procesal penal que a lo largo de la historia moderna ha sido afirmada con muchísima fuerza de manera posterior a la terminación de sendos periodos convulsos en sociedades occidentales.

En un segundo apartado se explorarán varias experiencias históricas, especialmente de países cuya tradición política y jurídica ha tenido influjo en nuestra construcción institucional. En esos casos profundizaremos el importante papel que ha tenido a afirmación del principio de legalidad posterior a los procesos de pacificación. Estas reflexiones nos permitirán afirmar que en diferentes momentos relacionados con la edificación de los Estados modernos y proyectos nacionales que se extienden en los últimos 1000 años, concentrándose especialmente en la última centuria, la disposición arbitraria de ese principio estuvo acompañada de incontables escenarios violentos, como también su afirmación significó la superación de profundos ciclos de violencia.

Por esa, razón transitaremos a comprender que la garantía sustancial y procesal del principio de legalidad penal, debe obedecer en un escenario de justicia transicional a legitimar materialmente el acceso a la justicia penal, así como

contribuir sustancialmente a la construcción de un derecho penal de posconflicto cuya operatividad contemple unos derroteros actualizados que impidan que el sistema punitivo pueda aportar significativamente a nuevos ciclos de violencia, concretamente al administrar justicia con base a garantías flexibilizadas.

Esto significa, tal como lo trataremos en el tercer capítulo que la contribución del Derecho Penal a la superación del conflicto no termina con la adecuada implementación de las herramientas de justicia transicional, sino que por el contrario de ese ejercicio debe también salir un conjunto de reflexiones que aborden transversalmente las dimensiones de la herramienta punitiva en Colombia, así como puedan sintetizar la crisis del mismo sistema penal, y obligue una revisión urgente que internamente y a partir de una toma de postura teórica del concepto de justicia, necesario de cara a la no repetición de las atrocidades, pueda contar con unas instituciones sustanciales, procesales y probatorias actualizadas al posconflicto.

De hecho, el alcance y contenido tradicional del cuerpo de garantías sustanciales y procesales en escenarios de justicia transicional, en particular el principio de legalidad viene sufriendo una flexibilización en función del cumplimiento de fines, entre otros asociados al cumplimiento de obligaciones internacionales en materia de judicialización de crímenes internacionales, la cual a nuestro juicio genera unas fisuras de legitimidad en el proceso y en la decisión judicial que son disfuncionales tanto al conocimiento en concreto de este tipo de delitos, como para la reingeniería por la que tiene que atravesar el derecho penal vigente, en clave de reconstruirse como una herramienta pensada para el posconflicto.

Ahora bien, para esta investigación resulta fundamental metodológicamente apelar no solamente a los desarrollos normativos y jurisprudenciales de una garantía con una honda presencia en la historia política de occidente, sino también a argumentos historiográficos que soporten la funcionalidad práctica para la superación de los conflictos atribuible al principio de legalidad penal. Por ese motivo, este documento

buscará generar un dialogo entre el impacto existencial del hecho histórico, el desarrollo de esta garantía y la construcción jurídica de conceptos de proyección hegemónica del mundo, que de manera irreflexiva y radicalizada han colisionado con mecanismos de superación negociada de conflictos armados.

De esta forma, este escrito propondrá un escenario para este debate jurisdiccional con diversos impactos y que a nuestro parecer generará el debate respecto de la necesidad de consolidar el dialogo entre un sistema de justicia transicional robustecido y garantista, con un subyacente sistema penal y procesal penal de posconflicto que desde su operatividad no vaya a servir de fecundo campo a la reedición de violencias.

Igualmente, lejos de buscar reconstruir históricamente las revisiones críticas del concepto legalidad penal en la judicialización de crímenes internacionales, nos acercaremos a explorar la necesidad de replantear la relación entre los derechos fundamentales y la construcción de las estructuras de legitimidad del sistema penal de posconflicto basada el robustecimiento de las garantías procesales, y de esta manera se facilite una aproximación al balanceado cumplimiento de las obligaciones de judicialización de crímenes internacionales, con la impostergable transformación de nuestro sistema penal para que coadyuve al resto de instrumentos orientados a la superación del conflicto armado, y la consolidación de la paz.



# 1. Capítulo I El papel del derecho penal en el conflicto colombiano (Análisis de causas)

*El siglo XX fue el más mortífero de la historia registrada. El número total de muertes causadas por sus guerras o asociadas con ellas se ha estimado en 187 millones, el equivalente a más del 10% de la población mundial en 1913. Si se considera que comenzó en 1914, fue un siglo de guerra casi ininterrumpida, con escasos y breves periodos sin conflicto armado organizado en algún lugar. (Hobsbawn, 2002)<sup>2</sup>*

Así como la historia del siglo XX no puede tratarse como un bloque uniforme, los periodos de violencia sufridos por Colombia en esa misma centuria tienen a su vez unas particularidades. Lo que no obsta para afirmar que, con cortos periodos de tiempo, el país ha vivido, así como el mundo, en una conflictividad ininterrumpida (Hobsbawn, 2002)<sup>3</sup>. Otra de las características identificadas y documentadas consiste en que la mayor cantidad de costos humanitarios, en el marco de los conflictos armados (Cross-ICRC, International Committee of the Red, 1999)<sup>4</sup>, e incluso la focalización de las hostilidades se ha concentrado en los civiles, para ser más precisos, los no combatientes, quienes a lo largo y ancho del capítulo bélico, escrito con letra escarlata, pusieron la mayor cantidad de

---

<sup>2</sup> Pág. 16 "The 20th century was the most murderous in recorded history. The total number of deaths caused by or associated with its wars has been estimated at 187 million, the equivalent of more than 10 per cent of the world's population in 1913. Taken as having begun in 1914, it was a century of almost unbroken war, with few and brief periods without organized armed conflict somewhere."

<sup>3</sup> O. Cit. Pág. 16. "Nevertheless, the century cannot be treated as a single block, either chronologically or geographically." [...] "On the other hand, Latin America may not have seen armies crossing state frontiers in the 20th century, but it has been the scene of major civil conflicts: in Mexico after 1911, for instance, in Colombia since 1948, and in various Central American countries during period II."

<sup>4</sup> Pág. 3 "Wars of the conventional type, involving clashes of regular armed forces across borders, still take a terrible toll across the globe. Witness the array of military forces that have joined the clashes between Iraq and Kuwait, Iran and Iraq, India and Pakistan, North Korea and South Korea, Ethiopia and Eritrea, or Israel and Lebanon. But war and armed conflict today are much more likely to rage in the wake of the withdrawal, collapse or uncertainty of state power and authority. These wars are less a clash of armies and more a struggle to assert control over areas or populations. In armed conflicts in countries as varied as Afghanistan, Bosnia-Herzegovina or Colombia, a culture of war has emerged which places civilians at the centre of the conflict. The great majority of present-day wars are waged across populated areas, sometimes in cities and villages. Combatants seek to displace, "cleanse" or exterminate whole ethnic or national groups; they seek the demoralization or control of people or territories. In many of these conflicts, simply put, war is a war on civilians."

víctimas, cuyos padecimientos ni siquiera fueron contemplados por la narrativa del derecho penal sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial.

De hecho, los diferentes trabajos historiográficos relativos a la última centuria han advertido un factor preponderante de violencia exacerbada, la cual se ha desplegado de manera casi ininterrumpida durante el siglo XX. En efecto, la caracterización de estos demenciales hechos se resume en que:

“Ha sido terrible. Una vez lo describí como un siglo terrible. Lo dije por razones obvias, porque en este siglo se ha destruido a más personas, ha habido más matanzas que en siglos anteriores, matanzas sin justificación alguna, y aunque tengan justificación, al fin y al cabo, una matanza es una matanza. Realmente no se las puede clasificar como matanzas buenas y matanzas malas; son matanzas. Cualitativa y cuantitativamente, las matanzas y torturas hechas en este siglo superan con creces las de otros siglos anteriores. La Inquisición fue bastante tenebrosa, por ejemplo, y Gengis kan hizo lo suyo. Las tropas de Napoleón perpetraron grandes matanzas. Pero en comparación con los suecos de este siglo, todos ellos se han quedado muy pequeños, como si no hubiesen hecho nada. Si se piensa en la combinación de Mao, Stalin y Hitler: entre los tres probablemente eliminaron a unos cien millones de personas”. (Berlin, 1992)<sup>5</sup>

Ahora bien, entre conflictos armados internacionales de escala global (Primera y Segunda Guerra Mundial, así como la Guerra Fría (ACNUR, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2018)), al igual que los conflictos armados internos (Djalili, 1991)<sup>6</sup> como el que ha atravesado Colombia (Cross-ICRC, International Committee of the Red, 1999)<sup>7</sup> durante gran parte del siglo XX y lo corrido del XXI (Abriesta Uriarte,

---

<sup>5</sup> Ver también en The Independent. ISIAH BERLIN: OUR GREATEST THINKER, WHO STRADDLED A TERRIBLE CENTURY. 23 de octubre de 2011. “Today, the “Two Concepts” is less admired, and Berlin himself admitted in his last published interview, in last month’s issue of Prospect magazine, that “I should have made more of the horrors of negative liberty, and all that has led to.” No one, however, would challenge the central lesson he drew from “**this most terrible century in Western history**”, that nothing was as dangerous as blind pursuit of a political or philosophical system. He had seen these evils at first hand: the overthrow of tsar Nicholas II and Lenin’s coup, as a child in St Petersburg, and the ebb and flow of the Second World War from the British embassy in Washington. Famously, his dispatches were some of Churchill’s favourite wartime reading.” <https://www.independent.co.uk/life-style/isaiah-berlin-our-greatest-thinker-who-straddled-a-terrible-century-1292475.html>

<sup>6</sup> “Hasta el término de la Segunda Guerra Mundial, el conflicto corresponde en general al fenómeno de la guerra, entendido como un enfrentamiento armado entre potencias que tiene un carácter territorial manifiesto. Desde 1945, la noción de conflicto se ha ampliado considerablemente de resultas del mayor número de conflictos internos que muchas veces han adquirido dimensiones internacionales, por lo que el análisis estratégico ya no puede ignorarlos.”

<sup>7</sup> “Colombia: Colombians have lived through more than 50 years of uninterrupted conflict. Today’s conflict is mainly rooted in the years 1946-1957 when competition for power between the Conservative and Liberal factions ignited a civil war, claiming

2012)<sup>8</sup>, ha demandado de las ciencias sociales excepcionales esfuerzos por contribuir a la comprensión de la conflictividad social, en especial de los linderos impensables de deterioro a los que llegarían las formas de violencia presenciadas en diferentes latitudes del planeta.

Lo anterior, en especial para el Derecho Público, el Derecho Internacional (Penal y de los Derechos Humanos), así como el Derecho Penal doméstico, los cuales han sufrido un impacto que removería sustancialmente las bases (teóricas, dogmáticas, normativas y probatorias) de cara a hacerle frente transversal desde el escenario humanitario, pasando por la persecución criminal de las atrocidades (crímenes internacionales), hasta adecuar el derecho patrio a unos derroteros funcionales al combate de esas modernas formas de conflictividad. Por su parte, para nuestro país este proceso con relación a la gestión del conflicto armado interno es absolutamente inacabado, puesto históricamente a adolecido de la incapacidad de sintetizar, desde el ámbito normativo y en la práctica judicial el tipo de conflictividades sobre el que despliega su función regulatoria, además de obedecer a la incorporación acrítica, como a desarrollos legales y jurisprudenciales disfuncionales.

## **1.1 Posibles causas atribuibles a la administración de justicia en conflictos armados el siglo XX**

El común denominador de esta destrucción ha sido buscado insistentemente desde diferentes ópticas de las ciencias sociales, económicas, entre otras muchas, lo que ha permitido establecer que lo único habitual es la crueldad, la barbarie, la ferocidad y la cantidad de vidas humanas afectadas en las diversas hostilidades del siglo XX y lo transcurrido del XXI.

No obstante, las conflictividades han sido entendidas como heterogéneas con relación a su naturaleza, a su intensidad, a su localización, a sus mecánicas, fines y causas, entre las cuales, se destacan narrativas justificativas, que si bien no son objeto de esta

---

*more than 200,000 lives. In the last two decades a succession of governments has entered into peace negotiations with its opponents – and sometimes achieved cease-fires – but periods of calm have been the exception, rather than the rule”*

<sup>8</sup> “Las formas de hacer la guerra cambiaron a lo largo del siglo XX. La revolución industrial y los avances tecnológicos mostraron durante las dos guerras mundiales una mutación radical de los medios utilizados para ejercer la violencia. A los combates terrestres y navales se sumaron los enfrentamientos aéreos. Posteriormente, los procesos de descolonización en África, las guerras en Oriente Próximo y los movimientos revolucionarios en América Latina propagaron la guerra de guerrillas y pusieron de manifiesto la asimetría entre las fuerzas confrontadas, desequilibrio que obligó a desarrollar nuevas estrategias para contrarrestar las diferencias objetivas entre los grupos armados”

investigación, sí permite aproximarse a que entre las causas esgrimidas en sendos estudios relacionados a conflictos armados, se han concentrado constantemente en: la pobreza, la exclusión, el totalitarismo, la xenofobia, entre otras muchas, sin tocarse si quiera tangencialmente el análisis del aporte del poder judicial – concausalidad- a las razones de la conflictividad (en el caso del conflicto armado colombiano, en particular, existen estudios muy importantes que dan cuenta del relacionamiento coyuntural entre la administración de justicia con la violencia, más no desde el punto de vista del aporte multicausal atribuible al deficitario accionar de la Rama Judicial del Poder Público); ese análisis, el cual resulta fundamental, especialmente desde una perspectiva material ha brillado por su ausencia.

De hecho, un antecedente a nuestro juicio importe se encuentra en el caso del fracaso en la aplicación de las cláusulas relativas a las sanciones dirigidas a castigar (judicialización ante tribunales militares de las potencias vencedoras, incluso la extradición) las atrocidades cometidas en la Primera Guerra Mundial, concretamente el Tratado de Versalles (Versalles, 1919)<sup>9</sup> las consagraba en los artículos 227 a 230. Estas obligaciones literalmente se vieron condicionadas a factores externos que llevaron a su inaplicación práctica, toda vez que, el Kaiser no fue entregado para su juzgamiento, así como los delitos perseguidos no se correspondían a la gravedad de las hostilidades, y finalmente las pocas causas iniciadas fueron declaradas inválidas (Nino, 2006)<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> "Hasta el término de la Segunda Guerra Mundial, el conflicto corresponde en general al fenómeno de la guerra, entendido como un enfrentamiento armado entre potencias que tiene un carácter territorial manifiesto. Desde 1945, la noción de conflicto se ha ampliado considerablemente de resultados del mayor número de conflictos internos que muchas veces han adquirido dimensiones internacionales, por lo que el análisis estratégico ya no puede ignorarlos."

<sup>9</sup> "Colombia: Colombians have lived through more than 50 years of uninterrupted conflict. Today's conflict is mainly rooted in the years 1946-1957 when competition for power between the Conservative and Liberal factions ignited a civil war, claiming more than 200,000 lives. In the last two decades a succession of governments has entered into peace negotiations with its opponents – and sometimes achieved cease-fires – but periods of calm have been the exception, rather than the rule"

<sup>9</sup> "Las formas de hacer la guerra cambiaron a lo largo del siglo XX. La revolución industrial y los avances tecnológicos mostraron durante las dos guerras mundiales una mutación radical de los medios utilizados para ejercer la violencia. A los combates terrestres y navales se sumaron los enfrentamientos aéreos. Posteriormente, los procesos de descolonización en África, las guerras en Oriente Próximo y los movimientos revolucionarios en América Latina propagaron la guerra de guerrillas y pusieron de manifiesto la asimetría entre las fuerzas confrontadas, desequilibrio que obligó a desarrollar nuevas estrategias para contrarrestar las diferencias objetivas entre los grupos armados"

an act in violation of the laws and customs of war, who are specified either by name or by the rank, office or employment which they held under the German authorities. [...] ARTICLE 229 Persons guilty of criminal acts against the nationals of one of the Allied and Associated Powers will be brought before the military tribunals of that Power. Persons guilty of criminal acts against the nationals of more than one of the Allied and Associated Powers will be brought before military tribunals composed of members of the military tribunals of the powers concerned. In every case the accused will be entitled to name his own counsel. ARTICLE 230 [...] The German Government undertakes to furnish all documents and information of every kind, the production of which may be considered necessary to ensure the full knowledge of the incriminating acts, the discovery of offenders and the just appreciation of responsibility."

<sup>10</sup> Pág. 44-45 "Cuando los países agraviados se presentaron ante Alemania para que entregara criminales, surgió en ella una gran resistencia popular. Ante el temor de que esa resistencia pusiera en peligro al tratado, particularmente en lo que hacía a las reparaciones económicas, los aliados aceptaron la propuesta alemana de procesar a la gente acusando ante la Corte Suprema Alemana de Leipzig. Este juicio comenzó sancionando con seis a diez meses de prisión a tres soldados

En consecuencia, al remitirse a un conjunto importante de causas identificadas de la siguiente conflagración bélica, como lo fue la Segunda Guerra Mundial, se advierte que el conflicto es atribuido principalmente al:

“[I]mperfecto acuerdo de paz de Versalles, aunque también desempeñaron un papel otras causas, como la Gran Depresión, por ejemplo. [...] Lo que destruye el argumento de que las iniquidades de Versalles, por sí solas, explican la Segunda Guerra Mundial, es la así llamada era del cumplimiento. [...] Para 1932 el espíritu de Locarno ya estaba extinto y había concluido la etapa de cumplimiento. Una explicación objetiva es la depresión mundial que se inició en 1929. En Alemania la depresión fue decisiva para el ascenso de Hitler al poder; también en las democracias tuvo serias consecuencias para la paz del mundo, pues minó su ánimo y mermó su confianza. En todo caso, incluso en los momentos más triunfales de la etapa del cumplimiento hubo claras advertencias de que las apariencias y la realidad no coincidían del todo. Los alemanes mantuvieron su renuencia a aceptar un acuerdo al estilo de Locarno en relación con sus fronteras orientales; los franceses comenzaron a buscar nuevas alianzas y a construir una línea de defensa en gran escala; asimismo, los alemanes iniciaron una colaboración secreta con los soviéticos para evitar las restricciones de Versalles sobre armamento”. (Winks, 2000)<sup>11</sup>

De hecho, la documentación de los antecedentes inmediatos de la guerra imputables al Tratado de Versalles, no se aproximan ni a la inaplicación de las cláusulas relacionadas

---

*alemanes acusados de golpear a algunos prisioneros británicos. Un comandante de navío acusado de hundir un buque hospital británico fue declarado inocente bajo la justificación de haber seguido órdenes. El teniente Patzig, acusado de haber hundido otro buque hospital británico, no pudo ser hallado para el juicio, pero dos de sus subordinados fueron sentenciados por asesinato a penas de cuatro años de prisión; escapando luego, aparentemente con ayuda de sus carceleros. Debido a que el sentimiento popular alemán influyó indebidamente en el resultado de los juicios, los franceses y los belgas declararon a los juicios de Leipzig inválidos bajo el Tratado de Versalles.”*

<sup>11</sup> Pág. 606 Ver también en Hobsbawn (1994). Historia del siglo XX. Buenos Aires, Argentina: Grijalbo Mondadori, S. A. Pág. 44. “Ahora bien, las respuestas a los interrogantes históricos no son tan sencillas. Como hemos visto, la situación internacional creada por la primera guerra mundial era intrínsecamente inestable, especialmente en Europa, pero también en el Extremo Oriente y, por consiguiente, no se creía que la paz pudiera ser duradera. La insatisfacción por el statu quo no la manifestaban sólo los estados derrotados, aunque éstos, especialmente Alemania, creían tener motivos sobrados para el resentimiento, como así era.”. Stevenson (2004). 1914-1918- Historia de la Primera Guerra Mundial. Barcelona, España: Editorial Debate. Pág. 655. “El principal motivo de esta tragedia no fue que las condiciones del tratado fueran impracticables o injustas. Y tampoco lo fue que los Aliados carecieran de la fuerza militar adecuada. El problema más fundamental fue su desunión, que ya se puso de manifiesto durante el proceso de pacificación y que exacerbó las discrepancias en torno a los términos del tratado. Rusia, Japón e Italia se enemistaron más o menos con las potencias atlánticas, y Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña llegaron al límite de su capacidad de cooperación. Surgió así un modelo de desunión que contrastaba nitidamente con la cohesión que había mostrado la coalición anti alemana durante la guerra, y esa desunión dio la oportunidad a Hitler.”

con la responsabilidad penal, y de una forma un poco más tímida se advierte el fracaso de la Sociedad de las Naciones, por lo que la lectura de este tratado se centra en todos los aspectos menos en el fracaso de las sanciones diferentes a las pecuniarias; testimonio de esa afirmación es que:

“[S]i el armisticio espantó a los alemanes, el tratado de Versalles los enfureció. Sus esperanzas de un arreglo equitativo de fronteras de toda Europa se arruinaron de acuerdo con el principio de estado-nación. Woodrow Wilson, el presidente de los EE. UU., había buscado la aprobación de la idea de que un pueblo que compartiese historia, cultura e idioma tenía derecho a tener un Estado propio y una paz sin vencedores ni vencidos. Pero los franceses se obstinaron; ellos también habían sufrido cuatro años de lucha y destrucción, sobre todo, en su propio suelo. No veían necesidad alguna de ser justos con Alemania y se valieron del Tratado de Versalles como un instrumento de venganza: responsabilizaron a aquella de la guerra, exigieron su retirada de grandes territorios, además del pago de la astronómica suma de 269.000 millones de marcos oro. [...] Si la venganza es un plato que se come mejor frío, los franceses disfrutaron de un festín helado”. (Dwork & Jan van Pelt, 2004)<sup>12</sup>

En el mismo sentido, otro ejemplo que a nuestra óptica es revelador es el del entonces Imperio Otomano y la conflictividad que perdura hasta el día de hoy con el pueblo armenio, donde el análisis de las manifestaciones violentas o en este caso de un genocidio<sup>13</sup> debe extenderse indefectiblemente al lente no sólo del papel de la judicialización en sentido estricto de esos hechos sino a la eventual causalidad sobre la generación o profundización

---

<sup>12</sup> Pág. 115. “Algunos hombres de Estado reconocieron el rencor existente en los términos del Tratado, pero nadie hizo nada para suavizarlos. El primer ministro italiano, Francesco Severino Nitti, lo consideró la prolongación francesa de la guerra contra Alemania. <<Pidieron la paz [los alemanes] en un momento que, en nombre de los Estados Unidos, que se habían convertido en el factor decisivo de la victoria, las solemnes garantías de Wilson aseguraban y garantizaban la perfecta igualdad entre vencedores y vencidos. Pero cuando Alemania ya no estuvo en condiciones de ofrecer resistencia alguna, el Tratado de Versalles violó todas las garantías otorgadas e introdujo nuevas formas de dominio y conflicto en la historia moderna, mediante la adopción una serie de medidas que no podían tener otro fin que estrangular a Alemania, desmembrándola, poniendo no sólo obstáculos a su unidad económica, sino también a su unidad política, desalentando, a la vez, todas las condiciones de su existencia>>.” Cita de Francesco Severino Nitti, *The Decadence of Europe* (Unwin, Londres, 1922), pág. 76.

<sup>13</sup> Ver en GRANOVSKY. Súlim. El genocidio silenciado: holocausto del pueblo armenio. Buenos Aires, CONTINENTE, 2014. Fuente en la red: [https://www.raoulwallenberg.net/wp-content/files\\_mf/6797.pdf](https://www.raoulwallenberg.net/wp-content/files_mf/6797.pdf). “Es forzoso repetirlo. El genocidio armenio, gran calamidad o masacre armenia, fue la deportación forzosa y la masacre de un número indeterminado de civiles armenios, calculado aproximadamente en más de un millón y medio, durante el gobierno de los Jóvenes Turcos, en el Imperio otomano, desde 1915 hasta 1917, durante la Primera Guerra Mundial. Se caracterizó su brutalidad en las masacres, y la utilización de marchas forzadas con las deportaciones en condiciones extremas que generalmente llevaban a la muerte a muchos de los deportados. Otros grupos étnicos también fueron masacrados por el Imperio otomano durante este período, los asirios y los griegos de Ponto; algunos autores consideran que estos actos son parte de la misma política de exterminio.”

de la conflictividad. En este caso en concreto, donde el péndulo ha oscilado entre la narrativa de negación sistémica de Turquía y la correlativa reivindicación de los crímenes por parte los armenios, subyace para efectos de esta investigación el impacto (causal) de la ausencia de judicialización de estos delitos, tal como lo afirma el profesor argentino Carlos Santiago Nino, al precisar que:

“[E]l intento de hacer justicia a raíz del genocidio de los armenios a manos de los turcos ocurrido contemporáneamente no fue mucho más exitoso. Desde 1914 los “Jóvenes Turcos” deportaron a seiscientos mil armenios, un tercio de la población armenia de Turquía, al desierto sirio en donde los masacraron. A pesar de que el sultán turco estaba interesado en aplacar a los aliados, principalmente a los británicos, sólo dos oficiales fueron condenados por esta matanza. Mientras que en 1923 el tratado de Lausanne incluyó una amnistía por estos hechos, hubo quien tomó la justicia retroactiva en sus propias manos. Por ejemplo, en 1921 uno de los mayores responsables de esta masacre, el Talaad Bey, fue muerto a balazos en el centro de Berlín por un armenio. El asesino fue enjuiciado y su absolución fue justificada con la teoría de que sólo estuvo motivado por el deseo de vengar a su gente.” (Juicio al Mal Absoluto, 2006)<sup>14</sup>.

Baste estos ejemplos para retratar que, el estudio de las principales causas de los conflictos armados ha concentrado su análisis en una gama heterogénea de factores, así como en áreas del conocimiento que de manera muy tímida aproximan la concurrencia de los orígenes atribuibles al poder judicial o a la inexistencia de una jurisdicción (en el caso del Derecho Penal Internacional) que favorecieran, contribuyeran y profundizaran los escenarios de violencia sistemática como rasgo definitorio de los conflictos armados internacionales e internos durante el siglo XX; este mismo déficit diagnóstico resulta presente en conflictos armados internos de alta intensidad y prolongado en el tiempo como el colombiano (Comité Internacional de la Cruz Roja-CICR, 2008)<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Pág. 45.

<sup>15</sup> Pág. 6. “Los conflictos armados no internacionales son enfrentamientos armados prolongados que ocurren entre fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre estos grupos, que surgen en el territorio de un Estado [Parte en los Convenios de Ginebra]. El enfrentamiento armado debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y las partes que participan en el conflicto deben poseer una organización mínima.”

Por su parte, el conflicto armado colombiano ha compartido rasgos comunes con el sinnúmero de manifestaciones violentas internas, de luchas decoloniales, entre otras, donde el componente de lucha territorial deja de ser la principal *casus belli* (Rodríguez Rodríguez, 2010), para anudarse a razones ampliamente documentadas relacionadas con factores políticos, ideológicos, de pobreza, económicos y demás, lo que nos hermana infortunadamente con países como Afganistán, Argelia , Angola , Bangladesh, Burundi, Chad, Camboya, Djibout, El Salvador, España, Etiopía, Georgia, Guatemala, Haití, India, Indonesia, Irán, Irak, Israel, Liberia, Mali, Mozambique, Myanmar, Perú, Reino Unido, República Filipina, Rusia, Ruanda, Sierra Leona, Somalia, Sri Lanka, Sudán, Togo, Turquía, Uganda y Yugoslavia, los cuales sufrieron confrontaciones en la segunda mitad del siglo XX (García Pérez, 2008)<sup>16</sup>.

Otro rasgo característico advertido por los historiadores está relacionado con que los países, que en su mayoría se vieron envueltos en profundos conflictos armados en la segunda posguerra, son países del tercer mundo (Djalili, 1991)<sup>17</sup>, los cuales tienen serias dificultades estructurales relacionados en su mayoría con un endémico Estado de Derecho, por no decir que en su mayoría fallido, y en donde los elementos neutralizadores de la violencia como mecanismo de transformación histórica identificados en la Guerra Fría no tuvieron efecto alguno, como en su momento permitieron impedir en la práctica una tercera guerra mundial, tal como lo fueron *“la existencia de armas nucleares, a la experiencia histórica y a las limitaciones que conlleva la democracia”* (Chubin, 1991).

En este último aspecto, tiene un protagonismo gigantesco el éxito de la administración de justicia en las limitaciones y el espectro permitido para la violencia, lo que a modo de conclusión preliminar servirá para demostrar que una de las salvaguardas necesarias para un posconflicto libre de la amenaza de reedición de nuevas conflictividades violentas, tiene una directa relación con la robustez del Estado de Derecho, de la irrefutable vigencia de los derechos humanos y, por su puesto, del imperio del modelo democrático, los cuales ineludiblemente impactaran la administración de justicia penal, cuyas estructuras de legitimidad se verán consecuentemente fortalecidas en los países, al menos por la amplia

---

<sup>16</sup> Pág. 102

<sup>17</sup> Pág. 180. *“En el Tercer Mundo, los conflictos internos de un Estado son los más numerosos, los más mortíferos y a veces los más largos. [...] Estos conflictos se originan por los trazados arbitrarios de fronteras en la época colonial, las diferencias étnicas y religiosas, el enconamiento de las rivalidades político-ideológicas entre el poder y las fuerzas de oposición, el centralismo excesivo y la homogenización forzada, y la falta de estructuras de concertación democrática y de un consenso nacional.”*



experiencia histórica y por la búsqueda de esos límites que subyacen del modelo democrático.

En esa misma clave, resulta fundamental que la evaluación del papel del poder judicial no se restrinja exclusivamente a la mirada de coyuntura, relativa a la forma en la que se reaccionó frente a la conflictividad, sino que la reflexión crítica debe acercarnos a una mirada de corresponsabilidad, en detrimento de la óptica de tercero observador o de víctima de conflicto (ambas visiones reales, pero no excluyentes). Para este punto, resulta muy útil remitirse a la experiencia de la República Argentina, donde el fenómeno macrocriminal preponderante durante última la Dictadura sufrida entre 1976 y 1983 fue la desaparición forzada, entre otros muchos como la tortura, la violencia sexual basada en género-VSBG-. En este caso nos centraremos en la forma cómo el poder judicial respondió a la ingente cantidad de *hábeas corpus* presentados por familiares y amigos de las personas desaparecidas, de hecho, se advierte que:

“[L]a mayoría de las acciones de *hábeas corpus* que se interponían en la Justicia argentina eran rechazadas. La rutina procesal de los juzgados consistía en pedir información sobre la persona buscada a los registros de detenidos del Ministerio del Interior, la Policía Federal y el Comando en jefe del Ejército. La respuesta habitual de las instituciones represivas fue negar las detenciones. Por otro lado, que hubiese testigos de los secuestros dispuestos a declarar era algo excepcional. En consecuencia, la Justicia cerraba la acción legal y las familias quedaban sin espacios formales donde canalizar los reclamos.” (Museo sitio de Memoria ESMA- Ex centro clandestino de detención, tortura y exterminio, 2017)<sup>18</sup>.

Cabe destacar que es innegable la responsabilidad penal del aparato criminal atribuible a las Fuerzas Militares Argentinas. Ese hecho hoy creemos no admite revisionismo alguno. No obstante, a pesar de los importantes esfuerzos de la judicatura como en la provincia de Mendoza, es menester poder profundizar a nivel general como hipótesis delictiva el aporte

---

<sup>18</sup> Pág.2. “En plena dictadura, familiares y amigos de los desaparecidos llevaron adelante una búsqueda incansable que incluyó la presentación de miles de recursos de *hábeas corpus* ante la Justicia a para exigir la aparición de sus seres queridos y evidenciar el accionar del terrorismo de Estado, constituyendo un reclamo colectivo de aparición con vida.” [...]El *hábeas corpus* representó en ese periodo una potente evidencia sobre la ausencia de los desaparecidos y mostró la enorme fortaleza de la búsqueda llevada adelante por los familia y organizaciones solidarias. El rechazo de miles de peticiones hoy es una prueba judicial acerca del accionar de la Justicia para garantizar la impunidad del sistema represivo. [...]”

del Poder Judicial a la sostenibilidad del aparato represor responsable de los crímenes internacionales. Esto significa que la documentación de este tipo de responsabilidad no puede ser anecdótica, ni mucho menos insular, y concentrada en fiscales y jueces de regiones apartadas del país, comprometidos con la causa de la vigencia de los Derechos Humanos, sino que debe obedecer a una política de Estado en el esclarecimiento de los hechos de esa oscura etapa de la historia austral, así como para consolidar la disposición institucional ante semejantes experiencias, las cuales no pueden darse por descontadas. El considerar que tanto en el cono sur, como en otras partes del mundo no volverán a existir regímenes totalitarios es una quimera, una utopía en la que no podemos incurrir. Entre más presente se encuentra la hipótesis de este tipo de amenazas, el Estado y en nuestra opinión, el Poder Judicial deberá estar muchísimo más fortalecido para hacerle frente y de presentarse la arbitrariedad, pueda con toda la fuerza responder y amparar los derechos de las personas.

En este punto, a pesar de la abundante bibliografía con relación a la casi nula eficacia de este recurso judicial en escenarios de violencia sistemática o de conflictos armados, se cree que la revisión crítica de las causas de ciclos de violencia, en particular, del sufrido por Colombia debe sumar a la interrupción en muchos momentos de la vigencia del Estado de Derecho (Bouyssou & Machado Pelloni, 2016)<sup>19</sup>, el cual ha contribuido a la consolidación no solamente de la impunidad relacionada especialmente con crímenes internacionales, sino a que la endeble vigencia material de un conjunto de garantías judiciales, facilite la instrumentalización del proceso penal como en el caso explícito de los regímenes totalitarios y, al correlativo debilitamiento estructural de modelo democrático, tal como lo afirma el profesor Mohammund-Ri'zu Djulili, quien de manera acertada afirma que:

“[C]ualquiera que sea su causa, la persistencia de un conflicto dentro del Estado puede conducir a un proceso de descomposición del Estado, sobre todo si tiene una dimensión externa, como el caso del Líbano, o por lo menos cuartear las estructuras estatales, como ocurre en Perú, Colombia, El Salvador o Etiopía.” (Análisis de los conflictos en el Tercer Mundo: Elementos de una tipología, 1991)<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Pág. 115 “Sin la mínima pretensión de ser exhaustivos, la desaparición de la autodeterminación y la de su seguro, es una constante en las interrupciones al imperio de las Leyes Mayores de Argentina, Brasil y Chile en donde se ahogaron los derechos fundamentales; pero también nos muestra que, aunque necesario, per se es insuficiente ante la disminución de la cualidad democrática, sea en Colombia o Perú.”

<sup>20</sup> Pág. 181.

Ahora bien, llegamos entonces al punto en el que afirmamos que la correlación de diversas causas, entre las que se destacan atribuibles al poder judicial, hacen parte de una ecuación con resultados casi idénticos, repetidos en diferentes experiencias internacionales donde las manifestaciones violentas se han impuesto al diálogo o los mecanismos de pacífica resolución de conflictos. De hecho, tal como lo afirma el profesor Shahram Chubin:

“A menudo se supone que, entre la pobreza, la desigualdad y el recurso a las armas hay más una correlación que una relación causal. Existe el axioma, de carácter intuitivo, de que las guerras no se inician simplemente «en la mente de los hombres», sino en la aflicción de la pobreza y la desigualdad y en el seno de un sistema internacional anárquico. Si tal es el caso, el desarrollo suprimirá por sí mismo algunas de las causas fundamentales de la guerra.” (1991).<sup>21</sup>”

A esta reflexión, se adiciona categóricamente como parte de los factores de correlación, así como el desarrollo como motor de la superación de la conflictividad, el legítimo fortalecimiento del poder judicial como coadyuvante supresor de las causas de la profundización de la conflictividad social, atribuibles al sistema penal. Es decir, que se debe entender al Poder Judicial como parte responsables, pero más aun como parte fundamental de la solución real y sostenible de ese tipo de conflictos armados internos.

## **1.2 Causas estrictamente sustanciales, procesales y probatorias del conflicto armado colombiano, posiblemente atribuibles al sistema penal**

*“Ante el desenfreno del crimen los colombianos miran con angustia hacia los organismos judiciales, hacia los jueces, esperanzados en que de ellos venga la mágica fórmula que solucione el problema. Pero el país ha caído en una quiebra catastrófica de la justicia.”*  
(Guzmán Campos, Fals Borda, & Umaña Luna, 1962)

---

<sup>21</sup> Pág.163.

A partir de la búsqueda en el extenso universo de documentación, identificación y caracterización de las diversas causas del moderno conflicto armado colombiano, se puede encontrar un conjunto variopinto de razones y motivos de todo orden, desde causas económicas, otras relacionadas con exclusión, desigualdad, discriminación, de naturaleza política o de conflictos por tierras (Fajardo Montaña, 2014)<sup>22</sup>, los cuales indiscutiblemente buscan armar un retrato aproximado a la realidad, que a partir del auto reconocimiento de responsabilidades permitiera sanar las heridas de cara a un posconflicto real, enfrentarse al reto de reflexionar como nación sin que se apele a la violencia como mecanismo de transformación social, ni de sostenimiento del *statu quo*.

La conflictividad en Colombia es un rasgo característico de la historia republicana, lo que significa que es una asignatura pendiente en la necesaria formulación de un proyecto nacional, cuyo proceso ha sido especialmente doloroso en la medida en que ha costado una cantidad gigantesca de vidas humanas en un país cuyo principal activo no es otro sino su capital humano (Consecuencias del Conflicto Armado en la Salud en Colombia, 2017)<sup>23</sup>.

En ese proceso diagnóstico el cual modernamente se extiende a tres periodos históricos clasificados por el Informe del Centro Nacional de Memoria Histórica (¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad, 2013): I. El conflicto armado colombiano moderno (violencia bipartidista, Expansión guerrillera, II. políticas de paz y eclosión paramilitar, Los años de la tragedia humanitaria: la expansión de guerrillas y paramilitares, III. el Estado a la deriva y la lucha a sangre y fuego por el territorio (1996-2005)-. En ese ejercicio que por antonomasia se puede considerar que es una de las miradas más profundas y decantadas, se advierte un análisis relacional y de abordaje del fenómeno de violencia por parte de la Rama Judicial, más no una revisión crítica de las falencias atribuibles a este poder público como una posible contribución estructural para la profundización y degradación de las

---

<sup>22</sup> Pág. 6. "Por el contrario, a lo largo de varios decenios se han afirmado las tendencias hacia la concentración de la propiedad y la exclusión de los sectores más vulnerables, con efectos negativos y diversos para la sociedad en su conjunto, incluyendo su incidencia en la profundización y prolongación del conflicto social armado, al cual se han asociado otros procesos de origen interno y externo."

<sup>23</sup> Pág.12 "Se ha reconocido de manera relativamente reciente, que los conflictos armados y la violencia política, son un importante problema en salud pública, no sólo por la muerte y discapacidad que causan, sino por su larga duración y la magnitud de los efectos indirectos sobre la salud y el bienestar de individuos, familias y comunidades" [...] "2.1.1.1. Efecto más visible: mortalidad directa La muerte es uno de los efectos de mayor impacto y por tanto el más estudiado en el marco de las guerras. La mortalidad se diferencia entre directa e indirecta; las muertes directas son aquellas que ocurren como resultado de una lesión cinética debida al uso de un arma, estas muertes pueden ser producidas por el uso de distintos tipos de armas (químicas, biológicas, de fuego, etc.) y entre combatientes y civiles"[...] "Por ejemplo, se argumenta que el conflicto armado destruye el capital físico y la infraestructura pública; frena la acumulación de capital humano en la medida en que la gente muere o queda incapacitada; desvía recursos de inversiones productivas hacia actividades extractivas o de defensa, y deteriora la confianza en las instituciones y el capital social, lo que afecta la gobernabilidad y hace que los efectos negativos del conflicto perduren en el largo plazo".

hostilidades (masacres, actos violentos con sevicia, crímenes sexuales, despojo de bienes y otros, entre otros muchos vejámenes).

De hecho, gran parte de los estudios adelantados en la materia los cuales buscan develar sus causas, se concentran en motivaciones de pugnacidad política, partidista, motivaciones económicas, agrarias, de inclusión social, laborales, así como la permanente estrategia represiva como solución a la “violencia”, las cuales han sido el común denominador del análisis de la espiral violenta, pero salvo algunos muy puntuales no enfocan el aporte causal del deficitario funcionamiento de la administración de justicia, lo que a la larga significa que la documentación de sus orígenes puede verse incompleta.

Además, el cual se considera el más nefasto efecto, es que entre las reformas y medidas necesarias de cara a un posconflicto que garantice una paz estable y duradera, no se van a contemplar prioritariamente transformaciones drásticas a la administración de justicia penal necesarias para la consolidación de un modelo garantista, cuyo funcionamiento eficaz y eficiente por un lado mitigaría enormemente la posible reedición de ciclos endémicos de violencia, así como neutralizaría otro tipo de amenazas al modelo democrático como la criminalidad organizada transnacional, como un escenario global de amenaza a la vigencia de los Derechos Humanos el Estado de Derecho (Sitio Oficial Organización de las Naciones Unidas-UN, 2021)<sup>24</sup>.

Ahora bien, una de las particularidades más notorias del conflicto colombiano es la enorme importancia que reviste el análisis de la relación entre guerra y justicia. De hecho, el Informe de ¡Basta Ya! señala con acierto que la Rama Jurisdiccional del Poder Público se ha caracterizado a lo largo del siglo XX por una férrea tradición legalista, por una independencia relativa de las demás Ramas del Poder Público y por una presencia territorial diferenciada. El examen de estas características destaca que en algunos momentos muy concretos de la historia la independencia de la Rama significó la resistencia ante tendencias caudillistas, así como intentos de las organizaciones criminales por

---

<sup>24</sup> Pág.1. “Algunos de los mayores desafíos para la paz y la seguridad consisten en delitos que, si bien son cometidos en territorio nacional, trascienden las fronteras de los países y afectan a regiones enteras y, en definitiva, a la comunidad internacional en su conjunto. Se trata de un problema en constante evolución respecto al estado de derecho y la protección de los derechos humanos, y pone bien de manifiesto los firmes vínculos existentes con la paz y la seguridad.”

cooptar y capturar otras instituciones del Estado (Garay Salamanca, Salcedo-Albarán, De León-Beltrán, & Guerrero, 2008)<sup>25</sup>.

La expresión “captura de Estado” define el proceso mediante el cual una organización criminal usa la violencia o amenaza con hacerlo, con el fin de controlar el Estado para obtener diferentes tipos de beneficios y ello ha sido denominado por algunos autores como un estadio de desarrollo superior en la captura del Estado (La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia, 2008). Los fenómenos de captura y cooptación (Osorio Chacón, 2020)<sup>26</sup> de Estado no se identifican con un tipo penal específico que los determine o caracterice, sino con una serie de conductas punibles realizadas por diferentes actores en un contexto en el cual pretenden obtener el control de las entidades públicas en sus distintos niveles, desde el local hasta el nacional, para beneficio de sus propios intereses. Lo anterior, sumado a la apariencia de legalidad que los sujetos dan a sus acciones hace que en estos casos los procesos de investigación y análisis para su judicialización tengan una complejidad singular.

De igual manera, se ha reiterado que la histórica debilidad de la administración de justicia en Colombia se ha manifestado en la sistemática desprotección a la vida e integridad de los funcionarios judiciales, muchos de los que han pagado con su vida y la de sus familiares haber ejecutado sus funciones (Fondo de Solidaridad con los Jueces Colombianos - FASOL -, 2017)<sup>27</sup>. A la par, al interior de las instituciones que integran la Rama la

---

<sup>25</sup> Pág. 97 “Como se ha señalado previamente, los actores interesados en capturar y cooptar el Estado pueden ser más diversos y complejos que los tradicionalmente analizados, a saber: los grupos económicos legales. Específicamente en el caso colombiano, los grupos narcotraficantes y aquellos vinculados de manera directa o indirecta con dicha actividad, han sido un factor dinamizador de distintos procesos de captura y cooptación del Estado. El narcotráfico en Colombia no sólo ha generado una gran cantidad de mano de obra delictiva, sino que grupos subversivos y antisubversivos, que no siempre fueron narcotraficantes, han incursionado a esta actividad por los cuantiosos recursos que de allí se derivan, los cuales sirven como fuente de financiación para su expansión y predominio territorial.”

<sup>26</sup> Pág. 94 y 95. “El poder corruptor del dinero ilícito puede afectar los propios cimientos del sistema democrático y llegar al nivel de “captura del Estado” o incluso a la fase de “reconfiguración cooptada del Estado”, en el cual existe una manipulación total y plena del Estado por parte de organizaciones legales e ilegales que, mediante prácticas ilegítimas, no necesariamente ilegales buscan modificar el régimen político e influir en la modificación, interpretación y aplicación de las reglas de juego y políticas públicas” [...] “Con base a lo anterior se podría afirmar que la corrupción en Colombia superó la primera fase y tiene características propias de la segunda (captura del Estado), dada la interferencia de actores legales e ilegales en diferentes esferas del poder público, a nivel local, regional e incluso nacional, en su propio beneficio y en desmedro del interés colectivo. Pero también podría sostenerse que el país ha estado en riesgo de ingresar a la fase de reconfiguración cooptada del Estado por la acción de las mafias del narcotráfico y de los grupos armados ilegales (guerrilla, paramilitares y bandas criminales). Un ejemplo de ello es el denominado “Pacto de Ralito”, suscrito entre comandantes paramilitares y líderes políticos en 2001 “[...] para refundar la patria... y firmar un nuevo pacto social ...”, obviamente ajustado a los intereses de las denominadas Autodefensas Unidas de Colombia.”

<sup>27</sup> Pág. 8 y 9 “Entre 1979 y 2009 los actores asociados al conflicto armado interno (guerrilla, paramilitarismo, agentes del estado o narcotráfico), fueron los principales responsables de los ataques contra funcionarios judiciales. 946 de 1.487 víctimas fueron atacadas por alguno de estos actores. Entre 1979 y 1991, fueron asesinados o atacados un promedio de 25 jueces y abogados por año, en razón de su práctica profesional. Los más afectados, quienes se encargaban de juicios penales. Entre 1984 y 1989 fueron asesinados un Ministro de Justicia, un Procurador General de Nación, se atentó contra un ex ministro de justicia, asesinato de Jueces, magistrados y funcionarios judiciales. Se produce la Toma y retoma del

corrupción es otro de los elementos transversales en la historia moderna, la cual al día de hoy tiene un vínculo indeleble con las actuales manifestaciones de la macrocriminalidad o criminalidad de “injusto de sistema”<sup>28</sup> (Lampe, 2009), lo que ha generado una crisis en el derecho penal, particularmente en cuanto a las formas de respuesta histórica que dicho ordenamiento ha tenido previstas para hacer frente a este tipo de fenómenos<sup>29</sup>, pues hoy en día, esta criminalidad:

“[A]tenta contra los derechos y los bienes fundamentales no es ya la vieja criminalidad de subsistencia, ejecutada por sujetos individuales, prevalentemente marginados. La criminalidad que amenaza más gravemente los derechos, la democracia, la paz y el futuro mismo de nuestro planeta es seguramente la criminalidad del poder: un fenómeno no marginal ni excepcional como la criminalidad tradicional, sino inserto en el funcionamiento normal de nuestras sociedades” (Ferrajoli, 2006)<sup>30</sup>

De hecho, la caracterización que en concreto se ha adelantado de la corrupción al interior del poder judicial a nivel global ha tenido unos hallazgos constantes, entre los que se destacan “[i]nfluencia indebida por parte del poder ejecutivo y legislativo, [t]olerancia social a la corrupción, [t]emor a represalias<sup>31</sup>, [b]ajos salarios de jueces y personal de los

---

*Palacio de Justicia (78 muertes); En los casos de las Masacres de La Mejor Esquina y La Negra, fueron asesinados sus investigadores; en la Masacre de La Rochela, caen asesinados 12 miembros de una comisión judicial. Entre 1991 y 1994. Entre otros actos de violencia contra funcionarios de la Rama, se produce la Masacre de Usme con 9 miembros de una Comisión Judicial asesinados. Entre 2000 y 2005 se evidencian 205 acciones violatorias contra funcionarios del poder judicial. 75 de estas fueron atribuidos a los grupos paramilitares, desaparición de investigadores del Cuerpo Técnico de Investigación, asesinato de una fiscal y del investigador que llevaba el caso. Entre 2006 y 2015 hay algunos cambios en la manera de operar contra los funcionarios, asesinatos disfrazados de suicidios; contándose además 83 acciones violatorias contra magistrados, jueces de restitución de tierras y asesinatos a investigadores. Para 2015, por lo menos 1.280 funcionarios de la Rama Judicial habían sido víctimas del conflicto. Decenas de ellos dieron sus vidas, su libertad o sus carreras para impedir que la impunidad se instalara en el país.”*

<sup>28</sup> Pág.77 “Los coautores, (en los delitos dolosos) forman un sistema a través de la organización de sus relaciones en un “plan conjunto de hecho”. Para ello se atribuyen recíprocamente sus roles. El injusto de este sistema surge en cuanto al menos uno de ellos, conforme su rol, entra en una relación de injusto con el entorno social. Su relación con el injusto se imputa al sistema porque este autor no sólo actúa “en sus propios asuntos” sino (también) como funcionario del sistema. Si se prepara para exteriorizar directamente el plan del hecho, entonces fundamenta el hecho intentado (§ 22 SRGB Tentativa definición: Intenta un hecho penal quien de acuerdo con su representación del hecho se dispone inmediatamente la realización del tipo.) para todo el sistema. Si lleva a cabo el plan del hecho gasta el final, entonces fundamenta el injusto de la ejecución del hecho para todo el sistema (...)”

<sup>29</sup> “Hay un segundo e incluso más grave aspecto de la crisis: **la impotencia del derecho**, es decir, su incapacidad para producir reglas a la altura de los nuevos desafíos abiertos por la globalización. Si tuviera que aportar una definición jurídica de la globalización, la definiría como un vacío de derecho público a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas, como la ausencia de una esfera pública internacional, es decir, de un derecho y de un sistema de garantías y de instituciones idóneas para disciplinar los nuevos poderes desregulados y salvajes tanto del mercado como de la política.” En la red. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24507.pdf>

<sup>30</sup> Pág. 19.

<sup>31</sup> Pág. 24 “Colombia es un país con altos índices de violencia, con un conflicto interno complejo y una actividad de narcotráfico que ha penetrado todos los poderes del Estado. Todos estos factores sin duda inciden en la administración de

*juzgados, [c]apacitación precaria y falta de recompensa por el comportamiento ético, [c]onfabulaciones de los jueces, [m]onitoreo inadecuado de las actuaciones procesales y los procedimientos administrativos de los juzgados.” (Badel Rueda, 2008)<sup>32</sup>. Este examen se aproxima tanto a las causas como a las tipologías identificadas de corrupción en nuestra administración de justicia, entre las que se destacan: “[m]ecanismos disciplinarios poco rigurosos, [s]ueldos bajos para jueces y personal de la Corte, [c]apacitación precaria (ética y conocimiento), [t]emor a represalias, [m]onitoreo inadecuado de los procedimientos administrativos de las cortes, [f]alta de transparencia, [t]olerancia social a la corrupción, [c]ongestión judicial” (La corrupción judicial en Colombia. Una aproximación al mapa de riesgos, 2008)<sup>33</sup>*

Esos elementos facilitadores de la corrupción se han venido complejizando, aunque manteniendo de manera transversal una deficitaria tutela judicial no solo a las víctimas directas del conflicto armado sino al general de la sociedad, tal como lo afirma la profesora Martha Elena Badel:

“Esa desconfianza en el sistema judicial, en las decisiones de los jueces y en los demás operadores, crea un círculo vicioso que promueve, en consecuencia, una cultura de la ilegalidad, incluso la aplicación de otros mecanismos de resolución de conflictos como la llamada “justicia por propia mano” (2008)<sup>34</sup>.

En ese sentido, se señala que, en la medida en que el conflicto armado se ha complejizado, las manifestaciones de la corrupción han sufrido esa misma suerte, en tanto se afirman como el rasgo definitorio más importante de la sociedad de riesgo (Beck, 1998)<sup>35</sup> en la que gradualmente se ha venido convirtiendo Colombia, así como del nuevo panorama al que se enfrenta el derecho penal de la modernidad (Jakobs, 2004)<sup>36</sup>, al cual la conflictuada

---

*justicia. Temas como la extradición, la Ley de Justicia y Paz o la violación de los derechos humanos afectan el buen funcionamiento de la justicia, pero sobre todo le imponen unos retos gigantescos en términos de transparencia y eficacia. Todo lo anterior constituye una de las causas de corrupción más visible en las regiones.”*

<sup>32</sup> Pág.17

<sup>33</sup> Ibidem, infra

<sup>34</sup> Pág.35

<sup>35</sup> Pág.88. “Precisamente con el crecimiento de los peligros surgen en la sociedad del riesgo desafíos completamente nuevos a la democracia.”

<sup>36</sup> Pág.28. “A continuación voy a tratar de enumerar algunas características de la sociedad moderna de corte occidental y describir su relación con el concepto de derecho penal; (...) Comienzo con la progresiva anonimidad de los contactos sociales (II); le siguen los problemas que resultan del comportamiento uniforme de masas (III), del predominio del sistema económico (IV) y de la creciente conciencia del riesgo (...)”



experiencia no ha escapado; lo anterior implica adicionar a los tradicionales impactos de la corrupción en la vida nacional, los desafíos impuestos por el conflicto armado (Badel Rueda, 2008)<sup>37</sup> y las manifestaciones contemporáneas de la corrupción como una amenaza inminente para el Estado de Derecho y las complejas condiciones operativas que al día de hoy se acoplan con las intimidaciones atribuibles a los entramados criminales, y los cuales actúan irradiando y permeando la totalidad de los poderes públicos (United Nations Office on Drugs and Crime -UNODC, 2015) así como la iniciativa privada (Ruiz López, 2018).

Por su parte, otro elemento que particulariza el rol jugado por la administración de justicia durante el conflicto armado tiene que ver directamente con la marcada y diferenciada presencia territorial, por lo que además de sumarse a la ya notoria ausencia estatal en los territorios, también estamos ante diversos órdenes normativos (especialmente de facto) implementados en las regiones, donde incluso la escasa presencia del Poder Judicial se articula con aplicación incoherente, excluyente y discriminatoria, lo que se traduce en que la participación de la justicia en las dinámicas del conflicto es igualmente diferenciada, por no decirlo que directa e indirectamente proporcional a su presencia o a su total ausencia (Estado abandonado, Estado cooptado, Estado paralelo y Estado disputado).

Estos escenarios fortalecieron las diferentes formas de relacionamiento locales del Estado con poderes de facto (Giraldo Moreno, S. J., 2015)<sup>38</sup>, tal como lo atestigua claramente (García Villegas, Torres Echeverry, Revelo Rebolledo , Espinosa Restrepo, & Duarte Mayorga, 2016) :

“El Estado local en San Vicente es pequeño y débil dada la población del municipio, la extensión del territorio y los niveles de conflictividad. El Estado tiene grandes problemas para regular la vida social y para satisfacer los

---

<sup>37</sup> Pág. 5. “Y lo cierto es que, en un contexto nacional y regional amenazado por poderosos enemigos como el narcotráfico y los actores del conflicto armado, las presiones sobre la justicia son cada vez mayores y de diversa índole. La misma corrupción endémica de otros sectores estatales afecta el funcionamiento de la justicia, permeándola de vicios que se encuentran alojados ya en los códigos culturales de la nación.”

<sup>38</sup> Pág. 18 “[...] citando a varios investigadores colombianos, muestra cómo en algunos momentos la guerrilla y los cocaleros convergen en su lucha contra el Estado; los cocaleros consideran positivo el control social o Estado de facto que ejerce la guerrilla para poner orden en las regiones, a la vez que la guerrilla encuentra formas de financiación propia mediante los impuestos que cobra, por gramaje, a los cocaleros, pero también hay momentos o zonas donde las dos fuerzas se enfrentan porque buscan objetivos contrarios.”

derechos de la gente, a pesar de su presencia nominal. En San Vicente hay dos autoridades de facto, el Estado y las FARC, al punto que muchos en el municipio hablan de la existencia de “dos Estados”. Así como el Estado está limitado por las FARC, la guerrilla está limitada por el Estado. El orden social en el municipio resulta del ejercicio compartido de autoridad.”<sup>39</sup>

De esa forma, esta breve aproximación permite adicionar a la conclusión a la que llega el informe (¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad, 2013) en la que se asevera que “*el funcionamiento de la justicia puede entonces terminar potenciando, modelando, atenuando o simplemente permitiendo que el conflicto armado continúe con su dinámica sin obstaculizarlo*”<sup>40</sup>, lo que implica que haga parte de las causas estructurales de la conflictividad, en la medida en que no actúa como una válvula institucional de solución al mecanismo conflictual, sino que también se suma a la impunidad, como principal manifestación de debilidad respecto de la violencia sistemática característica de la historia moderna, a la que a administración de justicia ha contribuido significativamente la profundización de otros tantos motivos.

Considérese ahora que, a manera de ejemplo de esta afirmación, que uno de los escenarios históricos de inflexión para efectos del recrudescimiento del conflicto armado se encuentra en el Frente Nacional -1958-1974- (Prieto-Sanjuán & Sandoval-Mesa, 2020)<sup>41</sup> y los efectos posteriores entre los que se destaca un modelo de administración de justicia en un contexto de violaciones sistemáticas a derechos humanos, de infracciones al derecho internacional humanitario, de manera concomitante a la flexibilización y restricción de las de derechos y garantías judiciales. Testimonio de este impacto se encuentra en la excepcionalidad a que indiscutiblemente ha afectado la aplicación de la totalidad de las garantías judiciales, en particular la legalidad penal y el debido proceso, la cual incluso tiene efectos presentes, pero se ha venido gestando desde ese primer periodo de la violencia partidista, inclusive anterior al periodo de Frente Nacional, “[...]lo cierto es que, a

---

<sup>39</sup> Pág.91.

<sup>40</sup> Pág.199.

<sup>41</sup> Pág.8“Siguiendo este orden, se puede afirmar que los gobiernos del Frente Nacional (1958-1974) instauraron una democracia limitada, pues, como se mencionó antes, el acuerdo implicaba que solo gobernarían los dos partidos tradicionales (Liberal-Conservador), con alternancia del poder cada 4 años. Además, todo esto tenía la intención de sofocar la violencia de los recientes grupos subversivos originados en aquel entonces (FARC, ELN y M19, 1962-1970). Para llevar a cabo esta empresa, utilizaban la justicia de excepción que buscaba consolidar el poder de la coalición conservadora y liberal. La consecuencia fue una discutida noción de legitimidad, un desconocimiento de las garantías, de los principios democráticos de participación, y más aún, del Código Penal de 1936.”

*partir de ese momento, las declaratorias de Estado de sitio buscaban ser conjuradas mediante normas de excepción represivas, al hacer uso del mecanismo constitucional que, seguramente, se consideraban como legítimas por muchos juristas de la época.” (Prieto-Sanjuán & Sandoval-Mesa, 2020)<sup>42</sup>*

Reconocer esta debilidad estatal no solo sirve para asegurar una visión objetiva y cercana de la realidad del conflicto, es decir, como constancia histórica, sino que debe ser un referente fundamental de revisión crítica de formulación de reformas de todo nivel necesarias para que en lo sucesivo el sistema penal no pueda prestarse como instrumento de una de las partes en contienda del conflicto armado, como de ninguna de las partes en contienda, sino como legítimo protector de las expectativas normativas destinadas a él, como lo es la protección de los derechos fundamentales, de los bienes jurídicos, en síntesis cualquiera que sea definido como el objeto de protección del derecho penal.

A este nivel el examen debe además de ser retrospectivo, aportando a la consolidación de las estructuras formales y materiales, en donde la excepcionalidad, mal llamada flexibilización de garantías judiciales, quede desterrada por completo de la gestión institucional de escenarios violentos; e, igualmente, se advierte que el marco normativo para hacer frente al conflicto no solamente entró en contradicción con el Derecho Internacional Público, especialmente con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y con el Derecho Internacional Humanitario, sino que es completamente disfuncional a la lucha contra las manifestaciones violentas, por lo que además de la ya tradicionalmente caracterizada impunidad, la disposición normativa contribuyó a profundizar las dinámicas violentas en los territorios.

Mientras tanto, se ha esbozado por parte de interesantes trabajos en la materia, que la debilidad de controles materiales a la aplicación de la ley penal presenta una diatriba que el constitucionalismo moderno parece haber saldado, en el que el sacrificio de derechos y libertades en pro del sostenimiento o recuperación del orden público es un ejercicio relacional que tiene dudoso fundamento constitucional. Esto significa que a pesar del ingente avance existente en la Carta de 1991 y los consecuentes desarrollos legales,

---

<sup>42</sup> Pág.2

reglamentarios y jurisprudenciales que ha aproximado a los habitantes del territorio a una suerte de goce efectivo de los mismos, se requiere que se evalúen este tipo de causas, las que se traducen en necesarias reformas estructurales que aproximen la administración de justicia a la exigibilidad material del conjunto de derechos, así como la garantía de la vigencia de los derechos humanos como principal expectativa de cara a un posconflicto sostenible. Esta expectativa normativa está dirigida no solamente a nosotros como asociados, sino especialmente al Estado (Piña Rochefort, 2010)<sup>43</sup>.

Avanzando en nuestro razonamiento, los conflictos rurales que se extienden a los años veinte y treinta relacionados con la tierra (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013)<sup>44</sup> y con algunas manifestaciones feudalistas y cercanas al control social provisto por el vasallaje (Fajardo Montaña, 2014)<sup>45</sup> presentan la afirmación de sistemas punitivos locales, a partir de la ausencia de eficacia material en los territorios del marco penal estatal. De hecho, el Grupo de Investigación “Criminología y Sociedad” de la Universidad Nacional de Colombia en su estudio (Acuña Vizcaya, Gómez Serna, & Muñoz, 2008) asevera acertadamente que:

“[D]urante esta época Colombia se encontraba en tránsito de una forma de producción feudalista-terrateniente a la industria-burguesa. En este sentido, a medida que las haciendas iban liberando mayor cantidad de mano de obra, se fueron creando las condiciones necesarias para que se introdujeran formas de producción capitalista -ya que se creaba un mercado de trabajo dispuesto a venderse a cambio de un salario – y se extinga el sistema de haciendas. Esa mano de obra recién liberada, de otra parte, cambio su forma

---

<sup>43</sup> Pág. 179. “En otras palabras, el sistema jurídico, así como el sistema político, o el sistema económico, también son destinatarios de expectativas susceptibles de verse defraudadas. Por lo mismo muchas de esas expectativas también han de verse contrafácticamente estabilizadas por parte del sistema jurídico (así, operaciones del Derecho reestabilizan expectativas defraudadas por el sistema económico, como en la ordenación de las relaciones laborales; o del sistema político, como en la ordenación del financiamiento de los partidos, etc.). Es más, llevando el punto al máximo grado de autorreferencia, el sistema del derecho incluso debe estabilizar expectativas que se dirigen a él mismo, pues la sociedad que lo ha diferenciado ha estimado que dichas expectativas son fundamentales para su normal operación.”

<sup>44</sup> Pág. 21. “La apropiación, el uso y la tenencia de la tierra han sido motores del origen y la perduración del conflicto armado.”

<sup>45</sup> Pág. 9. “Debido a las formas de apropiación de la tierra derivada de las épocas coloniales y agravadas luego de las reformas de mediados del siglo XIX, las formas de apropiación monopólica y excluyente de la tierra se impusieron sobre esta estructura de la propiedad agraria, restringiendo el desarrollo de la mediana y la pequeña propiedad. Las grandes concesiones de tierras establecidas entre 1827 y 1931 y la expansión de las haciendas sobre los baldíos fueron generando un cerco sobre las tierras ocupadas por la pequeña y mediana propiedad. Limitadas por el agotamiento productivo, el crecimiento demográfico y los conflictos y ante las limitaciones del desarrollo económico del país, los campesinos debieron “saltar” dicho cerco e internarse en las colonizaciones más allá de las fronteras agrarias, dando impulso a la espiral de la valorización de las tierras por la vía de los ciclos “colonización-conflicto-migración-colonización” que perdura hasta hoy, empujado por la guerra y por las “leyes para el destierro.”

de vida rural en urbana. El control social basado apenas en la asignación espacial se hizo entonces insuficiente debido a que el proceso de industrialización que conduce a la destrucción de las haciendas trae, consigo también, la desarticulación de los mecanismos de control social que se habían establecido”<sup>46</sup>.

Esa cantidad importante de conflictividades sociales, laborales, agrarias, entre otras, claramente puso una gigantesca presión sobre el aparato estatal, cuyas respuestas disfuncionales e improvisadas se dan en todos los poderes públicos. De forma tal que, a partir de la década de los años cuarenta, se arriba a un punto de inflexión (especialmente a partir del homicidio del líder liberal Jorge Eliecer Gaitán (Acuña Vizcaya, Gómez Serna, & Muñoz, 2008)<sup>47</sup>) donde la violencia a la par de la excepcionalidad en la utilización de las herramientas penales va de la mano.

Esta crisis institucional tiene tal magnitud que el ejercicio de administración de justicia y concretamente el proceso penal en los años subsiguientes, lejos de obedecer a la independencia, imparcialidad, objetividad y celoso rigor legal, se convirtió en otro de los escenarios en donde se trasladaban las hostilidades bipartidistas, tal como se retrata en el texto *La violencia en Colombia* de la siguiente manera:

“El proceso se tomó ineficaz por la venalidad de muchos jueces. La impunidad alcanzó abismos inconcebibles. Por otra parte, las cárceles se abrían sin dificultad por alcaides y guardianes traficantes al servicio incondicional de los violentos. [...] Así se llegó al hecho monstruoso de una justicia intervenida, que trizó todo el itinerario procedimental. [...] Cuando reos de delitos atroces eran conducidos a la cárcel, inmediatamente se movilizaba toda una máquina de influencias, tan poderosa, que lograba para

---

<sup>46</sup> Pág.42. *“La hacienda es la unidad de producción; de ella arranca la producción agrícola pero no solo es la hacienda el negocio, sino también un sistema de vida, con sus propias normas y autoridades que son propios de los sistemas elaborados desde la colonia española, así como una forma de comprender el mundo desde un colonizador católico, moral e intolerante.”*

<sup>47</sup> Pág. 49. *“Gaitán planteaba sus reivindicaciones no desde una clase obrera ya consolidada, la cual no existía, sino lo que resaltaba era su identidad como pueblo, el cual encontró en el caudillo el manto protector de sus derechos y tras su muerte en 1948, se sintió desprotegida y solo pudo reaccionar violentamente.” [...] “La iglesia, los terratenientes, los nacientes industriales, los campesinos y los obreros son los protagonistas de este escenario histórico, donde existen sectores sociales en conflicto, que defienden distintos intereses y generarán un clima de conflicto social y económico, en el que existen resistencia y luchas por determinar y no ser determinados.”*

el sindicado jueces de su misma filiación política. Guay, si un funcionario hacía justicia. Caía asesinado inexorablemente. Todo criminal resultaba inocente. Avergüenza saber cómo al sepelio de verdaderos monstruos asistían, sublimándolos y respaldándolos moralmente con ese solo hecho, densos grupos de copartidarios en desfiles que tenían visos más de un desafío político, de una manifestación agresiva, que de funéreo cortejo. Esto en el campo liberal y en el campo conservador.” (Guzmán Campos, Fals Borda, & Umaña Luna, 1962)<sup>48</sup>

Ahora bien, uno de los escenarios prolíficos donde se advierte claramente la excepcionalidad como regla, así como el impacto directo en las garantías judiciales más elementales en un Estado liberal se da en el juzgamiento por parte de la justicia penal militar (Consejos Verbales de Guerra) (Corte Suprema de Justicia de Colombia- Sala Plena, 1948)<sup>49</sup> de conductas atribuidas a civiles, cuya alcance y contenido fue declarado en su momento exequible por la Sala Plena de la Alta Corporación, la cual interpreta el principio de legalidad en clave de preexistencia de la disposición penal, desconociendo otro tipo de dimensiones connaturales en el desarrollo histórico de esa garantía de derecho penal liberal (Polaino Navarrete , 2001)<sup>50</sup>, las cuales ya estaban presentes en el debate constitucional y penal de los años cuarenta (Hall, 1937)<sup>51</sup>, más aún cuando recientemente

---

<sup>48</sup> Pág.157.

<sup>49</sup> Pág.24 “Estas diferencias sustanciales entre los dos aludidos preceptos de la Carta, discernibles con su simple lectura, justifican sobradamente la interpretación que de manera constante les asigna distinto grado de estabilidad a las garantías que ellas consagran, en el sentido de la posibilidad de ser afectadas legítimamente por el acrecimiento de las facultades presidenciales a consecuencia del estado de sitio, esto es, diferente funcionamiento dentro del régimen de la legalidad marcial.” [...] “Pero en parte alguna se ha dicho que los Tribunales Militares no pueden en tiempos de anormalidad y cuando existe un mandato expreso del legislador, conocer y reprimir, de acuerdo con la Justicia Penal Militar, delitos cometidos por los particulares, que atenten contra la institución armada, o contra la existencia o seguridad del Estado, o aquellos que comprometen la paz y dignidad de la Nación, o delitos contra el régimen constitucional o la seguridad interior del Estado, siempre y cuando -se repite- que esos hechos se realicen en circunstancias de anormalidad, o sea, en caso de guerra exterior o interior, conflicto armado o turbación total o parcial del orden público. En estos casos, y cuando la ley expresamente vincula la realización del hecho a tales estados de anormalidad, los particulares pueden violar la ley Penal Militar.” [...] “En suma: la Corte estima que los particulares no son sancionables por la ley de Justicia Penal Militar por hechos anteriores al Decreto de turbación del orden público; pero el juzgamiento sí puede hacerse por Cortes Marciales, aunque los hechos delictuosos realizados por particulares sean anteriores a ese Decreto, esto es, los cometidos por causa de las circunstancias que originaron esa turbación o relacionados con los hechos que dieron origen a la misma.”

<sup>50</sup> Pág.400. “Estas garantías que conforman el contenido material del <<nullum crimen, nulla poena sine lege>> puede resumirse en los siguientes principios: a) Principio de taxatividad o certeza del tenor legal (*lex certa*); b) Principio de prohibición de analogía (*lex <<stricta>>*); c) Principio de prohibición de retroactividad (*lex <<praevia>>*); d) Principio de prohibición de Derecho consuetudinario (*lex >>scripta>>*)”. [...]

<sup>51</sup> Pág. 185 “In its eighteenth-century context *nulla poena* meant limitation upon government and consequent protection for the individual. That meaning has persisted. Yet, when one finds that Denmark introduced analogy a few years ago, that Italy in her 1930 Code reaffirmed *nulla poena* including non-retroactivity, and when we note that Poland did likewise, that Germany has departed from the rule, and that Russia discarded it entirely in 1926, we must conclude that no facile identification of *nulla poena* with a particular type of government will suffice. It would, however, be much more fallacious to assume that political forces are not involved. In Germany, the judge had been freed from “slavish adherence to the statute” long before 1935, and this had been influenced by overpowering post-war economic changes. Inflation and bankruptcy coincided with contracts calling for payment in gold and providing for creditors’ remedies which, if pursued, would have brought chaos. Legal classicism, already condemned by philosophy, gave way before an infusion of equitable principles that overrode the rules of

el régimen del Tercer Reich de manera deliberada había dispuesto de esta garantía entre otras muchas con el fin de consolidarse y llevar a cabo su plan criminal.

De hecho, el profesor (García Amado, 1991) al examinar el legendario debate entre los profesores de la Universidad de Oxford, Helbert Hart y de Harvard, Lon Fuller relacionado con la lectura de la interacción de movimientos jurídicos en la experiencia alemana de la primera mitad del siglo XX, se identificó que:

“La aplicación por los tribunales del derecho preestablecido, en lugar de violarlo para crear arbitrariamente las normas que sus inclinaciones morales o políticas les dicten para cada caso, es parte de la moral interna del derecho, es decir, de las notas estructurales de su razón de ser o sentido. Según Fuller, los más claros atentados contra la moral interna del derecho en la era de Hitler tuvieron lugar (además de por la existencia de derecho secreto y de derecho sancionador retroactivo) por la vía de la violación de las formas legales siempre que eran políticamente inconvenientes, lo cual ocurría principalmente mediante la violación del principio de legalidad por la judicatura, en aras de una jurisprudencia claramente política (FULLER 1986, p. 98)<sup>52</sup>. Y aunque Fuller no lo mencione, podemos resaltar que tanto o más determinante fue la violación de los controles formales de validez de las normas, principalmente mediante leyes inconstitucionales, cuya legitimidad y legalidad se quiso salvar, en el caso de las más importantes, mediante aquel engendro teórico denominado "revolución legal" (DANNEMANN 1985; MEYER-HESEMANN 1985).<sup>53</sup>”

---

*law. The judge, applying the penal law under pressure of a strongly centralized government, itself the creature of economic and moral collapse, found ready-made the work of Liszt and his followers; and the fact that scientific criminology was constructed in a liberal age did not make it any the less instrumental in carrying out the dictates of authoritarian government. The law of June 1935 was but one of numerous legal and constitutional changes that characterize the new regime. Such legal change becomes comprehensible only when placed in the whole context of economic conditions and political ideology.*

<sup>52</sup> Citado originalmente por Antonio García Amado: "FULLER, L. L. 1986. "Positivism and Fidelity to Law -A Reply to Professor Hart", en J. FEINBERG, H. GROSS (eds.), *Philosophy of Law*, Belmont: Wadsworth, 38 ed., pp. 88-108.

<sup>53</sup> Pág. 358. Citados originalmente por Antonio García Amado: DANNEMANN, G. 1985. "Legale Revolution, Nationale Revolution. Die Staatsrechtslehre zum Umbruch von 1933", en E. W. BÖCKENFORDE (Hrsg.), *Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich*, Heidelberg: Müller, pp. 3-22. y MEYER-HESEMANN, W. 1985. "Legalität and Revolution. Zur juristischen Verklärung der nationalsozialistischen Machtergreifung als 'legale Revolution'", en P. SALJE (Hrsg.), *Recht and Unrecht im Nationalsozialismus*, Münster: Regensberg & Biermann, pp. 110-136.

De esta forma, durante la segunda parte del siglo XX, Colombia transitó con una normatividad de excepción que significó la flexibilización de un conjunto de garantías sustanciales y procesales, las cuales funcionalmente fueron dispuestas como parte de la batería de herramientas de control de graves turbaciones del orden público. Este ejercicio no solamente se manifestó como un proceso de creación normativa, esencialmente delegada al Ejecutivo, sino que cuentan con diferentes convalidaciones en sede judicial, las cuales incluso en varios casos se centra en el examen exclusivo de la disposición normativa, dejando de lado la necesaria justificación que demanda la suspensión de la vigencia de un conjunto de garantías, lo que en opinión de los profesores (Prieto-Sanjuán & Sandoval-Mesa, 2020)<sup>54</sup>, advierten que no solamente se presentó una sistemática erosión del alcance de garantías como la legalidad penal, sino de la misma forma, se ven impactadas las estructuras de legitimidad, las cuales hacen parte sustancial de la ecuación que explica la vigencia del Estado de Derecho.

Este proceso de desgaste institucional y normativo se traduce en el recrudecimiento de la conflictividad y la violencia, especialmente. en las regiones donde además de la insuficiente disposición estatal (en todos los niveles), la dictadura de los años cincuenta, así como el consiguiente pacto bipartidista, contribuyeron a la respuesta coyuntural del Estado con la coexistencia esquizofrénica entre una normatividad vigente esencialmente formal, y una justicia de excepción con aplicación sumaria en manos de quien estaba combatiendo a la insurgencia. Eso se traduce en la categórica afirmación de que:

“[E]l recurso al derecho penal como forma preponderante de resolver los conflictos desvalorizó caminos más consensuados para gestionarlos, con el agravante de que, lejos de solucionarlos, reprodujo ciclos de violencia por el carácter excluyente del régimen político; así, cuanto más crecía el aparato represivo, más crecía el delito y el conflicto que el mismo aparato quería resolver.” (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013)<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> Pág.6 “Sobre la legitimidad de las medidas estatales o defensa de tales disposiciones no aparecen antecedentes oficiales más que la literalidad de su expedición. Así, se reitera otro atentado contra la legalidad penal, en especial porque esta concepción (que repercute en la noción de legitimidad), por primigenia que fuese, obligaba por lo menos a conciliar la libertad, la igualdad real y participación como expresión de un Estado democrático de derecho. De esta forma, si se suspendían garantías, debían ajustarse siquiera a los mínimos derechos de la Carta de 1886. Por supuesto, no se hizo ningún esfuerzo al respecto y menos en la elaboración de estas reformas penales que incluso, para ese momento, parecían encontrarse fuera de los cauces constitucionales de 1886.”

<sup>55</sup> Pág.201.



En ese sentido, la documentación de la precariedad de la Rama Judicial trasciende la connivencia con el sistema de excepción instaurado y la capacidad de autogobierno que sustente la autonomía e independencia de este con relación a las demás Ramas del Poder público profundizó el desbalance, la dependencia y la ya debilidad estructural requerida para una administración de justicia sometida exclusivamente por el apego a la legalidad (constitucionalidad), sino presa de las dinámicas afectas al centro de gravedad político del momento. Es decir, una justicia cuyos derroteros dependen de la agenda gubernamental en materia de lucha contrainsurgente (Carvajal Martínez & Guzmán Rincón, 2017)<sup>56</sup>, lo que no fue otra cosa que la extrapolación del conflicto a los estrados judiciales, lo que redundó no solo en la disfuncional respuesta a la violencia desmedida en los campos, sino en la criminalización de actores externos a las hostilidades.

En esta clave, resulta psicótica la relación entre la posible criminalización de la protesta social, del pensamiento divergente o diverso, del pensamiento crítico con la búsqueda de una salida negociada a la conflictividad social. Este escenario no solamente fue manifiesto en el escenario procesales y probatorios, sino especialmente en los referentes normativos, como el mismo estatuto de seguridad -Decreto 1923 de 1978-, cuyo marcado énfasis punitivista es testimonio de la instrumentalización de instituciones jurídico-penales como la acción penal, la amnistía, el mismo delito político como una más de las estrategias en el marco de las hostilidades (Jiménez Jiménez, 2009)<sup>57</sup>.

Anudada a esta situación, podemos rescatar que otra de las causas atribuibles a la Rama Judicial se destaca, en un primer momento, la afiliación política de sus integrantes, fenómeno que se replicaba al interior de la fuerza pública, incluso existiendo una prohibición de naturaleza constitucional que, tal como lo precisa el Informe Basta Ya,

---

<sup>56</sup> Pág. 71 *“Hasta la expedición de la Constitución Política de 1991, la Corte Suprema de Justicia era el organismo responsable de asumir las funciones de máximo tribunal constitucional. Durante el periodo que comprende el Frente Nacional a partir de 1958 y hasta 1980, esta ejerce formalmente el control de los decretos expedidos por el gobierno en desarrollo de la declaratoria de estado de sitio. En particular esta etapa se caracterizó por un control bastante débil y casi nominal, en el que las decisiones del poder judicial servían para respaldar al gobierno y legitimar ante la ciudadanía la existencia de un poder discrecional por parte de este que no era susceptible de ser limitado mediante mecanismos jurídicos.”*

<sup>57</sup> Pág.88 *“La instrumentalización del Estatuto fue completa cuando los militares colombianos, en su aprehensión local de los principios de la doctrina de la seguridad nacional, ocuparon el ámbito de la administración de justicia y la vigilancia y control de las instituciones educativas públicas y privadas. Respecto a la administración de justicia se tomaron varias medidas. Se extendió la competencia de la justicia penal militar para juzgar delitos como el contrabando o el tráfico de estupefacientes, que correspondían a jueces civiles; se dificultó la aplicación del Habeas Corpus al suspenderse la garantía de que otro juez verificara la legalidad de la captura; se aumentaron las penas para casi todo los delitos relacionados con el control del orden público y la seguridad, especialmente en delitos como el secuestro, y se establecieron nuevas modalidades delictivas como la asociación para delinquir o la perturbación del orden público.”*

incluso, se menciona dentro de las medidas adoptadas (de naturaleza represiva). Este estado de cosas empieza a verse impactado durante los años ochenta, lo que significó una suerte de esfuerzo de actualización y adaptación insuficiente del sistema penal para enfrentar las nuevas y complejas manifestaciones de la conflictividad en el país. En especial, cuando nuevos vectores como la criminalidad organizada, especialmente relacionada con el ímpetu del narcotráfico, entre otros fenómenos macrocriminales, cuya principal gestión estatal sigue estando focalizada en el incremento punitivo.

En este punto resulta fundamental señalar que, en los diversos y muy prolíficos estudios sobre las causas del conflicto armado en Colombia, no se aproximan con profundidad al déficit del goce efectivo de derechos y garantías fundamentales a lo largo y ancho de la segunda mitad del siglo XX, mucho menos, o de forma muy tímida, se llama la atención sobre el gigantesco vacío de legitimidad de las decisiones judiciales relacionadas directamente con el juzgamiento de delitos cometidos en el marco del conflicto. Este déficit se manifiesta en la débil vigencia de los derechos humanos durante estos años, lo que paradójicamente termina significado uno de los incipientes esfuerzos por parte del poder judicial de conquistar una mayor independencia de las decisiones gubernamentales.

La vigencia de los Derechos Humanos y en particular el conocimiento judicial de violaciones a estos, así como de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, hace que de la mano con la incorporación de instrumentos de Derecho Internacional Público, tanto del Sistema Internacional como Interamericano, permite que la Rama Judicial cobre un papel llamémoslo <<protagónico>> en la defensa de estos derechos y de las garantías judiciales, en particular, cuando la reforma constitucional de 1991 se avecinaba.

Con la nueva Carta se esperaba que las condiciones para enfrentar la conflictividad resultaran funcionales a su superación, no obstante, la política de sometimiento con la que el gobierno se enfrentó a los carteles de la droga durante los años 80 se caracterizó por continuar la senda de la excepcionalidad, lo cual significó a juicio del Informe (¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad, 2013), un conjunto de medidas encaminadas al endurecimiento punitivo, así como la innovación de instituciones procesales *“que chocaban con los más elementales principios del garantismo penal, -al- utilizar el Estatuto Antiterrorista (aprobado bajo el gobierno de Virgilio Barco) para recortar las libertades*

*públicas de otros sectores sociales distintos a los narcotraficantes y afectar significativamente el principio de igualdad ante la ley penal.*<sup>58</sup>

Otra dificultad constante, atribuible a la Rama Jurisdiccional, está directamente relacionada con la morosidad judicial, la cual se anuda al tímido, por no decir, nulo esclarecimiento, de un conjunto de crímenes cometidos en el marco de las diferentes etapas del conflicto armado y que dificultaron salidas negociadas de corte democrático a las espirales de violencias vividas por este país. Esto significa que a la impunidad reinante durante todo el conflicto (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2016)<sup>59</sup>, se suma el problema de la legitimidad del Estado, cuyo contenido debe discutirse no sólo desde la decisión judicial, sino también en la construcción del atestado judicial, de forma que incluso el proceso de derrumbamiento de la presunción de inocencia debe tener una robustez tal que, además de legitimar periódicamente al Estado de Derecho, debe indiscutiblemente superar la acción penal como fuente de responsabilidad habitual del Estado. En ese mismo sentido, se destaca la ausencia de investigación integral de las diferentes manifestaciones violentas estructurales, habida cuenta que, la documentación, identificación y caracterización de este tipo de delitos en los casos en que se adelantó, fue enfocada a la materialidad individual de cada hecho.

De manera semejante, la instrucción e investigación del despojo de tierras, del desplazamiento forzado, de las torturas, de las formas de violencias basadas en género en el marco del conflicto armado, fueron tan inexistentes como insuficientes en los casos en que las hubo. Tanto así que, se requirió múltiples llamados de la comunidad internacional, de organizaciones de mujeres, de Derechos Humanos e incluso de la Defensoría del Pueblo, para que, a partir de un clamor traducido en un Estado de Cosas inconstitucional, la administración de justicia tomara la decisión de priorizar el conocimiento de esos delitos. Esta falencia vivida especialmente en las últimas décadas persiste a tal nivel que aún resulta muy insuficiente la comprensión en sede de esclarecimiento judicial del “*nexus*” entra las manifestaciones de la criminalidad organizada y las formas de violencia propias de nuestro conflicto armado.

---

<sup>58</sup> Pág.223.

<sup>59</sup> Pág.12 “*En términos generales, desde el punto de vista de la eficacia del aparato judicial, la respuesta que el Estado colombiano ha ofrecido tanto a la sociedad como a las víctimas ha sido insuficiente, y las cifras de impunidad así lo prueban.*”

Ese vínculo casi definitorio, hoy en día, no ha sido desconocido para el Sistema Internacional, así como a los ojos del Derecho Internacional Público, el cual ha establecido en el seno del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, como lo son las resoluciones UNSCR 2462 y UNSCR 2482. En estos instrumentos se detalla un panorama contemporáneo de la amenaza que representa la conflictividad armada con las organizaciones criminales, en tanto se señala que:

“[Los] terroristas y los grupos terroristas recaudan fondos por diversos medios, entre otros la utilización indebida de empresas comerciales legítimas, la explotación de los recursos naturales, el uso indebido de organizaciones sin fines de lucro, las donaciones, la financiación colectiva y el producto de actividades delictivas, incluidas entre ellas, el secuestro para obtener rescate, la extorsión, el comercio y tráfico ilícitos de bienes culturales, la trata de personas, incluso con fines de explotación sexual, el tráfico de drogas y el comercio ilícito de armas pequeñas y armas ligeras[...].”<sup>60</sup>

En ese mismo sentido, es tal vez la reflexión del Centro Nacional de Memoria Histórica en su Informe (Derecho penal y guerra : reflexiones sobre su uso, 2014), la que sintetiza los múltiples vectores que atraviesan la situación de la Rama Judicial con relación a la conflictividad social, en concreto, con el ejercicio de adelantar variados ejercicios de justicia transicional (Justicia y Paz y la Justicia Especial para la Paz), al mismo tiempo en que se tiene una justicia ordinaria encargada de conocer delitos también relacionados directa o indirectamente con el conflicto. De hecho, se afirma que:

“[E]n lo que tiene que ver con las relaciones entre el derecho, la justicia y el conflicto armado, Colombia vive hoy de manera simultánea tres procesos distintos, que en algunos casos se complementan, en otros se excluyen, en otros más se oponen, pero que también usualmente pasan inadvertidos entre sí. Esos tres procesos son los siguientes: (i) la implementación progresiva de

---

<sup>60</sup>Pág. 2. Fuente en la red: [https://undocs.org/sp/S/RES/2462\(2019\)](https://undocs.org/sp/S/RES/2462(2019)) “Expresando su preocupación por el hecho de que los terroristas pueden utilizar la delincuencia organizada transnacional en su beneficio como fuente de financiación o de apoyo logístico, reconociendo que la naturaleza y el alcance de los vínculos entre el terrorismo y la delincuencia organizada transnacional varían según el contexto, y poniendo de relieve la necesidad de coordinar las actividades a nivel local, nacional, subregional, regional e internacional para responder a esta amenaza, de conformidad con el derecho internacional”

medidas de justicia transicional en materia penal y en materia civil en contextos de negociación con grupos armados ilegales; (ii) el diseño y la progresiva implementación de una política de priorización de la investigación penal orientada hacia la lucha contra la macrocriminalidad; y (iii) la prolongada crisis de la administración de justicia, histórica en lo que hace a la impunidad, la congestión y la morosidad en los despachos, pero que se ha agudizado por cuenta de los impactos y distorsiones de diverso tipo que el conflicto armado ha inducido progresivamente en la rama judicial.”<sup>61</sup>

De esta forma, se cree que se puede advertir que el Poder Judicial ha aportado de distintas formas a la profundización de la violencia en los campos y pueblos de nuestro país, por lo que a nuestro juicio resulta fundamental entender como la vigencia material de las garantías procesales, en especial del Principio de Legalidad, anudado a un asertivo diagnóstico de otras causas que demanden la profunda transformación del sistema penal en Colombia. De forma tal, que un posconflicto no solamente se enfoque en la judicialización de los crímenes internacionales cometidos a lo largo del conflicto, sino que dé cuenta de aquellos escenarios que deben urgentemente sufrir un proceso de reingeniería. Ahora que aún se puede interrumpir el curso causal de una nueva etapa de conflictividad.

---

<sup>61</sup> Pág. 7.



## 2 Capítulo II Panorama del principio de legalidad en el enjuiciamiento de crímenes internacionales

*“Quebrada la fe en la justicia, el ciudadano retornó a la ley de la selva: se hizo justicia por sí mismo, erigiendo por tribunal su decepción y su odio.”* (Guzmán Campos, Fals Borda, & Umañan Luna, 1962)<sup>62</sup>

### 2.1 La afirmación del Principio de Legalidad posterior a escenarios de conflictividad

En este apartado, no se pretende hacer una disquisición sobre el principio de legalidad penal como garantía judicial, ni mucho menos desde su evolución histórica. Este ejercicio académico, ha sido adelantado con éxito en otras investigaciones que dan cuenta del alcance y contenido de esta estructura de legitimidad. Por su parte, en este segmento se buscará explicar la relación de la afirmación de esta garantía en diferentes escenarios conflictos con la superación de esos ciclos de violencia; es decir, de cómo la vigencia material de una garantía judicial resulta enteramente funcional a la superación del conflicto.

Para ese fin partiremos de una sencilla premisa, la cual consta de la afirmación de que el principio de legalidad penal, así como otras garantías judiciales en el país han tenido una flexibilización en diferentes momentos del conflicto armado colombiano, las cuales lejos de favorecer a la superación del continuo histórico de violencia, han contribuido y tienen el potencial de dificultar el posconflicto o posacuerdo buscado con el acuerdo de paz entre el Estado colombiano y las antiguas FARC-EP (Jurisdicción Especial para la Paz, 2021).

De esta forma, se acompañará esa afirmación con la hipótesis historiográfica de que, en varios de los escenarios donde el principio de legalidad fue positivizado, así como

---

<sup>62</sup> Pág.225.

garantizado en gran medida su vigencia material, la conflictividad anterior dio paso a sociedades medianamente más pacíficas, con una vigencia material de los derechos humanos y particularmente con un fuerte apego institucional a las salidas democráticas a la misma.

Para la validación de esta aseveración se procurará no viajar a las antípodas de la historia universal, por lo que no se echará mano de los antecedentes relacionados con el Código de Hammurabi (año 1700 a. C.), ni con la Doce Tablas (siglo V a. C.), el Digesto incorporado al Corpus iuris de Justiniano (años 527-565 d. C.) e, incluso, algunos textos de Cicerón (106-43 a. C.) (Velásquez Velásquez, 1986). Esto porque se tendrá como categoría de referencia el Estado moderno y el proceso en el que occidente ha transitado hacia esta forma de Estado.

En este sentido, consideramos que gran parte de los Estados nacionales que se construyen en esta etapa tal como Inglaterra, Alemania, Francia, España entre otros, incluyendo Colombia, atravesaron infinidad de conflictos armados, cuya resolución fue aportando a moldear la forma de relacionamiento de los asociados con el Estado. Esto significa que, la conflictividad social y violenta es una constante histórica ( Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013)<sup>63</sup> y, en este caso en concreto, la superación de la arbitrariedad y el absolutismo, no solamente pasó por la conquista de espacios de representación y autogobierno, sino de la consolidación de un conjunto de derechos y garantías que contrafácticamente les permitieran neutralizar el riesgo constante de verse sujetos de una de las muchas manifestaciones del despotismo.

De hecho, tal como lo sugiere el profesor Piña Rochefort (2010) “históricamente, la sociedad occidental se vio forzada a evolucionar conjurando para los ciudadanos el riesgo de ser juzgado por conductas y condenado a penas que no podían prever. Solo ello les permitiría orientar su conducta a preceptos racionalmente anticipables. En este sentido se afirma que el principio de legalidad es un logro evolutivo que surge a partir de la necesidad de limitar el poder del Rey (del soberano)”<sup>64</sup>, lo que se ve soportado en la concepción

---

<sup>63</sup> Pág. 112 “Durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX, los partidos políticos tradicionales recurrieron a la violencia para dirimir las disputas por el poder y, en particular, para lograr el dominio del aparato estatal, a tal punto que este accionar puede considerarse como una constante histórica de varias décadas. En efecto, la pugnacidad política y las acciones violentas entre los partidos tradicionales, Liberal y Conservador alcanzaron su nivel más crítico en el periodo conocido como La Violencia, que comprende desde 1946 hasta 1958. Aunque la violencia liberal conservadora fue promovida por la dirigencia de ambos partidos, el enfrentamiento político se vio especialmente atizado por el sectarismo manifiesto del dirigente conservador Laureano Gómez, presidente de la República entre 1950 y 1953. A partir de entonces, el conflicto político se tradujo en una abierta confrontación armada”

<sup>64</sup> Pág.187.



moderna de un fundamento derivado de la teoría del contrato social de la Ilustración, tal como lo manifiesta el profesor (Jescheck, 1981)<sup>65</sup>.

Esta aseveración tiene fundamento, si se selecciona una muestra representativa, de sociedades que en el último milenio tuvieron un tránsito político del feudalismo a otras formas de gobierno, las cuales vivieron guerras internas devastadoras y pagaron un precio en vidas humanas muy alto para conquistar ciertas garantías. Al margen de los extensos y prolíficos debates relacionados con el origen ilustrado, así como la apropiación del principio de legalidad como instrumento funcional a la naciente burguesía (Hobsbawm, 1966)<sup>66</sup>, creemos fundamental aproximarnos a la relación concreta entre conflictividad y violencia con la consolidación de diversas garantías.

En primer lugar, consideramos para este efecto poder acercarnos someramente a la historia del **Reino Unido**, cuyo proceso de construcción lejos de ser pacífico, ha estado redactado con la más oscura letra escarlata. No obstante, la trazabilidad a la Carta Magna nos revela que este instrumento normativo fue producto de una crisis política y levantamiento de los líderes de Inglaterra (Parliament, 2021)<sup>67</sup>, de hecho, de una crueldad impresionante como lo retrata (Carpenter, 2018)<sup>68</sup>, quien describe un conjunto de hechos que redundan en constantes conflictos sociales y armados, tales como disputas territoriales, temas impositivos y especialmente reclamos de abusos y arbitrariedades judiciales, entre otros muchos.

---

<sup>65</sup> Pág.117.

<sup>66</sup> Pág. 54 *"The later eighteenth century, as we have seen, was an age of crisis for the old regimes of Europe and their economic systems, and its last decades were filled with political agitations sometimes reaching the point of revolt, of colonial movements for autonomy sometimes reaching that of secession: not only in the USA (1776-83), but also in Ireland (1782-4), in Belgium and Liege (1787-90), in Holland (1783-7), in Geneva, even—it has been argued—in England (1779). So striking is this clustering of political unrest that some recent historians have spoken of an 'age of democratic revolution' of which the French was only one, though the most dramatic and far-reaching."*

<sup>67</sup> Pág.1. *"Magna Carta was hammered out in negotiations between the leaders of two armed parties – the king on one side and the rebel barons on the other. Neither side expected it to settle the matter, and both anticipated continued war between king and barons. Within three months of it being issued at Runnymede, Pope Innocent III had annulled the charter, the rebels had renounced their homage to the king and invited the son of the king of France to take the crown of England in John's place."*

<sup>68</sup> Pág. 19. *"In 1214 the eventual campaign of recovery ended in total failure. John returned to England, his money spent, his prestige in tatters. The next year his baronial enemies rebelled and forced him to concede Magna Carta. They had other grievances. Although paying lip service to the principles of custom and consent, John's rule had been lawless. He took hostages at will, deprived barons of lands and castles without legal process, and demanded large sums of money to assuage his rancour and recover his good will. In a chivalrous age, which expected noble captives to be treated with courtesy, he was cruel. He murdered both his nephew Arthur and the most famous noble woman of the age, Matilda de Briouze. She and her eldest son were starved to death in the dungeons of Corfe castle. As a contemporary writer put it, John was "brimful of evil qualities". [...] In 1215, John was, therefore, placed beneath the law, but the Magna Carta of 1215 was very far from giving equal treatment to all the king's subjects. Socially it was a divided and divisive document, often reflecting the interests of a baronial elite a few hundred strong in a population of several million."*

Este contexto de conflictividad indefectiblemente contribuyó a que una de las salidas a tan profunda crisis pasara por la construcción de un instrumento como la Carta Magna, cuyo antecedente ha sido leído en clave del principio de edificación del Estado de Derecho y al constitucionalismo (Jenkins, 2018)<sup>69</sup>, más las lecturas enfocadas en la contribución que tuvo a la progresiva y gradual conquista del debido proceso, no se implementa inmediatamente a partir de 1215, sino que se reedita cada tanto consolidándose ya no como una ruina romántica, ni tampoco como una promesa hecha por un rey, sino tal cual lo entiende la profesora de Harvard (Lepore, 2015)<sup>70</sup> como un muro construido piedra a piedra, lo que no es otra cosa que a pesar del contenido simbólico de este tratado de paz, se prestó como un referente de los nuevos derroteros de la relación entre el monarca y sus súbditos (Breay & Harrison, 2014)<sup>71</sup>.

Esta conquista que durará varias centurias, así como una cantidad importante de hechos para consolidarse, es leído como un proceso, el cual se puede considerar permite aproximar las relaciones a un nivel de conflictividad no violenta; es decir, que la vigencia material de las garantías redunde en la sostenibilidad de la paz. No obstante, lejos de ser un proceso de corto aliento, es manifiesto que el dominio del principio de legalidad en la experiencia británica lleva afincándose al menos un milenio (Hall, 1937)<sup>72</sup>, el cual puede extenderse al menos desde las Cartas de Enrique I (Fordham University, 2021)<sup>73</sup>,

---

<sup>69</sup> Pág. 54 “*The charter set a precedent to which constitutionalist returned throughout history, to be granted an importance in retrospect which it perhaps did not merit at the time. It was ignored by Shakespeare in his play, King John. But it could not be unwritten. Magna Carta ranks among the foremost documents of the rule of law against raw power, and as such was given great significance by the revolutionaries for the seventeenth century. It also enshrined the powers of the barons in opposition to the authority of the king. As a result of his incompetence and weakness, the had become strong. They were territorial grandees “in their own right”, owning extensive lands and the feudal allegiance of knights, bondsmen and villeins. A shift in the basis of power had occurred, away from monarchical authority and discretion towards the ghost of modern law and a modern parliament.*”

<sup>70</sup> Pág.1. “*Magna Carta has been taken as foundational to the rule of law, chiefly because in it King John promised that he would stop throwing people into dungeons whenever he wished, a provision that lies behind what is now known as due process of law and is understood not as a promise made by a king but as a right possessed by the people. Due process is a bulwark against injustice, but it wasn’t put in place in 1215; it is a wall built stone by stone, defended, and attacked, year after year. Much of the rest of Magna Carta, weathered by time and for centuries forgotten, has long since crumbled, an abandoned castle, a romantic ruin.*”

<sup>71</sup> Pág. 1. “*In 1215 Magna Carta was a peace treaty between the King and the rebel barons. In that respect it was a failure, but it provided a new framework for the relationship between the King and his subjects. The 1225 version of Magna Carta, freely issued by Henry III (r. 1216–72) in return for a tax granted to him by the whole kingdom, took this idea further and became the definitive version of the text. Three clauses of the 1225 Magna Carta remain on the statute book today. Although most of the clauses of Magna Carta have now been repealed, the many divergent uses that have been made of it since the Middle Ages have shaped its meaning in the modern era, and it has become a potent, international rallying cry against the arbitrary use of power.*”

<sup>72</sup> Pág. 167. “*In English history the principle of law as limitation is prominent from the time of the Charter of Henry the First; it is reiterated in the Constitution of Clarendon in 1164. Magna Carta is the great symbol of the socio-political forces that established the supremacy of the Rule of Law in England*”

<sup>73</sup> “*This charter, granted by Henry when he ascended the throne, is important in two ways. First, Henry formally bound himself to the laws, setting the stage for the rule of law that parliaments and parliamentarians of later ages would cry for. Second, it reads almost exactly like the Magna Carta, and served as the model for the Great Charter in 1215.*”

atravesando por la misma Guerra Civil (1642-1688) y la ejecución de un monarca como el Rey Carlos I.

En este proceso histórico fue evidente la necesidad de echar mano de la afirmación de diferentes libertades y garantías civiles como parte de los mecanismos de superación de tal vez, una de las crisis institucionales más importantes y violentas de la historia británica (Congress, 2021)<sup>74</sup>, la cual, paradójicamente es solventada progresivamente y es traducida en la materialización de un conjunto de derechos, cuyo reconocimiento lejos de obedecer a un único evento, obedece a varios momentos, entre los que se destacan la “constitución no escrita de la Gran Bretaña”- *England’s Ancient Consitution*-, “la petición de derechos (1628)” -*Petition of Right* y “la declaración de derechos (1689)”- *The Bill of Rights*- (Blackburn, 2021)<sup>75</sup>.

Baste recordar que, a diferencia de la mayoría de los estados modernos, Gran Bretaña no tiene una constitución codificada, sino una no escrita formada por leyes del Parlamento, sentencias judiciales y convenciones. De esta forma, la consolidación del mandato británico (Lledó Vásquez, 2015)<sup>76</sup> de legalidad penal va de la mano indiscutiblemente al principio democrático como preeminencia parlamentaria, lo que no es otra cosa en las palabras del profesor (Hall, 1937) que, el ascenso del parlamento al poder desempeñó un

---

<sup>74</sup> Pág. 1. “At the beginning of the seventeenth century, English lawyers and scholars of the law began to take a new interest in Magna Carta. As a result of historical research by sixteenth-century humanists, a new picture of the English legal tradition emerged that cast Magna Carta as an affirmation of principles of individual liberty that were recognized and upheld in England from earliest antiquity.[...] This interpretation of Magna Carta led prominent lawyers of the seventeenth century, such as Sir Edward Coke and John Selden, to give Magna Carta a special status among the statutes that were created in medieval England. Other statutes could be repealed, but Magna Carta was permanent because it enshrined the original liberties that the English people held against the powers of the state. In the legal contests surrounding the conflict between the House of Commons and King Charles I (reigned 1625–1649), the opposition to the crown advanced this reading of Magna Carta to support their demand to limit the king’s prerogative. Their efforts quickly gave rise to a decades-long constitutional challenge to the throne, which concluded in civil war and the execution of King Charles I. Even though by the mid-seventeenth century a new generation of historians was already casting doubt on the historical accuracy of this reading of the document, the idea of Magna Carta as a charter of individual freedoms became a reality with lasting political impact.”

<sup>75</sup> Pág. 1. e “In 1258, the Provisions of Oxford, sometimes referred to as the first ever written constitution, provided for a Council of twenty-four members through whom the King should govern, to be supervised by a Parliament. This was convened for the first time in 1264 by Simon de Montfort (d. 1265). During the constitutional conflicts of the 17th century, the *Petition of Right* (1628) relied on Magna Carta for its legal basis, setting out rights and liberties of the subject including freedom from arbitrary arrest and punishment. The *Bill of Rights* (1689) then settled the primacy of Parliament over the monarch’s prerogatives, providing for the regular meeting of Parliament, free elections to the Commons, free speech in parliamentary debates, and some basic human rights, most famously freedom from ‘cruel or unusual punishment’. This was shortly followed by the *Act of Settlement* (1701) which controlled succession to the Crown, and established the vital principle of judicial independence.”

<sup>76</sup> Pág. 81. “Sin embargo, la forma como los jueces del common law inglés han interpretado el principio de legalidad es diferente a la tradición romana. Lo que en la tradición del civil law es llamado, “el principio de legalidad”, en los países del common law es conocido como “the rule of law” – pero en su sentido estricto – significando que una sociedad está gobernada “por reglas que son fijas, conocidas y ciertas”. No obstante, es posible aplicar la analogía, si la persona podía prever que una conducta dada cabía dentro de las provisiones del Derecho. Pero la analogía no sólo es permisible, sino que ella es la base misma del desarrollo y evolución del common law.”

papel significativo, más aún, fue la influencia parlamentaria la que transformó lo que solo un modo muy vago podía considerarse *nulla poena sine lege* en una máxima definitivamente cercana a aquella norma<sup>77</sup>.

Por su parte, al remitirse a la **experiencia norteamericana**, la construcción del proyecto nacional de las 13 colonias británicas también confirma la hipótesis de la consolidación del principio de legalidad como presupuesto democrático del naciente Estado. De hecho, entiende que la consagración moderna, con los derroteros que lo definen contemporáneamente inició en el proceso emancipatorio y constitucional norteamericano – tanto a nivel federal como de los Estados de la naciente Unión- (Glaser, 1942)<sup>78</sup>. En este caso la formulación difiere de los referentes consuetudinarios del derecho anglosajón, por lo que hallamos una prohibición expresa de las leyes *ex post facto* (Fletcher v. Peck - 10 U.S., 1810)<sup>79</sup> y *ad hoc*, cuyo alcance y contenido se precisa en momentos posteriores a conflictos armados como la guerra de independencia y la guerra de secesión, donde se requirió de la Suprema Corte de los Estados Unidos la delimitación de esta garantía constitucional prevista en la quinta y décima cuarta enmienda (Constitution of the United States, 1787)<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Pág. 167-168 “The rise of Parliament plays an important part; and, indeed, it is parliamentary influence which in fact transformed what might only in a very vague style be termed *nulla poena* into some real approximation to the rule. For with legislation came gradual subordination of common law and, also, the distinctive techniques of statutory construction which characterize the continental significance of the rule. [...] But England ran far ahead of the continent in imposing law upon government.”

<sup>78</sup> Constitutions of Connecticut, 1776, Art. 4, of constitution Massachussets, 1780, Art. XII in fine, of Maryland, 1776, Art. XXI, of Pennsylvania, 1776, Art. IX; Constitution of Maryland, 1867, Art. 17, of North Carolina, Filadelfia, 1774

<sup>79</sup> 187 “The state legislatures can pass no *ex post facto* law. An *ex post facto* law is one which renders an act punishable in a manner in which it was not punishable when it was committed. Such a law may inflict penalties on the person, or may inflict pecuniary penalties which swell the public treasury. The legislature is then prohibited from passing a law by which a man’s estate, or any part of it, shall be seized for a crime which was not declared, by some previous law, to render him liable to that punishment. Why, then, should violence be done to the natural meaning of words for the purpose of leaving to the legislature the power of seizing, for public use, the estate of an individual in the form of a law annulling the title by which he holds that estate? The court can perceive no sufficient grounds for making this distinction. This rescinding act would have the effect of an *ex post facto* law. It forfeits the estate of Fletcher for a crime not committed by himself, but by those from whom he purchased. This cannot be effected in the form of an *ex post facto* law, or bill of attainder; why, then, is it allowable in the form of a law annulling the original grant?”. Ver también, *Cummings v. Missouri*, 71 U.S. 277 (1867) “The clauses of the Second Article of the Constitution of Missouri, already referred to, in depriving priests and clergymen of the right to preach and teach, impose a penalty for some acts which were innocent at the time they were committed, and increase the penalty prescribed for such of the acts specified as at the time constituted public offences, and in both particulars violate the provision of the Federal Constitution prohibiting the passage by the State of an *ex post facto* law. They further violate that provision in altering the rules of evidence with respect to the proof of the acts specified -- thus, in assuming the guilt instead of the innocence of the parties, in requiring them to establish their innocence instead of requiring the government to prove their guilt, and in declaring that their innocence can be shown only in one way, by an expurgatory oath.”

<sup>80</sup> “Amendment IV (1791) The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.” [...] Amendment XIV “Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

Esto se ha traducido en que la Constitución americana prohíbe al Congreso y a los Estados aprobar cualquier ley *ex post facto*. En 1798, por lo que se determinó que esta prohibición se aplica solo a las leyes penales y no es una restricción general a la legislación retroactiva. En la prohibición está la noción de que las personas solo pueden ser castigadas de acuerdo con las normas de conducta que podrían haber comprobado antes de actuar. La cláusula también sirve como salvaguarda contra la práctica histórica de aprobar leyes para castigar a individuos en particular debido a sus creencias políticas. En 1867, en el fallo *Cummings contra Missouri* y *Ex parte Garland*, la Corte Suprema de los Estados Unidos condenó como leyes de apelación y *ex post facto* la aprobación de juramentos de prueba de lealtad posteriores a la Guerra Civil Estadounidense, que estaban diseñados para evitar que los simpatizantes confederados practicaran ciertas profesiones (Britannica, 2021).

Este proceso constitucional de impacto penal y procesal penal se explica en un desarrollo jurisprudencial que se extiende al alcance y contenido que se ha venido construyendo alrededor de la prohibición de la responsabilidad *ex post facto*. Este tipo de garantía como otras consignadas en las diferentes constituciones estatales, así como en las enmiendas constitucionales permitieron afirmar el tipo de sociedad que tenían en mente los padres fundadores y, en especial, el tipo de relacionamiento entre los asociados y el modelo Federal. Esta visión de sociedad emancipada y que transitó un conjunto de conflictos armados, se enmarca la consecuente transformación de la relación de vasallaje o de sumisión respecto de un monarca, para consolidarse una relación de ciudadanía. Baste recordar que este tipo de garantías, así como las enmiendas hechas a la constitución han permitido que estemos ante un derecho vivo, cuyo contenido obedece con todas sus imperfecciones a los ajustes contemporáneamente requeridos.

Allí es donde de las providencias destacadas y el contenido de estas, así como la época en la que fueron proferidas, permiten inferir que resultaron estructurales en los procesos de pacificación, la una en los primeros años de consolidación de la Unión Americana posterior a la independencia del Imperio Británico (Ruíz Robledo, 1997)<sup>81</sup> y, posteriormente, otra que abordó la cuestión poco tiempo después de terminada la guerra de secesión, lo que podría decirse que no obedece a una coincidencia, sino a que la

---

<sup>81</sup> Pág.145 "Por eso, el principio de legalidad se concebía no tanto como un instrumento de técnica jurídica neutral, sino como una herramienta política, de lucha contra el Antiguo Régimen; de ahí que se le considerase un postulado de rango constitucional. El principio de legalidad penal se encuentra en algunas Declaraciones de Derechos de los nuevos Estados americanos, como en la de Delaware de 1776 y en la Masachusettes de 1780"

afirmación material de esta garantía resultó de muchísima importancia, por no decir que fue fundamental en el proceso de superación de las hostilidades y en la reconstrucción del tejido social.

Por su parte, la **experiencia francesa** no podemos tampoco dejarla de lado, ya que directa o indirectamente resultó un antecedente paradigmático para los procesos emancipatorios de las jóvenes naciones latinoamericanas. Lo que significa en retrospectiva que, la construcción de la Primera República Francesa (1792-1804) a partir de la Revolución de 1789 (Hobsbawm, 1966)<sup>82</sup> nos dota para la hipótesis en cuestión, de otro antecedente donde la solidificación de varias garantías procesales, entre las que se destaca la legalidad, la presunción de inocencia, entre otras consagradas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano-1789 (Constituyente, 2021)<sup>83</sup>, redundan en la superación (en varias etapas) progresiva, de sendos conflictos sociales a partir de la materialización de muchísimas de esas garantías.

Tanto la dimensión del principio de representación democrática, como la legalidad de la proscripción penal, de la sanción, la no retroactividad y del juez natural, entre otras tantas de dimensión penal y procesal penal son conquistas respecto del imperio del *Ancien Régime*, la que en el caso francés estuvieron motivadas en una conflictividad social profundamente arraigada, y cuya válvula de escape terminó siendo especialmente violenta y cruel. Por lo que, se entiende, las ideas iusnaturalistas de corte liberal, así como la prolífica cantidad de reflexiones hechas por pensadores de la talla de Montesquieu, de Voltaire, de Rousseau, Rousseau y Cesare Bonesana, marqués de Beccaría, entre otros muchos, tuvieron una extraordinaria capacidad de síntesis teórica de la conflictividad

---

<sup>82</sup> Pág. 54 “Insofar as the crisis of the old regime was not purely a French phenomenon, there is some weight in such observations. Just so it may be argued that the Russian Revolution of 1917 (which occupies a position of analogous importance in our century) was merely the most dramatic of a whole cluster of similar movements, such as those which — some years before 1917—finally ended the age-old Turkish and Chinese empires. Yet this-is to miss the point. The French Revolution may not have been an isolated phenomenon, but it was far more fundamental than any of the other contemporary ones and its consequences were therefore far more profound. In the first place, it occurred in the most powerful and populous state of Europe (leaving Russia apart). In 1789 something like one European out of every five was a Frenchman. In the second place it was, alone of all the revolutions which preceded and followed it, a mass social revolution, and immeasurably more radical than any comparable upheaval. It is no accident that the American revolutionaries, and the British ‘Jacobins’ who migrated to France because of their political sympathies, found themselves moderates in France. Tom Paine was an extremist in Britain and America; but in Paris he was among the most moderate of the Girondins. The results of the American revolutions were, broadly speaking, countries carrying on much as before, only minus the political control of the British, Spaniards and Portuguese. The result of the French Revolution was that the age of Balzac replaced the age of Mme Dubarry.”

<sup>83</sup> Artículo 7 “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la Ley y en la forma determinada por ella. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; con todo, cualquier ciudadano que sea requerido o aprehendido en virtud de la Ley debe obedecer de inmediato, y es culpable si opone resistencia.”[...] Artículo 8 “La Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.”

reinante y particularmente de algunas alternativas a las arraigadas y vetustas instituciones, entre las que el castigo y en particular la pena estaba en el centro de la discusión.

Por esa razón, la toma de la Bastilla en 1789 no es un hecho cualquiera, sino que su significado trasciende en clave de impacto existencial del hecho histórico, cuando dentro de los referentes de relacionamiento entre integrantes de ese pacto social, de ese proyecto histórico y el Estado, la legalidad penal no es negociable, no se puede flexibilizar, porque de la vigencia material de esas garantías depende los derechos naturales o inalienables del hombre frente a la comunidad política, y la consecuente disminución al máximo de la arbitrariedad judicial.

De hecho, al analizar a profundidad el proceso histórico atravesado por Francia en la superación del antiguo régimen, resulta revelador que este tipo de procesos emancipatorios ilustrados obedecen a unos patrones y constantes que hacen que incluso el influjo revolucionario norteamericano (Hall, 1937)<sup>84</sup> haya influido fuertemente en la fórmula canónica que se extendió a lo largo y ancho de la Europa continental y por esa vía a los nacientes proyectos políticos del continente americano, la cual estableció en sus mismos términos lo siguiente:

“[L]a Declaración fijó los sentidos dominantes del *nulla poena sine lege*, no solamente como salvaguarda constitucional básica del individuo contra el gobierno opresor, sino también como un principio cardinal del derecho penal. El principio fue repetido en la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791, más no en el Code Pénal de 1791, pese a que el Código Militar de ese año lo contenía. Reapareció en el Código francés de 1810, para permanecer prácticamente inmutable desde entonces. El Code Pénal de 1810 se convirtió en el modelo de casi todo el Continente europeo, la norma que establecía el principio de legalidad fue incorporada al Código Bávaro por Feuerbach en 1813. Pero recién en 1850 apareció en la constitución prusiana, en 1851 en el Código Prusiano y en 1870 en el Código del Reich. Fue omitida en las Constituciones Imperiales de 1849 y 1871, si bien fue

---

<sup>84</sup> Pág. 169 *“That proposition coincided with and facilitated the rise to power of the legislature. Lafayette, who participated actively in the Revolutionary Assembly of 1789, proposed the drafting of a Declaration of the Rights of Man- his inspiration coming, it is said, from the Virginia Declaration. On August 26, 1789, the famous Declaration appeared, containing in its eighth article the provision: “Null ne peut ire puni qu'en zertu d'une loi itablie et pronzulgutc antgrieurement au delit et ligalement applique.”.*

incluido en la mayor parte de las constituciones de los Estados federales – en Baviera tan tempranamente como en 1818; en Wurtemberg en 1819.” (Hall, 1937)<sup>85</sup>

Ahora bien, al aproximarnos a tres de las prácticas jurídicas que han tenido mayor impacto en la construcción del derecho doméstico, se debe indiscutiblemente remitir a la **experiencia española**, cuya suerte lejos de ser ajena posterior a el proceso emancipatorio de la primera mitad del siglo XIX, resulta para los efectos del presente trabajo de mucha utilidad, ya que, si bien, el último conflicto armado relevante en la historia ibérica se antecede a la Guerra Civil (1936-1939), la edificación del Estado Español moderno debe entenderse actualmente como un desafío contemporáneo de implementación del modelo democrático, con todas las adversidades trazadas por los nacionalismos, el terrorismo, entre otros muchas aristas de este proceso.

En todo este escenario, el papel de las garantías procesales ha sido central, ya que, si bien, la democracia trajo un conjunto de garantías procesales incorporadas en un moderno cuerpo constitucional-, varias de las disposiciones allí contempladas han sido puestas a prueba, bajo una especial presión con relación a diferentes eventos como el golpe de Estado del 23-F de 1981 (De Andrés Sanz, 2002)<sup>86</sup>, así como los atentados terroristas de diferentes vertientes – nacionalistas radicales (Vgr. ETA, *Euskadi Ta Askatasuna*), de la extrema izquierda (Vgr. GRAPO, Grupos Revolucionarios Antifascistas Primero de Octubre), de la ultraderecha (Vgr. BVE -Batallón Vasco Español-, Triple A -Alianza Apostólica Anticomunista- o GAE -Grupos Armados Españoles-, y naturaleza Yihadista (Dirección General de Apoyo a Víctimas del Terrorismo. Ministerio del Interior de España, 2021)<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Pág. 169. Traducción de Roberto J. Vernengo. En *Doctrinas esenciales: Derecho penal/* dirigido por Edgardo Alberto Donna- 1ª ed.- Buenos Aires: La Ley. 2010. El Principio de Legalidad (“Nulla poena sine lege”). Jerome Hall.

<sup>86</sup> Pág. 463 “El golpe de Estado del 23 de febrero de 1981 intentó, trastocando de raíz la consolidación del joven sistema constituido en 1978, alterar el resultado de la transición española” [...] “Desde un primer momento, los cambios que se pretendían contaron con la clara oposición de grupos pertenecientes al régimen franquista y de aquellos aparatos del Estado que veían amenazada su situación de privilegio. En la difícil búsqueda de un equilibrio consensuado y mayoritario entre las diferentes partes se alcanzaron cotas de moderación que difícilmente podían contentar a los extremos del abanico político del momento. Uno de los hechos que mejor refleja las dificultades del proceso fue la ejecución del golpe de 1981, en el que confluyeron las conspiraciones y tramas golpistas de todo tipo presentes en la transición.”

<sup>87</sup> Pág. 4. “El franquismo se prolongó entre 1939 y 1975, desde el final de la guerra civil hasta la muerte del dictador Francisco Franco. En la dictadura franquista surgieron diferentes organizaciones terroristas. La primera víctima mortal del terrorismo en España fue la niña Begoña Urroz en 1960. Fue alcanzada en una estación de tren de San Sebastián por la explosión de una bomba que había colocado el DRIL, Directorio Revolucionario Ibérico de Liberación. Además, antes de la muerte de Franco nacieron los GRAPO, de inspiración ultraizquierdista, y ETA, de ideología nacionalista vasca radical, que tras romper con el PNV fue fundada en 1958. Su primera víctima mortal fue el guardia de tráfico José Pardines Arcay, en 1968”



Baste esta reflexión para entender que, si bien el principio de legalidad previsto en la Constitución de 1978 (Cortes Generales de España, 1978)<sup>88</sup> significa uno de los anclajes ajustados a la superación normativa a un continuo de violencia y arbitrariedad desplegada especialmente durante el franquismo (1939-1975), tal como lo rescata el profesor de la Universidad de Granada, Agustín, (Ruíz Robledo, 1997), citando a José Antón Onega, en tanto se afirma que:

“[La]«justicia penal de guerra civil» que se inició con el bando de 28 de julio de 1936 creó un rosario de normas ajenas por completo a lo teorizado por Beccaria, Lardizábal y tantos otros: La ley (si se puede llamar así una norma no elaborada por ningún órgano representativo) de 5 de julio de 1938, que restableció la pena de muerte para los delitos de parricidio, asesinato y robo con homicidio; la Ley de responsabilidades políticas de 9 de febrero de 1939, que dio cobertura legal a la represión de la posguerra, la ley de represión de la masonería y el comunismo de 1 de marzo de 1940, la ley de seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, etc. Lo más benévolo que se puede decir de esta legislación es que «las necesidades del Nuevo Estado reclamaban una política de autodefensa [...] Para satisfacerlas se dieron leyes represivas con efectos retroactivos varias de ellas, caracterizadas por la severidad de sus sanciones y por estar encomendada su aplicación a tribunales especiales, formados algunos de ellos por generales, autoridades de Falange y algún Magistrado»<sup>89</sup>.

Este mismo análisis, en clave de lo abordado en el primer capítulo de esta investigación, relacionada con las causas conflictuales atribuibles al Poder Judicial, se entiende comprobado en el caso español también. Este punto ha sido tratado por diversos estudios, no obstante, Ignacio Javier Tébar Rubio-Manzanares aborda transversalmente diversas

---

<sup>88</sup> Artículo 25 [...] 1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. [...] 2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. [...] 3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

<sup>89</sup> Pág.166.

fuentes de conocimiento que documentan la relación del derecho penal del Movimiento Nacional con el principio de legalidad.<sup>90</sup> De hecho, precisa que en el franquismo:

“[S]e posicionaran o no explícitamente a favor de un derecho penal <<totalitario>> el principio de legalidad y sus cuatro consecuencias fueron vulneradas en la práctica. El principio *nullum crimen nulla poena sine lege* quedó parcialmente derogado, en estrecha relación con el relativo abandono del Derecho penal del hecho por uno de autor. Aunque se mantuviera intacto el artículo 23, que lo recogía en el Código penal, basta con revisar la legislación y la jurisprudencia para ver que era continuamente obviado”. (2015)<sup>91</sup>

Esta documentación y caracterización de la forma como se flexibiliza, como se prescinde y dispone de las más básicas garantías procesales, nos permite entender la necesidad institucional de fortalecer su vigencia en el periodo de la democracia como uno de los anclajes fundamentales del Estado de Derecho. Lo que no significa que no sea sometido contemporáneamente a una presión gigantesca con relación a los desafíos que se le presentan actualmente con focos de conflictividad como los nacionalismos y en especial la radicalización violenta y las manifestaciones del crimen organizado.

Algo semejante ocurre con la tradición jurídica y la dolorosa **experiencia histórica alemana**, cuyos episodios llenos de dolor durante el siglo XX tampoco nos es lejana. No obstante, así como en otros muchos casos en que tanto histórica, como judicialmente se evidencia la hipótesis que se ha expuesto, no se va a remontar a los antecedentes de la positivación de la moderna fórmula legal de ese principio, ya que la finalidad de este trabajo no busca la recopilación historiográfica de esta, sino explicar su función respecto de la gestión estatal de la conflictividad social, especialmente la traducida en violencia.

Por esta senda, se debe reconocer el interés adicional que genera remontarse al intenso trasegar del moderno Estado germánico, cuyo ingente influjo de su derecho en nuestras

---

<sup>90</sup> Pág. 144. “[...]la mayoría de los autores aceptaba la interpretación extensiva. Ello concuerda con la realidad político-española, que conjugaba el mantenimiento de la mayor parte del Derecho penal ordinario vigente el 1936 con una serie de reformas y la depuración político del personal. Se situaba en una aparente posición intermedia, en la que tampoco se dejaba mucho espacio al sistema de garantías ni al principio de legalidad: [...] (citando a Eliseo García del Moral) <<Hay casos en los cuales el sentimiento de la comunidad jurídica exige un castigo de ellos, y, sin embargo, técnicamente no quedan ajustados a un tipo penal determinado. En este caso, hemos de tener en cuenta la conciencia jurídica de la Comunidad, que realmente no desdice, sino que colma a los preceptos jurídico-penales con un sentido proveniente de la realidad existencial en que se vive>>.”

<sup>91</sup> Pág.145

instituciones jurídicas es innegable. Sino especialmente por su historia moderna, la cual resulta reveladora en tanto este país antes de la Primera y la Segunda Guerra Mundial ya contaba con instrumentos normativos que contenían la moderna formulación de esta garantía (Roxin, 1997)<sup>92</sup>, lo que con la derrota en la gran guerra, así como con el fracaso del proyecto de Weimar y el posterior ascenso del nazismo corrobora que la flexibilización funcional a un proyecto político de los más elementales derechos y en especial de las garantías judiciales (1936)<sup>93</sup> pueden anudadas a otras causas, convertirse en hechos victimizantes de la entidad y magnitud del holocausto.

De hecho, el profesor Jescheck, Hans-Heinrich (1981)<sup>94</sup> sintetiza de una manera concreta este proceso, en la medida en la que afirma que:

“[E]l RSTGB de 1871, siguiendo con ello el ejemplo del StGB prusiano de 1851, tomó el principio de legalidad (§2 I) del Code penal de 1810 (art.4), pero solo en la **Constitución de la república de Weimar** (WRV) se le concedió

---

<sup>92</sup> Pág. 143 “El principio de legalidad se encuentra por primera vez en 1776 en las Constituciones de algunos Estados federados americanos (Virginia, Maryland), a continuación, en el Código Penal austríaco de José II, de 1787, en la célebre Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, y poco después también en el *Preußisches Allgemeines Landrecht* (Derecho General del Territorio Prusiano) de 1794. A partir de aquí penetra en las leyes de los Länder alemanes del siglo XIX, y en primer lugar en el StGB bávaro de 1813, redactado por Feuerbach [...], en el que la rígida vinculación del juez a la ley aún se completaba a continuación con una prohibición expresa de los comentarios científicos [...]. En el StGB prusiano de 1851, que fue el antecesor del StGB de 1871 [...], se contiene el principio, en una traducción literal del art. 4 del Code Penal francés (1810), en el § 2: “Ningún delito grave, ningún delito menos grave y ninguna falta pueden ser sancionados con una pena que no estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho”. El StGB de la Federación Nordalemana y finalmente el *Reichsstrafgesetzbuch* (Código Penal del Reich) de 1871 asumieron (en el § 2) esa versión con pequeñas modificaciones: “Una acción sólo puede ser sancionada con una pena si esa pena estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho”.

<sup>93</sup> Pág. 35 “,Vorgeschichte. [...] Das Strafrecht und Strafprozessrecht der Freie Stadt Danzing, das im wesentlichen dem deutschen entspricht, wurde unter Bezugnahme auf das Ermächtigungsgesetz vom 24. Juni 1933 durch eine Verordnung des Senats vom 29. August 1935 mit Wirkung vom 1. September 1935 in grundsätzlicher Hinsicht abgeändert. [...] Während bis dahin der Grundsatz *nulla poena sine lege* galt (§ 2: <<Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.>>), nach dem nur gestraft werden kann, wenn die Strafe vor Begehung der Tat durch Gesetz festgesetzt war. Wurde jetzt der Grundsatz *nullum crimen sine poena* eingeführt (§2: <<Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbarer Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.>>), wonach jede Tat zu bestrafen ist, wenn sie nach gesundem Volksempfinden und nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes Bestrafung verdient, auch wenn kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar angewandt werden kann. ... Traducción libre: Antecedentes: El derecho penal y el derecho procesal penal de la ciudad libre de Danzing, que esencialmente corresponde al alemán, fue cambiado fundamentalmente con referencia a la Ley de Habilitación del 24 de junio de 1933 por una ordenanza del Senado del 29 de agosto de 1935 con efecto a partir del 1 de septiembre de 1935 en términos fundamentalmente modificados. Mientras que el principio *nulla poena sine lege* era válido hasta entonces (§ 2: << Un acto solo puede ser sancionado si este castigo fue determinado por la ley antes de que se cometiera el acto. >>), según el cual solo es posible actuar si el castigo estaba estipulado por ley antes de que se cometiera el delito. Se ha introducido el principio de *nullum crimen sine poena* (§2: << Quien comete un acto que la ley declara punible o que, según la idea básica de una ley penal y según el sentimiento popular, merece castigo. Si no se aplica directamente una ley penal específica, el acto será castigado de acuerdo con la ley cuya idea básica se aplique mejor a él. >>), según la cual todo acto debe ser castigado si merece castigo de acuerdo con la ley común. sentido del pueblo y de acuerdo con la idea básica de una ley penal, incluso si ninguna ley penal en particular puede aplicarse directamente.”

<sup>94</sup> Pág. 177 – 178.

rango constitucional, aunque con una formulación distinta a la contenida en el §2 I del StGB que produjo justificadas dudas sobre la extensión de la garantía constitucional<sup>95</sup>. El Nacionalsocialismo derogó conscientemente el principio liberal “**nullum crime sine lege**” (Crf. §2 en la redacción dada por ley de 28-6-1935). Tras la Segunda Guerra Mundial las potencias ocupantes restablecieron inmediatamente el principio de legalidad, lo que no impidió que en el Convenio de Londres de 8-8-1945 y de la misma KRG Nr.10 de 20-12-1945 (Romeike, 2016)<sup>96</sup> se promulgaran preceptos penales que, en parte, tenían efectos retroactivos” (Gesetz Nr. 10 des Alliierten Kontrollrates in Deutschland, 1946)<sup>97</sup>.

El anterior tema se abordará más adelante respecto de la judicialización de crímenes internacionales.

Por esta razón, se atenderá a los sucesos acontecidos con posterioridad a la capitulación incondicional de Alemania en mayo de 1945, como punto de referencia de terminación de las hostilidades con los aliados. Precisamente, porque los efectos con relación al principio de legalidad tendrán desde esa fecha desarrollos que son fundamentales; directamente relacionados con la reconstrucción jurídica del Derecho Público en general, y

---

<sup>95</sup> El profesor Hans-Heinrich Jescheck en la cita de este apartado precisa que “El nacional socialismo se aprovechó de esta controversia, introduciendo con la *“lex van der Lubbe”* de 29-2-1933 (BGBl. I, 151) con efecto retroactivo la pena de muerte para el delito de incendio (incendio del Parlamento).

<sup>96</sup> Pág. 13. “Con la Ley del Consejo Aliado de Control N° 10 (KRG 10) de diciembre de 1945 se autorizó oficialmente al poder judicial alemán castigar los crímenes del nazismo, aunque su competencia estaba limitada a los criminales que fueran alemanes contra alemanes o apátridas. El hecho de que una gran parte de los crímenes (más graves) se hubieran cometido contra personas de otros países era una limitación considerable. sin embargo, la KRG 10 ampliaba la libertad de actuación de la justicia alemana al detallar los delitos y los castigos correspondientes según la sentencia de Núremberg, es decir, los «crímenes contra la paz», «crímenes de guerra», «crímenes contra la humanidad» y «pertenencia a organización criminal». Con esto, los tribunales alemanes pudieron sancionar a los criminales que no habían podido ser castigados o no lo suficiente, bajo el código penal de 1871, que fue la base legal de los procesos de los nazis.”

<sup>97</sup> “Das Kontrollratsgesetz Nr. 10, im Deutschen zumeist abgekürzt als KRG 10, wurde am 20. Dezember 1945 vom Alliierten Kontrollrat in Berlin beschlossen und am 31. Januar im Amtsblatt des Kontrollrats verkündet. Zweck des Gesetzes war zum einen, eine einheitliche und zonenübergreifende Rechtsgrundlage für die Strafverfolgung von Verbrechen zu schaffen, die unter nationalsozialistischer Herrschaft mit Billigung von Partei und Staat verübt worden waren. Zum anderen sollte es eine stärkere Beteiligung deutscher Justizbehörden an der juristischen Aufarbeitung von NS-Unrecht ermöglichen. Obwohl sich innerhalb der westdeutschen Justiz frühzeitig Widerspruch gegen den rückwirkenden Charakter des Gesetzes regte und eine Mehrheit der Bevölkerung das KRG 10 als Instrument vermeintlicher alliierter “Siegerjustiz” ablehnte, bildete es bis Anfang der 1950er Jahre neben dem deutschen Reichstrafgesetzbuch i. d. F. von 1871 die wichtigste Norm zur Ahndung von Straftaten, die deutsche Staatsbürger in der Zeit von 1933 bis 1945 an Deutschen und Staatenlosen begangen hatten.” Traducción libre: “La Ley del Consejo de Control No. 10, en su mayoría abreviada en alemán como KRG 10, fue decidida el 20 de diciembre de 1945 por el Consejo de Control Aliado en Berlín. Anunciada en enero en el Diario Oficial del Consejo de Control. El propósito de la ley era, por un lado, contar con una base legal uniforme y transzonal para la aplicación de la ley de crear crímenes bajo el dominio nazi y perpetrados por el partido y el Estado. Por otro lado, se pretendía que debía ser más fuerte la participación de las autoridades judiciales alemanas en la tramitación legal de habilite la injusticia nazi. Aunque dentro del poder judicial de Alemania Occidental al principio hubo oposición al carácter retroactivo de la ley planteada y una mayoría de la población utilizó el KRG 10 como instrumento de supuestos aliados “Siegerjustiz” se negó, se formó a principios de la década de 1950 Código Penal del Reich Alemán i. D. F. de 1871 la norma de castigo más importante de los delitos cometidos por ciudadanos alemanes en el período de 1933 a 1945 Los alemanes y los apátridas se habían comprometido.”

concretamente del Derecho penal y Procesal Penal alemán en sentido estricto, la cual se extenderá hasta la caída del muro y la posterior reunificación, como el impacto que tendrá con relación a la judicialización de los crímenes internacionales tanto en los juicios de Nuremberg, como en el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente.

De esta forma, la Carta Fundamental de Bonn -1949- (Deutsche Parlamentarische Rat, 8)<sup>98</sup>, así como su desarrollo legal y jurisprudencial es de todo el interés para intentar entender el desarrollo de las estructuras formales y materiales de legitimidad del derecho penal, así como la revisión crítica de la teoría del fin y función de pena, y del robustecimiento de las estructuras de atribución de responsabilidad de la criminalidad de sistema, entre otros muchos escenarios de influjo teórico y pragmático de la praxis germánica en la segunda mitad del siglo XX. Anudado a este panorama, también es importante para comprender como este proyecto de nación ha significado una recuperación impresionante, hasta el punto de ser la nación industrializada más importante de la Europa continental.

Así, resulta nodal aproximarse en la línea que se ha seguido comprendiendo los desafíos a los que el principio de legalidad se ha enfrentado posteriormente a escenarios de conflictividad, por lo que en este caso nos remitiremos a un evento jurídico fundamental de la reunificación, relacionado directamente con los hechos juzgados el caso conocido como “los disparos del muro” (Pérez de la Fuente, 2010)<sup>99</sup>, el cual demuestra las múltiples y variadas dimensiones que tuvo la discusión, en donde se pensaría que la respuesta sería hallada exclusivamente de manera intrasistémica con las herramientas provistas por el derecho penal y procesal penal, para trascender a las antípodas incluso de la filosofía del derecho (Neumann, 1995), lo que en la práctica transitara como un problema de error (Saborit, 2000), de antijuridicidad (Ambos, 1999), de legalidad en sentido estricto en su dimensión de prohibición de la retroactividad (Alexy, 2000), del postulado “*Nulla poena sine lege praevia*” (Jakobs, 1995) entre otras muchas aristas.

---

<sup>98</sup> „Artikel 103 [...] (2) Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.[...]“ Traducción libre: Artículo 103 [...] (2) Un acto solo puede ser sancionado si la responsabilidad penal fue determinada por ley antes de que se cometiera el acto.“

<sup>99</sup> Pág. 453 “el caso de los centinelas del muro de Berlín que disparaban y mataron a algunas personas –que querían pasar la frontera-, amparados por una interpretación del Derecho de la RDA. Algunos años después de la unificación alemana, el Tribunal Constitucional condenó aquellos soldados por asesinato con el argumento que se trataba de Derecho “extremadamente injusto”. Esta es una forma particular de aplicación de la fórmula de Radburch.”

Ello significa que la persecución de esos homicidios durante la existencia de la República Democrática Alemana demandó una respuesta jurisprudencial que buscara una interpretación constitucional y comunitaria de un compromiso teórico de un concepto de justicia (una toma de postura) impresionante, al resolver este caso apelando a partir del reconocimiento de que la crisis respecto de la aplicación retroactiva de la ley penal, irradiaba a categorías relacionadas con la legitimidad, existencia y validez del derecho.

Esto demuestra que la vigencia o no de un principio como el de legalidad y la prohibición de no retroactividad, así como su flexibilización ha sido una tendencia justificada entre otros muchos argumentos, en la necesidad social de justicia material, en el amparo efectivo de los derechos de las víctimas, especialmente en crímenes internacionales, e incluso en opinión del profesor se indicó que:

“[L]o dicho en el punto anterior acerca de la aceptabilidad, en condiciones excepcionales, de leyes penales retroactivas (como las adoptadas tanto en los países de Europa después de la segunda guerra mundial y los eventos de 1989-1990) no debe sorprender. En efecto, para quien escribe se trata sólo de una opción posible, frente a la de dejar el campo libre a la jurisprudencia bajo el manto de un desinterés de los parlamentos y los ejecutivos, que evitarían así su responsabilidad. Además, tal opción presupone la falta de otros puntos de referencia válidos deducibles del derecho positivo, como podría ser, en su caso, el derecho internacional (que es derecho positivo, aunque de fuente no legal), en particular aquella rama del derecho internacional que está ligada a la protección de los derechos humanos y a la punición de los crímenes internacionales.” (Vassalli, 2014)<sup>100</sup>

Por su parte el profesor Günther Jakobs, en un profundo análisis con relación a los crímenes de Estado, ilegalidad de este y el conocimiento judicial de ese tipo de fenómenos, advierte la relación del principio de legalidad en función de la acreditación de una categoría dogmática así:

“Para poder tratar como antijurídica una fechoría estatal, como ocurre con la conducta de cualquier otro, es necesaria una ley positiva o cualquier otra regla establecida. El que tal regla sea suficiente es una cuestión distinta: la

---

<sup>100</sup> Pág.289.

posibilidad de que el estado pueda sin más transformar cualquier arbitrariedad en derecho positivo en modo alguno constituye «communis opinio». Pero el derecho natural moderno vincula el derecho a los estados reales: si éstos niegan las exigencias iusnaturalistas, no rige «en» el estado otro ordenamiento mejor, sino un derecho a la revolución. Volveremos sobre ello más adelante. Junto al derecho a la revolución podrían considerarse las normas penales internacionales, pero éstas no abarcan los crímenes de la República Democrática Alemana, aun cuando sólo fuera porque no podrían administrarse solamente por la República Federal Alemana, y por ello no lo trataremos aquí con mayor detenimiento. [...] ¿Cuál podría ser la norma positiva que permitiera presentar como antijurídicos los crímenes estatales, especialmente los disparos a los ciudadanos de la RDA que huían?”. (Jakobs, 1995)<sup>101</sup>

Esta respuesta ha generado en la doctrina y en la jurisprudencia un debate que reedita la necesaria revisión de los referentes de comprensión de fenómenos de conflictividad violenta, los cuales pueden ser gestionados bajo la conveniente instrumentalización de las garantías, lo que no solamente resulta disfuncional a la superación de las hostilidades, sino deteriora profundamente la legitimidad de la decisión judicial, cuya robustez es a la larga uno de los cimientos más importantes para la afirmación de un modelo democrático, de la vigencia material de los derechos humanos y, en especial, de la solidez del Estado de Derecho en la práctica, donde las decisiones de los jueces, así como los términos del esclarecimiento enarbolado por el ente acusador en sus actuaciones, resultan de la mayor importancia para la profundización del acceso a la administración de justicia como el más fundamental canal de solución de la conflictividad social.

Esta erosión propia de un escenario de facticidad de justicia, la cual se podría considerar inconveniente, solo hasta el final de la Segunda Guerra Mundial se presenció el primer antecedente de impacto mundial, donde esta desestructuración manifiesta casos que van desde Núremberg, en contra de los criminales de guerra nazis, hasta variadas disposiciones contenidas en reglas de procedimiento y prueba, así como en aquellas establecidas en el Estatuto de Roma de la Corte penal internacional. Esto no significa otra cosa, que la flexibilización instrumental del principio de legalidad, así como las reglas y

---

<sup>101</sup> Pág. 447.

subreglas afectas a su aplicación se encuentran aún en discusión, si respecto de su alcance y contenido se predica la flexibilización, o si por el contrario tiene un alcance de estricta observancia.

A este punto de consideración, se cree que esta discusión resulta cíclica y muy posiblemente hará parte del dossier de reflexiones sobre las que se regresará en el futuro una vez los conflictos hayan sido superados. Por esa razón, referentes tan importantes en la síntesis filosófica e histórica de la barbarie vivida en el siglo XX, como los desarrollos teóricos del profesor Gustav Radbruch, en particular en la fórmula de la intolerabilidad (*die Unerträglichkeitsformel*) y la fórmula de la negación (*die Verleugnungsformel*) (Paulson, 2019), serán traídos al debate, tal como lo precisa Giuliano Vassalli al indicar que:

“[E]n lo que concierne al campo penal, la fórmula, nacida en ocasión de la punición de los crímenes del nazismo (pero aplicada, en aquella época, preponderantemente para invalidar leyes injustas no penales), ha encontrado en el último decenio del siglo XX un campo de aplicación propio y específico en relación con los crímenes de Estado cometidos bajo el régimen comunista de la Alemania oriental (1949-1989), particularmente en relación con los homicidios cometidos en el Muro de Berlín (y en general en la frontera entre las dos Alemanias) para impedir la fuga de quien pretendía escapar de ese régimen.” (2014)

En el primero de los casos, ha sido denunciado como justicia de vencedores (Zolo, 2006)<sup>102</sup>, y como tribunal *ex post facto* desde su creación ha tenido un conjunto de críticas atinentes a atacar la legitimidad del sistema de atribución de responsabilidad. El primer punto complejo tiene que ver con la competencia (Guerrero Peralta, 2006) penal supranacional para la judicialización de los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial, la cual no es plenamente superada con la sentencia *US Vs. Ohlendorf et al* (The International Court of Justice, 2018)<sup>103</sup>, ya que aunque define cuáles son para entonces los

---

<sup>102</sup> Pág. 17 “Ha sido confirmada, en primer lugar, la tesis de que sólo las guerras perdidas son de hecho consideradas crímenes internacionales, mientras que las guerras ganadas, aunque se trate de guerras de agresión que conllevan una clara violación del derecho internacional, no están sometidas a reglas y los vencedores no sufren ninguna sanción política o jurídica.”

<sup>103</sup> Pág. 60 “Case No. 9. United States v. Otto Ohlendorf, et al., “The Einsatzgruppen Case”. *Einsatzgruppen were special mobile killing units of the SS, which followed the regular German Army as it advanced into Soviet territory and whose task was to round up and execute Jews and Soviet political commissars. From 1941 to 1943, they murdered more than one million Jews and tens of thousands of “partisans”, Roma and Sinti, disabled persons, political commissars and Slavs — men, women and children. Otto Ohlendorf, the commanding officer of Einsatzgruppe D, was a high-profile witness before the IMT. The 24 defendants were all leaders of the killing units and were indicted on three counts: crimes against humanity, war crimes and membership in organizations declared criminal by the IMT. While 24 defendants had been indicted, only 22 were tried (one*



crímenes contra la humanidad, el establecimiento del debido proceso es precario, pues las herramientas de defensa en la investigación se reducían a poder responder a los cargos y a ser interrogado en un lenguaje comprensible, mientras que las excepciones de mérito basadas en la infracción del principio del “*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*” (Werle, 2012)<sup>104</sup>, fueron desestimadas de plano (Nuremberg Military Tribunals)<sup>105</sup>.

Entre otros reparos, desde el principio de legalidad en todas sus dimensiones sustanciales y procesales, como la aplicación retroactiva de la ley penal, la comprensión del principio de culpabilidad, el concepto y alcance de la intervención delictiva, la expansión de la imputación (responsabilidad por el mando, conspiración y pertenencia a una organización criminal) y los elementos subjetivos de responsabilidad -*mens rea*- (Ambos, 2001). Esto se replicará en experiencias posteriores, y que exigirán no solo desde los estatutos, sino también desde las reglas de procedimiento y prueba, delimitar las reglas de juego en el entramado procesal penal, para que las decisiones resulten no solo atendibles desde la justicia material, sino que el alcance de la responsabilidad penal derivada de la perpetración de este tipo de crímenes obedezca a un mínimo de corrección y de esta forma la legitimidad del pronunciamiento judicial tenga una mayor fortaleza.

Este proceso irradiado de la experiencia alemana, se extiende a las dificultades para la estructuración de un proceso penal internacional con todas las garantías, donde se observan variados ejemplos llamémoslos polémicos, como los casos de la condena del General Tomoyuki Yamashita por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (The

---

*committed suicide and one was deemed too ill to stand trial). The Tribunal found 20 defendants guilty on all three counts and two guilty solely of criminal membership. Fourteen defendants were sentenced to death, but only four of the sentences were ever carried out, the others having been commuted or the defendants having been paroled. Two defendants were sentenced to life imprisonment, and five received sentences ranging from ten to 20 years. One was released with time served. By 1958, none of the defendants convicted in the Einsatzgruppen Case remained in prison.”*

<sup>104</sup> Pág. 24 “Si bien el modelo procesal de Nuremberg era jurídicamente correcto, sus consecuencias encontraron poca aceptación. El debate sobre ese proceso se caracterizó por una clara actitud defensiva. El reproche contra una unilateral “justicia de vencedores” jugó, en verdad, el rol más importante, para la generalidad de la población. En adelante la disputa judicial se concentró en los -sin duda- puntos débiles del Estatuto, en especial, desde el punto de vista de una presunta violación del mandato de irretroactividad de la ley penal.”

<sup>105</sup> Pág. 458 “Defense counsel have particularly thrust at Control Council Law No. 10 with Latin maxim *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. It is indeed fundamental in every system of civilized jurisprudence that no one may be punished for an act which was not prohibited at the time of its commission. But it must be understood that the “lex” referred to is not restricted to statutory law. Law does, in fact, come into being as the result of formal written enactment and thus we have codes, treaties, conventions, and the like, but it may also develop effectively through custom and usage and through the application of ‘Common law. The latter methods are no less binding than the former. The International Military Tribunal, in its decision of 30 September 1946, declared “International Law is not the product of an international legislature \* \* \*. This law is not static, but by continual adaptation follows the needs of a changing world.””

United Nations War Crimes Commission, 1948)<sup>106</sup>, el cual fue fuertemente criticado por que según algunos, entre ellos el profesor Nino, Carlos Santiago Nino quien indicó que “*las convenciones internacionales no permiten aplicar la responsabilidad penal vicarial y que era absurdo condenar a un acusado por inacción cuando las tropas norteamericanas impidieron que actuara*” (2006), o del Obersturmbannführer SS Karl Adolf Eichmann en el juicio de Jerusalén, en donde la responsabilidad penal por el hecho de otro es evidente (Roxin, 2016) y característico del desarrollo del Derecho Penal Internacional, de la misma forma y respecto del mismo juicio independiente a la estructura de imputación utilizada para edificar la imputación en este caso, se criticó el hecho de haber sido juzgado bajo leyes retroactivas y por un tribunal de vencedores (Arend, 2001)<sup>107</sup>.

Como se ha dicho, los ejemplos no se agotan aquí, sino que igualmente se presentan ya en los Tribunales Ad-Hoc, como por ejemplo en el tribunal penal para la antigua Yugoslavia, en donde en los casos Blaskic, Tadic, Delalic, entre otros, se debate ya no la legitimidad de la justicia penal internacional, sino los derechos y garantías en el proceso, como el derecho a conainterrogar los testigos *de cargo*, *la igualdad de armas*, *el derecho del acusado a la asistencia de un intérprete*, etc.

De esta forma, el problema en este punto radica en si al darle valor sancionatorio al derecho Internacional, por ejemplo, al ejercicio de integración típica a través del *nullum crime sine iure* (Roig, 2005)<sup>108</sup>, entre otro tipo de aplicaciones normativas de contenido abiertamente retroactivas, etc.; como derecho aplicable, se demuestra el agotamiento de las garantías del derecho penal liberal de acto. De esta forma, vale preguntarse, si este hecho exige la construcción de categorías de imputación o de atribución de

---

<sup>106</sup> Pág. 95 “It is clear that the knowledge that he might be made liable for offences committed by his subordinates even if he did not order their perpetration would in most cases act as a spur to a commander who might otherwise permit the continuance of such crimes of which he was aware or be insufficiently careful to prevent such crimes from being committed. It is evident, however, that the law on this point awaits further elucidation and consolidation.”

<sup>107</sup> Pág. 152. “Las objeciones formuladas contra el proceso de Eichmann eran de tres distintas clases. En primer lugar, estaban aquellas que fueron formuladas con respecto a los procesos de Nuremberg, y que fueron repetidas con referencia al de Eichmann. Eichmann era juzgado según una ley de carácter retroactivo, y sus juzgadores eran los vencedores. En segundo lugar, estaban las objeciones que únicamente cabía aplicar al tribunal de Jerusalén, por cuanto ponían en tela de juicio su competencia, así como el que no tomara en cuenta el hecho del rapto de Eichmann. Finalmente, y estas eran las más importantes, estaban las objeciones contra la acusación en sí misma, según las cuales Eichmann había cometido crímenes «contra la humanidad», antes que «crímenes contra los judíos», por lo que dichas objeciones quedaban a fin de cuentas dirigidas contra la ley que se aplicó a Eichmann. Como es natural, de esta argumentación resulta que el único tribunal competente para juzgar estos delitos era un tribunal internacional.”

<sup>108</sup> Pág., 9. “Todo ello lleva afirmar al Tribunal que, en Derecho internacional, la formulación clásica del principio de legalidad penal *nullum crimen sine lege* se articula como *nullum crimen sine iure*, “lo que permite una interpretación mucho más amplia de las exigencias derivadas de este principio”, y que la tipicidad de los crímenes de Derecho internacional no esté determinada necesariamente en el orden internacional por su incorporación en textos escritos.”

responsabilidad particulares para los crímenes internacionales, que encuentren de manera correlativa, un espectro reforzado de amparo, consistente en un cuerpo de garantías que doten de una mayor legitimidad la intervención punitiva del derecho internacional, de cara al esclarecimiento de un crimen internacional, a la declaratoria de la responsabilidad penal consecuente y a la imposición de una pena.

La legitimidad de la intervención penal en procesos de justicia de transición, así como en escenarios ordinarios de derecho doméstico donde se juzguen crímenes internacionales, y especialmente en la construcción de un derecho penal de posconflicto, no solo puede estar referida exclusivamente a la motivación formal-sustancial de la decisión judicial, sino a la edificación de un proceso penal de enjuiciamiento de este tipo de delitos, que tanto a nivel doméstico, como internacional, contribuya al robustecimiento de las estructuras que soportan la justificación del aparato sancionatorio.

Así las cosas, ese ejercicio debe tener obligatoriamente una mirada autocrítica, crítica en general, retrospectiva e introspectiva acerca de las experiencias antecedentes de judicialización de este tipo de delitos, con la finalidad de que la persecución nacional, universal y de la Corte Penal internacional se configure como un escenario de ejercicio de derechos, donde las estructuras de imputación desplegadas, o las categorías dogmáticas utilizadas, encuentren en un cuerpo de garantías procesales que desarrollen el debido proceso, un correlato que robustezca el cuerpo de la decisión judicial, y que brinde a la sentencia una motivación en clave de la absoluta pretensión de corrección (Alexy , 2007)<sup>109</sup>.

Sosteniéndose que esta relación de doble vía entre el debido proceso penal, tanto doméstico, como internacional, y la debida imputación de crímenes internacionales – principio de legalidad -deber de persecución- tiene la entidad para desestructurar el marco de garantías del derecho penal burgués, teniendo obligatoriamente que rediseñarse a partir del fin y función de la sanción penal como respuesta a las graves violaciones de derechos humanos, infracciones del derecho internacional humanitario en clave de

---

<sup>109</sup> Pág. 209 *“Por tanto, hay razones para opinar que la falta de la pretensión de corrección de una decisión no la priva necesariamente su carácter de decisión judicial válida, pero la hace ser defectuosa en un sentido relevante no sólo moralmente”.*

superación institucional de los ciclos de violencia en los que fueron perpetrados. Esto no es otra cosa, la decisión judicial, así como los términos de la atribución de responsabilidad desplegados por los ministerios públicos y fiscalías deben estar orientados también a contribuir a la superación de las hostilidades.

Este argumento tiene que ver con que parte de la superación negociada de un conflicto armado presupone que no existe justicia de vencedores (Owen, 2006)<sup>110</sup>, por el contrario, existe una cesión en el principio de legalidad procesal, en función de contribuir a la verdad, a la justicia a la reparación, al restablecimiento y a la eficacia de las garantías de no repetición. Esto no es otra cosa que, al segmento de justicia que corresponda impartir deben concurrir las más sólidas estructuras de imputación, soportadas en un acervo probatorio suficiente, acompañadas con la inobjetable legitimidad de la contribución a la reconstrucción del tejido social a partir de un proceso y una decisión considerada justa, atendible y transformadora de las vetustas prácticas jurisdiccionales que en algún momento coadyubaron por acción o por omisión a que la violencia se implantara como una constante historia en nuestros 200 años de vida republicana.

## **2.2 La flexibilización general de las garantías judiciales y del debido proceso en la persecución de crímenes internacionales en Colombia.**

A pesar de algunos antecedentes donde se ha flexibilizado el principio de legalidad penal en algunas de sus dimensiones, en especial, en los eventos ya mencionados, se entiende hoy en día tanto constitucional, jurisprudencial y legalmente que este principio tiene una vigencia imperativa. Tanto nuestra Carta como los desarrollos hechos por la judicatura han permitido decantar su alcance y contenido, por lo que ha precisado los requisitos que deben tenerse en cuenta para entender el respeto de esta garantía. No obstante, en materia de derecho penal internacional y con profundas raíces en los antecedentes de los tribunales internacionales, así como en la judicialización de crímenes internacionales por

---

<sup>110</sup> Pág. 315. *“Principios de julio – 31 de agosto de 1946: Alegatos finales. [...] A principios de julio ya había concluido la presentación de los casos contra todos los acusados, incluido el ausente Bormann. La defensa abrió el turno de los alegatos finales, en nombre de sus clientes. Muchos aprovecharon la oportunidad para protestar contra la presunta naturaleza injusta del proceso, por cuanto se quería responsabilizar a los acusados de unos actos que llevó a cabo el Estado alemán, que no eran ilegales en el momento en que se produjeron y cuya ejecución se debió a las órdenes de terceras personas. [...]”*

parte de los tribunales domésticos, hasta ahora existe una tendencia a la flexibilización instrumental de este principio.

Particularmente, en la judicialización de las graves violaciones a los derechos humanos, así como a las infracciones al derecho internacional humanitario ha hecho carrera admitir la retroactividad dentro el sistema de fuentes del derecho internacional público. Esto puede ser funcional a la persecución criminal en sentido estricto, lo que no es otra cosa que facilitar los términos de la atribución de responsabilidad a conductas que, a pesar de estar proscritas por el derecho internacional público, desde el punto de vista de derecho doméstico carecían por completo de los requisitos para ser considerada delictiva.

No obstante, este proceso de deterioro de la garantía a partir de varias relecturas e interpretaciones, no se cree que contribuya a la superación de los conflictos armados, especialmente internos y en particular el colombiano, cuyo deterioro en la mayoría de los casos se presentó a la par de la continua y progresiva erosión institucional, entre la que se destaca la legitimidad del poder judicial respecto de su capacidad de gestionar las manifestaciones violentas crónicas de nuestra guerra, especialmente, aquellas que adoptaron la forma más cruel y sanguinaria de crímenes internacionales. Esto no es otra cosa, que la judicialización de este tipo de crímenes por parte de tribunales domésticos, de justicia ordinaria o transicional deben observar con riguroso apego la totalidad de las garantidas procesales de corte liberal, que sin duda robustecen la legitimidad de la decisión judicial.

Argumentos hay muchos para ambas posturas, incluso la Sala Penal de la Corte Suprema ha flexibilizado ese principio en el juzgamiento de crímenes atribuibles a diversos actores del conflicto. Luego de aproximarse a la variada jurisprudencia de los últimos 20 años, la jurisprudencia ha orbitado en la flexibilización de la garantía de legalidad penal en la criminalización secundaria de crímenes internacionales, especialmente amparada en la extrapolación del sistema de fuentes del derecho internacional público al juzgamiento interno de un delito cometido en el marco del conflicto armado. De hecho, en un conjunto de fallos que se convierten en un continuo jurisprudencial (Sala Penal de la Corte Suprema

de Justicia, 2011)<sup>111</sup> en el que, a pesar de la más loable finalidad de combatir la impunidad de los crímenes internacionales, trasgreden a nuestro juicio un principio que resulta nodal en la existencia del Estado de Derecho (Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia , 2016)<sup>112</sup>.

Así, se considera que los diversos pronunciamientos adoptan de manera acrítica el desarrollo del derecho penal internacional (Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia , 2010)<sup>113</sup>, el cual tiene todo el sentido de contar con un principio de legalidad de amplio espectro, al no contar con los derroteros que definen un Estado de derecho. Lo que significa que, si bien era menester perseguir los crímenes atribuibles a los Nazis, así como las bestialidades cometidas en Ruanda, en Timor Oriental o en la antigua Yugoslavia, esos tribunales internacionales para poder actuar debían contar con alternativas normativas que permitieran subsanar la inexistencia de norma precedente.

Por esa razón, el contenido del principio de legalidad internacional decantado en los diferentes instrumentos internacionales extiende los elementos de su definición, a

---

<sup>111</sup> Pág. 70. “[...] Aquí y en atención a la fuerza vinculante del Bloque de Constitucionalidad, acudir a la interpretación sistemática que se ha predicado en el presente proceso es perfectamente razonable y reconocedora de los derechos fundamentales no sólo del procesado sino de las víctimas, situación que de ninguna manera desconoce o desdibuja el principio de legalidad, máxime cuando se está frente a una conducta constitutiva de un crimen de macrovulneración que, a más de ser pluriofensivo, tiene efectos no sólo nacionales sino internacionales y cuya comisión se encuentra proscrita por la comunidad internacional, porque tal y como se referenció en los autos precedentes a esta decisión, cuando se hizo la cita del artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en donde se indicó con claridad que es derecho nacional o internacional”, lo que se traduce en que no se atenta contra el principio de legalidad cuando se sanciona una conducta que ha sido descrita a nivel internacional como punible.”

<sup>112</sup> Pág. 32. “Implica lo anterior que en tales casos el principio de legalidad ha de sustentarse en los Tratados Internacionales, la Costumbre Internacional y los Principios Generales de Derecho como fuente del derecho penal, lo cual permite a los Estados investigar y juzgar al autor de comportamientos constitutivos de delitos internacionales aunque no se encuentren tipificados dentro de la legislación interna del Estado donde se perpetraron o de donde es nacional el inculcado, ya que el proceso de penalización nacional debe estar acorde con el internacional, es decir que se debe acudir a una flexibilización del Principio de Legalidad, concepto acorde con el cual tanto este postulado como el de irretroactividad de la ley penal, se encuentran satisfechos con la prohibición de la acción o de la omisión en tratados internacionales o en el derecho consuetudinario al momento de su comisión.”

<sup>113</sup> Pág.28. “Es más, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto de San José y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, extienden el principio de legalidad al derecho internacional. [...] Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos advierte en su artículo 15 numeral 1º que “Nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.” [...] Pero va más allá en su numeral 2º en el que de manera tajante advierte: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.” [...] Por su parte, el Pacto de San José en su artículo 9º al consagrar el principio de legalidad no lo limita al derecho patrio señalando que: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.” [...] A su turno, el Convenio Europeo de Derechos Humanos al reconocer el principio de legalidad, establece en su artículo 7º una fórmula similar a la adoptada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al advertir en su numeral 1º que: “Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional.” En su numeral 2º, advierte de manera perentoria que: “El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.” [...] Esta cláusula colocada, tanto en la Convención Europea como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, claramente alude a los principios generales del derecho internacional como fuente de derecho penal internacional, aún frente a la inexistencia de tratado o ley que así lo dispongan.”

derroteros que no dependen de la representatividad popular en un cuerpo colegiado que establezca la condición de delito de una conducta, y esto se debe a que la totalidad de escenarios en los que resultó imprescindible la aplicación del derecho penal internacional ante la dolorosa conflagración bélica que definió el siglo XX, esta mediado por la inexistencia de Estado. Es decir, que cualquier tipo de atisbo de poder judicial o derecho vigente que pudiera perseguir ese tipo de conductas yacía bajo las ruinas de Berlín o de Sarajevo; ahí la flexibilización de principio tiene todo el sentido, como a nuestro juicio lo tienen los tribunales penales internacionales, a pesar de la totalidad de las críticas que puedan tener.

El caso colombiano es diferente, ya que a pesar del continuo violento de nuestra historia, salvo la dictadura militar de mediados del siglo XX, no se ha sufrido la interrupción del régimen democrático y el poder judicial no ha dejado de administrar justicia, incluso con la totalidad de reparos que pueda tener, o con las deficiencias que le son atribuibles (algunas destacadas en el primer capítulo de esta investigación). Incluso con las disposiciones existentes en los códigos penales de 1936, 1980 y 2000, existían los tipos penales y las alternativas de atribución de responsabilidad.

Esta postura tiene asidero adicional a que el papel de los tribunales internacionales está llamados a administrar justicia bajo un referente retributivo de la justicia, mientras que un escenario de justicia transicional y de cara a un posconflicto, se puede esperar que el papel protagónico de la totalidad del circuito de persecución criminal, en especial el colombiano este comprometido con una noción de justicia transformadora (Uprimny & Saffon, 2009)<sup>114</sup>, no solamente relacionado con el espectro de reparación y restablecimiento de los derechos de las víctimas, sino especialmente enfocado en el mejoramiento sustancial de la

---

<sup>114</sup> Pág. 35. *“El potencial transformador de la reparación es particularmente importante en sociedades que, como la colombiana, antes del trauma de una guerra o una dictadura eran en sí mismas excluyentes y desiguales, y cuyas estructuras de exclusión constituyen un factor esencial del conflicto. En efecto, ¿qué sentido tiene que la reparación consista únicamente en devolver a un campesino a su minifundio de pobreza; a una mujer a su situación de carencia de poder, inseguridad y discriminación; a un niño a una situación de malnutrición y falta de acceso a la educación; a un grupo étnico al sometimiento y la ausencia de seguridad jurídica sobre sus tierras? Sin duda, una devolución de esta naturaleza es importante en contextos como el colombiano en los que los crímenes atroces se han caracterizado históricamente por quedar en la impunidad y en los que, por consiguiente, en la mayoría de los casos no ha habido ningún tipo de reparación. Sin embargo, una reparación puramente reparatoria como ésta no aseguraría uno de los objetivos centrales de la reparación, que es garantizar la no repetición de las atrocidades, ya que se dejarían intactas muchas condiciones de exclusión que se encuentran en la base del conflicto [...]”*

administración de justicia de cara a la necesaria gestión asertiva de la conflictividad social propia de un posconflicto.

Este nivel de flexibilización se extendió incluso en el control de constitucionalidad de la Jurisdicción Especial para la Paz (Sentencia C-080 , 2018), donde se previó una interpretación de este principio, la cual había hecho carrera con relación al derecho sustancial aplicable a la calificación jurídica de las conductas especialmente constitutivas de crímenes internacionales. Esto significa que para esta jurisdicción conforme el artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017 el sistema de fuentes se extiende al derecho internacional público, y se busca acoplarlo con la garantía constitucional del debido proceso.

En el cuerpo de motivación de esa misma sentencia se recapitula el desarrollo de esa flexibilización en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional, el cual da cuenta de la crisis del componente de representación democrática como presupuesto de la legalidad penal, y afirma el ensanchamiento de la garantía a diferentes fuentes diferentes a la ley, de la siguiente forma:

*“Según el principio de legalidad, “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”. Este mismo principio está reconocido por el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADDHH) bajo la siguiente formulación: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”; y por el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que establece: “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional [...] 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. Ni el artículo 9 de la CADDHH ni el artículo 15 del PIDCP pueden suspenderse en estados de excepción (art. 27 CADDHH y art. 4 del PIDCP, respectivamente). En consecuencia, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Así, el principio de legalidad de la ley penal*



es inderogable. Adicionalmente, la Observación General No. 35 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, señala que el incumplimiento de este principio hace que la detención sea arbitraria.”<sup>115</sup>

La Corte Constitucional trae incluso a colación el referente de la segunda posguerra relativo al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (como también los Convenios de Ginebra), y el impacto de desmedro del amparo que, respecto a la garantía, tenía la legalidad penal separándose del fundamento democrático, el cual insistimos es funcional al juzgamiento de ese tipo de delitos en un estado fallido o en un conflicto internacional. No obstante, en los escenarios de crímenes perpetrados en conflictos armados internos, el presupuesto democrático es *conditio sine qua non*, para la reconstrucción de la institucionalidad necesaria para garantizar la paz en un posconflicto.

De esa forma, y basándose en el precedente trazado en la (Sentencia C-710, 2001) afirma que, el principio de legalidad se atiende cuando la prohibición de la conducta penalizada se encuentra en una ley expedida por el legislador o por una norma de carácter vinculante, aunque no haya sido expedida por el legislador:

“El uso constitucional de la palabra ley puede entenderse en dos sentidos, bien como la norma que emana del órgano competente -el legislador- ordinario, en estricto sentido el Congreso; o bien, como toda norma jurídica esto es todo el derecho vigente. En este último sentido, la proposición jurídica vinculante de obligatorio cumplimiento no atiende al órgano competente sino a la condición de obligatoriedad en su observancia”<sup>116</sup>

Esto resulta en unas posturas de las cuales debemos apartarnos por considerarla una instrumentalización del principio en función de una persecución criminal, que a la luz de un estricto juicio de ponderación no se compadece de los derechos y garantías de los acusados, así como no tiene asidero constitucional en par de comparación, al considerarse ponderar entre los derechos afectos a la judicialización, en contra de las garantías de los procesados. De hecho, se intenta justificar semejante flexibilización, amparándose en la

---

<sup>115</sup> Pág.311.

<sup>116</sup> Pág. 14.

gravedad de las conductas, en el consenso internacional, para precisar que esas fuentes del derecho en el marco de un conflicto armado permiten comprender la existencia de la prohibición (accesibilidad) y de prever una consecuencia sancionatoria (previsibilidad), tal como lo establecido el mismo Tribunal Constitucional en la sentencia (Sentencia C-007/18)

Si bien en la doctrina existen muchas posiciones que consideran que este proceso de erosión de la garantía es una conquista, nosotros creemos que se corren dos peligros sustanciales en el ensanchamiento del sistema de fuentes y la aplicación retroactiva de disposiciones de derecho internacional público como si fueran tipos penales, de los cuales se puede derivar en clave de la estructura ideal de la norma jurídica, tanto una proscripción, como una consecuencia jurídica. El primero a nuestro juicio no es otro que la debilidad de la legitimidad de la sentencia, en tanto la práctica ha demostrado que la persecución judicial de este tipo de fenómenos macrocriminales o de “injusto de sistema” (Lampe, 2009), demanda un esfuerzo extraordinario a nivel sustancial, procesal y especialmente probatorio que permita adecuar unos términos atendibles de atribución de una conducta, en muchísimos casos atendiendo a complejas estructuras de imputación, lo que significa que también debe ser robusta en el estricto apego a las garantías que integran un debido proceso penal, y que a la larga acompañan la construcción del convencimiento judicial que permite el derrumbamiento de la presunción de inocencia.

Finalmente, el segundo efecto indeseado es la posibilidad de convertir al victimario, al criminal de lesa humanidad, al criminal de guerra, al genocida en víctima de una arbitrariedad innecesaria, y menos cuando sin importar el *nomen iuris* de los delitos, existen alternativas de tipificación estricta que permiten la judicialización de los crímenes cometidos durante el conflicto armado. Esto generaría que el papel central de proceso de juzgamiento de estos delitos, que se busca este centrado en el interés de la víctima en la consecuente satisfacción de sus derecho la verdad, a la justicia, a la reparación, al restablecimiento de sus derechos, a al no repetición de las atrocidades y a la transformación de sus condiciones de vulnerabilidad y victimización, pase a estar en cabeza del victimario, lo que termina abriendo una nueva y reeditada conflictividad, de la cual estamos hastiados y cuyo final, con un fallo condenatorio significaría justicia de vencedores a los que negociaron, o un fallo insuficiente a los que sufrieron en los campos y territorios las más indecibles agresiones.

### **3 Capítulo III Hacia un derecho penal de posconflicto como presupuesto de la superación sostenible de los ciclos de violencia en Colombia**

*"[...] Ante esta realidad sobrecogedora que a través de todo el tiempo humano debió de parecer una utopía, los inventores de fábulas que todo lo creemos, nos sentimos con el derecho de creer que todavía no es demasiado tarde para emprender la creación de la utopía contraria. Una nueva y arrasadora utopía de la vida, donde nadie pueda decidir por otros hasta la forma de morir, donde de veras sea cierto el amor y sea posible la felicidad, y donde las estirpes condenadas a cien años de soledad tengan por fin y para siempre una segunda oportunidad sobre la tierra." (García Márquez, 1982)*

Una vez reconocido lo fundamental que resulta explorar la responsabilidad histórica atribuible al Poder Judicial colombiano con relación al conflicto armado colombiano, así como se ha llegado a la conclusión preliminar de que el déficit de garantías en la persecución de las diversas manifestaciones de violencia en el país ha generado un profundo daño, entre el que se destaca la erosión de la legitimidad de la administración de justicia para gestionar esa conflictividad; es posible considerar también importante recapitular sobre la necesidad de robustecer el alcance y contenido garantista, valga la redundancia, del cuerpo de garantías procesales, de cara a contribuir a las condiciones generales que deben presentarse para que la transición que estamos atravesando (con las amenazas y dificultades presentes) pueda encaminarse a un posconflicto real, sostenible y definitivamente libre de la violencia como común denominador de las formas de resolución de nuestra conflictividad.

Poder contribuir a una escenario de posconflicto debe ser una finalidad y prioridad actual de la totalidad del Poder Judicial, en especial de todo el circuito de persecución penal, el cual al día de hoy, además de las históricas, estructurales y endémicas dificultades, ha tenido una presión desproporcionada con ocasión de la pandemia del COVID-19 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos- CIDH, 2021)<sup>117</sup>, así como por el fenómeno de los flujos migratorios mixtos (UNODC Sección contra la Trata de Personas y el Tráfico de Migrantes (HTMSS), 2021), y particularmente, la amenaza que representa el crimen organizado (Global Initiative Against Transnational Organized Crime, 2020)<sup>118</sup>, tanto en su dimensión doméstica, como en sus manifestaciones transnacionales

De cara a ese panorama donde existen tantas amenazas para un posconflicto, anudadas a un modelo democrático insuficiente, es menester recabar cuales son los principales elementos a los que se debe contribuir desde el Derecho Penal, para impedir volver no solo a las dinámicas violentas, sino el deterioro de las condiciones del tejido social. Por este motivo, se cree en la necesidad de remitirnos a experiencias análogas como las de Centroamérica, cuya realidad resulta importantísima frente a los desafíos que aún se está a tiempo de encarar, para evitar que el fracaso de un posconflicto. Entre los puntos destacados por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL, que pueden ser de utilidad para la lectura del posconflicto se destaca:

“La incapacidad del Estado para garantizar el orden y la seguridad en todo el territorio, de resolver los problemas locales bajo el amparo de la confianza social hacia las instituciones y la ley, y de prevenir los comportamientos ilegales de modo permanente, produce la obligación de la sociedad de asumir su propia protección. La escasa posibilidad de canalizar, formal e institucionalmente, los intereses y los

---

<sup>117</sup> “La Comisión y el Relator Especial de la ONU destacan la importancia del acceso a la justicia para la protección de los derechos humanos y como un pilar esencial para el Estado de Derecho. En el contexto de la pandemia, en varios países de la región los órganos de justicia han adoptado diversas medidas con el fin de reducir la propagación del COVID-19, las cuales han tenido un impacto mayor en su funcionamiento y, por ende, en el acceso a la justicia. Entre las medidas se encuentran la suspensión de la actividad jurisdiccional y fiscal, la suspensión de plazos y actos procesales en causas extraordinarias, con algunas excepciones consideradas como urgentes. Trabajo a distancia, el uso de plataformas digitales y la celebración de audiencias por videoconferencias, entre otras, se han utilizado ampliamente en la región.”

<sup>118</sup> Pág. 12. “The pandemic is placing a unique, considerable strain on all state institutions, and one that is likely to be protracted. Not only do the response requirements place new responsibilities on many different arms of the state, but they do so at a time when authorities’ staff are having to address their own personal health and safety needs. Every emergency brings the actions of the state into sharp relief – how they perform in the eyes of their citizens can either heighten public trust or diminish it for the long term. This includes criminal-justice systems. The coronavirus pandemic may be paving the way for the most radical reshaping of police mandates and criminal-justice systems seen in modern times. As governments are increasingly allocating themselves emergency powers in order to help social isolation measures, police forces and, in some countries, the military, are the main institutions that enforce these measures.”

problemas de los actores sociales y representarlos, siembra el caldo de cultivo para que la diversificación de las formas organizadas de violencia exprese dicha imposibilidad y configure las relaciones sociales. Cabe enfatizar que el consenso social es impracticable, cuando bajo condiciones de polarización y segregación social, la democracia constituida no logra entregar pautas de convivencia ni de compromiso social. El problema de la violencia posconflicto yace entonces, en que la diversificación de la violencia organizada –crimen organizado y pandillas juveniles entre otros casos– se convierte en mecanismo de absorción de los conflictos sociales que originaron los pasados enfrentamientos armados y se constituye, por lo tanto, como válvula de escape de ellos, a través de sus propias dinámicas organizadoras de la conducta social”. (2005)

Esta radiografía parece ser aplicable genéricamente no solo a las experiencias atravesadas por Nicaragua, el Salvador, Guatemala y Honduras, sino que muchos de los puntos sintetizados resultan cercanos a los desafíos que desde hace más o menos cinco años se han venido documentando, respecto de los retos que tiene el Estado Colombiano frente a la superación del conflicto. Este tipo de temas del mayor cuidado demandan de la totalidad del Estado, así como de la sociedad civil un esfuerzo y una voluntad política impresionante. No obstante, así como se ha dicho que cargar a la administración de justicia exclusivamente con el peso de la superación del conflicto, resulta disfuncional, también lo es que todas las fuerzas vivas del proyecto nacional se puedan comprometer y el poder judicial no lo haga. Esto significa que, en todas las áreas donde la administración de justicia deba pronunciarse, en particular en materia penal, se debe buscar que la decisión judicial sea un elemento eficaz de solución de esa conflictividad social y de consolidación de las estructuras de legitimidad material (Teitel, 2017)<sup>119</sup>, las cuales para estos efectos se traducirán en la vigencia material de las garantías judiciales (Piña Rochefort, 2010)<sup>120</sup>, y de esa forma el ejercicio jurisdiccional penal.

---

<sup>119</sup> Pág. 69. “[...]De hecho, la toma de decisiones judiciales da una margen para introducir un cambio sustancial y está caracterizada aquí como la direccionalidad ambivalente del derecho en períodos de esta naturaleza. La pregunta acerca de que institución resulta más competente y legítima es una pregunta contingente y su respuesta dependerá de las particularidades de los legados de injusticias propios de los períodos anteriores en un determinado país.” Pág. 70. “los casos discutidos anteriormente demuestran un papel extraordinario para que las cortes ejerzan principios resolutorios transformativos. En períodos de cambio político, las mayores preocupaciones para la democracia y la legitimidad que normalmente restringen la toma de decisiones judiciales activistas pueden bien apoyar dicho juicio como alternativa a una politización aun mayor del derecho”.

<sup>120</sup> Pág. 182 “Como ya hemos adelantado, la principal consecuencia de esta formulación es que ya no puede seguir identificándose la función del Derecho Penal con la función de la pena. Ello porque la función del sistema jurídico-penal no

Cuando se habla de estructuras de legitimidad en un proceso de reconstrucción social posterior a la superación de un conflicto armado, se considera que la función del derecho penal no puede estar restringida a la categoría de referencia de protección de bienes jurídicos (Silva Sánchez, 2019)<sup>121</sup>, sino que debe trascender además la construcción de estos en clave de expectativas normativas, que en adelante sean dirigidas no solo a quienes integramos la sociedad, sino en especial al mismo sistema penal.

Entonces, en este apartado se divide las decisiones judiciales, la primeras relacionadas directamente con la judicialización de crímenes internacionales perpetrados en el marco del conflicto armado, juzgadas tanto por la Jurisdicción Especial para la Paz-JEP, como por la justicia ordinaria, y las segundas las decisiones que persigan la criminalidad posterior a los acuerdos, que será lo que denominaremos la justicia penal de posconflicto. Las primeras decisiones tienen una carga adicional al esclarecimiento de las graves violaciones a los DDHH, así como a las graves infracciones al DIH, cuyo alcance debería concentrarse en identificar las fallas atribuibles al poder judicial, de cara a que, en el segundo tipo de decisiones a título de lección aprendida sea solucionadas.

No se puede presuponer después de más de 200 años de un continuo histórico mediado por la conflictividad y la violencia, que el derecho a la vida, a la dignidad humana, a la integridad personal, entre otros muchos se encuentran presentes materialmente en todo el territorio nacional solo por haber sido incorporados en una disposición penal vigente, ni si quiera porque haga parte del conjunto de instrumentos internacionales e interamericanos en materia de derechos humanos. Semejante ingenuidad raya con el fetichismo legal

---

*solo se verifica cuando se impone una pena sino también cuando su operación exige no imponer penal alguna, por ejemplo, por no haber operado alguna de las estructuras de legitimidad. Es decir, tanto pena, como la no-pena, se utilizan para el cumplimiento de una función del sistema jurídico penal. **En un ejemplo: es tan perturbador de la normatividad social el hecho de quedar impune un homicida que ha obrado culpablemente, como el hecho de condenar a una persona por un hecho no tipificado legalmente. Luego la estabilización del núcleo normativo de la sociedad se produce tanto cuando se castiga al homicida como cuando no se pena a quien ha cometido una conducta que, aunque lesiva para los intereses sociales, no estaba tipificada previamente.** [...] Es preciso tener presente, entonces, que las expectativas normativas no se dirigen sólo al alter” en cuanto “otro yo” que defrauda la norma, sino que se dirigen al sistema social que debe juzgar la defraudación de esas expectativas. De hecho, todo lo que habitualmente se enmarca bajo el rotulo de “principios garantísticos”, no son sino la forma institucionalizada de las expectativas que se dirigen al sistema jurídico penal. Luego, en el sentido en que aquí se entiende la prevención, ya no es concebible una contradicción entre fines garantísticos y necesidades de prevención, ni la afirmación de que “los fines garantísticos se estiman tan necesarios como los de prevención”. Por le contrario, la operación de las estructuras de garantía es el cumplimiento mismo del fin preventivo.”*

<sup>121</sup> Pág.1. “Hace más de cinco lustros que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, como elemento integrante de una teoría de la legitimación del Derecho penal, se halla en crisis. Dicha crisis surgió, en realidad, tan pronto como la doctrina del bien jurídico hubo de afrontar la realidad de los nuevos procesos de criminalización, para los que –debe convenirse– no estaba preparada, tras décadas de cómoda convivencia con los procesos de despenalización. La pluralidad de doctrinas modernas acerca de qué es exactamente un bien jurídico ha hecho perder fuerza expresiva al concepto. Por lo demás, las distintas concepciones se mueven con frecuencia en el voluntarismo, el intuicionismo o, sin más, constituyen meras peticiones de principio.”

(Lemaitre Ripoll, 2007)<sup>122</sup>, por no llamarlo *santanderismo* a ultranza, cuya corroboración debe permitir entender que la contribución a la construcción del apego al respeto generalizado de los DDHH, del DIH y en general de la legalidad por parte de los asociados, desde las salidas operativas e institucionales deben desbordar las repuesta narrativa, a la consolidación de las estructuras de legitimidad corroborables en cualquier tipo de control republicano, no solamente en los controles jurisdiccionales, sino resistir ese juicio de corrección popular, que no proviene de otra parte sino de los asociados que otrora estuvieran enfrentados violentamente, hoy puedan canalizar esa conflictividad en un marco de confianza en la respuesta institucional.

### **3.1 El robustecimiento de la vigencia material de las garantías procesales como rasgo característico del derecho penal de posconflicto. Estructuras materiales de legitimidad. Especial énfasis en el principio de legalidad penal.**

Ahora bien, dentro de las múltiples contribuciones que debería efectuar el Poder Judicial de Colombia para ponerse a entera disposición del posconflicto, pasan un conjunto de reformas, modernizaciones y ajustes de orden normativo, estructural, presupuestal, gerencial, entre otros muchos aspectos que francamente exceden el limitado alcance de este escrito.

Por esa razón y centrándose en el proceso penal, tal cual se encuentra estructurado en la actualidad, así como con el cuerpo normativo que se tiene a disposición hoy en día, podría creerse que se puede empezar a profundizar un modelo garantista (Ferrajoli, 2013)<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> Pág. 5. *“Pero este tipo de defensa, ese deseo de tener las cifras que puedan probar la magia, que demuestren los beneficios, deja de lado lo que a mi modo de ver es la esencia del fetichismo legal, el goce que producen los fallos progresistas independientemente de su aplicación, o mejor aún, en exceso de sus posibilidades reales de aplicación. Es una emoción ligada no a los beneficios concretos sino a los significados políticos y culturales que invoca la ley, como en el caso de la unión civil de parejas del mismo sexo, donde se puede decir que el beneficio concreto para los homosexuales, incluso en términos culturales, no es dramático, y sin embargo, ello no empaña la dicha.”*

<sup>123</sup> Pág.347. *“Con todo, la acepción prevalente de la palabra “garantismo” es la de “garantismo penal”, Es, en efecto, en el ámbito del derecho penal donde el garantismo se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica, en oposición, primero, a los contundentes legados de la legislación fascista y, después, a las numerosas leyes excepcionales y de emergencia que han terminado reduciendo, en contra de los principios constitucionales, el ya débil sistema de garantías contra el arbitrio punitivo. “[...] “Precisamente por ello, una tal exigencia se ha venido identificando con el proyecto o programa de un “derecho*

robusto, que muy apartado de las prioridades coyunturales a las administraciones tanto de la Rama Jurisdiccional, como de la Fiscalía General de la Nación, pueda pensarse en un proyecto de largo plazo donde se puedan conciliar la eficacia en la persecución de los fenómenos criminales y macrocriminales, relacionados con la seguridad ciudadana, con la criminalidad organizada y con las finanzas criminales, a la par de una agenda en el fortalecimiento de modelos investigativos y de imputación más sólidos de cara a la desarticulación de complejas estructuras delincuenciales, sin olvidar que la legitimidad de la intervención penal se juega en cada actuación del sistema. Desde la más elemental etapa de indagación, hasta la ejecución de la sanción penal.

Por lo que, se puede estimar que, a una mayor fortaleza investigativa, y frente a una mejor capacidad de derrumbamiento de la presunción de inocencia, le debe seguir el robustecimiento del debido proceso, y en general de la totalidad de las garantías procesales. Este balance no es otra cosa que un sistema penal dispuesto para un posconflicto sostenible.

El presupuesto que se ha manifestado, respecto del cual la consolidación de un posconflicto pasa por la obligatoria revisión crítica de la operatividad del poder judicial en la gestión de la conflictividad social, demanda igualmente el profundo despliegue de anclajes constitucionales que impidan el desbordamiento de la administración de justicia penal con relación a la judicialización de la criminalidad subyacente a la transición. Esto no es otra cosa, que impedir que se pueda llegar modelos de persecución criminal que se adecúen al fenómeno identificado por el Profesor (Jakobs, 2006) como el “Derecho Penal de Enemigo”, el cual se ha caracterizado en su desarrollo teórico por la pérdida de garantías individuales, mayor penalidad y medidas de seguridad (Aller, 2006), respecto de un segmento poblacional considerado enemigo (Eco, 2013)<sup>124</sup>.

---

*penal mínimo*”. “Garantismo” y “derecho penal mínimo” son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva – tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial- sometiéndola a estrictos límites impuesta para tutelar los derechos de la persona. Por lo que respecta al delito, estos límites son las garantías penales sustanciales: desde el principio de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles, a los de su lesividad, materialidad y culpabilidad. Por lo que respecta al proceso, se corresponden con las garantías procesales y orgánicas: el contradictorio, la paridad entre acusación y defensa, la estricta separación entre acusación y juez, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio del juez natural. Así, pues, mientras las garantías penales se orientan a minimizar los delitos, o sea, a reducir al máximo lo que el Poder Legislativo puede castigar, las garantías procesales se orientan a minimizar el Poder Judicial, o sea, a reducir al máximo sus márgenes de arbitrio.”

<sup>124</sup> Pág. 16. “Ahora bien, desde el principio se construyen como enemigos no tanto a los que son diferentes y que nos amenazan directamente (como sería en el caso de los bárbaros), sino a aquellos que alguien tiene el interés en representar como amenazadores, aunque no nos amenacen directamente, de modo que lo que se ponga de relieve su diversidad no sea su carácter de amenaza, sino que sea su diversidad misma la que se convierta en señal de amenaza.” [...] “No es necesario alcanzar los delirios de 1984 para reconocernos como seres que necesitan a un enemigo. Estamos viendo lo que puede el



Esta doble imposición que se cierne sobre el circuito de persecución criminal -eficacia en la judicialización y correlativo apego al sistema de garantías judiciales- presupone la toma de postura por una noción de justicia, que lejos de modelos retribucionistas, pueda consolidarse como un piñón transformador de la realidad violenta de nuestros campos y ciudades. Es por ello por lo que la decisión político criminal de no flexibilizar en absoluto el alcance y contenido de una garantía, requiere entender que, si bien ese tipo de disposiciones ya no obedecen en estricto sentido a la estructura con la que fue formulada en sus antecedentes normativos más cercanos, el trasfondo emancipatorio relacionado con la protección ante un posible abuso o arbitrariedad está presente y es más contemporáneo que nunca. Paradójicamente es en los escenarios posteriores a la transición cuando mayor solidez institucional se requiere en la reparación del tejido social, cuando más cuidado se debe tener para evitar que la facticidad se imponga y se amenace la reconciliación.

Es entonces cuando se concuerda completamente con la visión moderna del mandato de legalidad del profesor Jesús Marí Silva Sánchez, la cual podría reconocerse como una disposición que sigue teniendo todo su vigor democrático y legitimador el Estado de Derecho necesario para la reconstrucción institucional de un país que ha transcurrido muchísimo tiempo por un conflicto armado, en tanto se afirma que:

“[C]on la exigencia de legalidad penal se alude básicamente a la pretensión de lograr una interacción entre el poder legislativo y judicial que redunde en la producción de interpretaciones judiciales legítimas y estables: interpretaciones previsibles. [...] Así entendida la legalidad penal exige al legislador, por un lado, una dimensión de legitimidad: la democracia; y, por el otro, una dimensión favorecedora de la estabilidad en las interpretaciones: la máxima taxatividad posible. Pero, a su vez, la dimensión de democracia muestra dos vertientes esenciales: por un lado, una vertiente de representación y deliberación pública, que se expresa en la producción de mayorías sobre las que se construyen las leyes (democracia deliberativa); y por el otro, una vertiente de adecuación a principios y derechos fundamentales (democracia constitucional).[...] En

---

miedo de los nuevos flujos migratorios. Ampliando a toda una etnia las características de algunos de sus miembros que viven en situación de marginación, se está construyendo hoy en día, en Italia, la imagen del enemigo rumano, chivo expiatorio ideal para una sociedad, que, arrollada por un proceso de transformación también étnica, ya no consigue reconocerse.”

cuanto al juez, la legalidad penal requiere de él una vinculación a la letra de la ley así como una adecuación a los cánones axiológicos constitucionales, aspectos clave en la legitimación democrática de las sentencias. Pero también una adecuación a los métodos de interpretación y aplicación propios de la ciencia jurídica, que también contribuyen a la estabilidad aplicativa. [...]”. (Silva Sánchez, En busca del Derecho Penal, 2015)<sup>125</sup>

Esta visión deontológica de la vigencia del principio de legalidad en el Estado de derecho moderno, resulta también del escrupuloso respeto de este principio en el desarrollo de los atestados judiciales que persiguen los delitos cometidos durante el conflicto armado, en particular aquellos crímenes internacionales, los cuales pueden ser judicializados sin apelar a la flexibilización del mismo, tal como lo entiende la profesora Natalia Barbero, , quien precisa que:

“[ D]ebe respetarse el principio de legalidad, tanto en el propio ámbito del Derecho Penal internacional como en el ámbito de su aplicación en el Derecho Interno. [...] Por tanto, sólo habrá delito o crimen internacional si la conducta prohibida correspondiente está tipificada mediante ley previa, escrita, estricta y cierta, o su equiparable en Derecho Internacional, como lo es un tratado, una convención, o un pacto, siempre que tal fuente internacional cumpla con las precisiones del delito y de la pena resulten exigibles en el Derecho Interno”. (2012)<sup>126</sup>

En esa misma línea, se podría considerar el deber de esbozar cuales deberán ser las dimensiones que deben ser respetados y promocionados en sede jurisdiccional, no solo en la edificación del conocimiento del juez para fallar el negocio sometido a su despacho, sino también el ente acusador al desarrollar las labores de indagación, de investigación, y especialmente al momento de consolidar los términos de la acusación y la teoría del caso.

De hecho, para efectos de la vigencia de los derechos e intereses de las víctimas en el proceso penal, resulta fundamental del marco del ejercicio de la defensa técnica este directamente relacionado a la materialidad, al título de imputación, a las categorías dogmáticas, a la estructura de atribución de responsabilidad desplegada, incluso a la

---

<sup>125</sup> Pág. 140

<sup>126</sup> Pág.344-345

capacidad demostrativa de las evidencias presentadas en los estrados, a la utilidad, pertinencia y necesidad de las pruebas practicadas en el juicio, y no en debates centrados en las solicitudes de nulidades que pretendan apalancarse en presuntas violaciones a los derechos y garantías fundamentales.

En realidad, el Estado Colombiano conforme las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, ha tenido que adecuar su ordenamiento jurídico, no solo al cumplimiento de obligaciones de abstención, sino que, por el contrario, tiene que promocionar su respeto. Esta adecuación, contiene además el deber de persecución judicial –Penal, Civil, Disciplinaria, etc.- , el cual se despliega en espectros de responsabilidad penal individual, tanto a nivel nacional, como internacional, erigiendo la protección penal, por medio de la tipificación de la conducta desde ambos escenarios, es decir, a partir del alcance de la obligación –norma adscrita o regla de derecho fundamental- en cabeza del Estado Colombiano, de judicializar crímenes de sistema (Sentencia C 370 de 2006), o de injusto de sistema constitutivos de crímenes internacionales.

Esto no es otra cosa, que la proscripción penal de las violaciones a los derechos humanos *ius puniendi*, conmine las graves violaciones a los derechos humanos, y, además, una vez defraudada la expectativa normativa, se ejerza el *ius persecuendi*, con el fin de establecer la responsabilidad penal de los perpetradores.

Este conjunto de obligaciones internacionales de protección de derechos humanos, redefinen el papel tradicional del derecho penal (Congreso de la República de Colombia, 2000)<sup>127</sup>, siendo rediseñada por el derecho penal internacional, el cual atribuye a la pena una función transcendente a la establecida por las teorías de la pena relativa y absoluta, o de la unión, como la expiación, la retribución, teorías prevencionistas. Valga recordar la teorización desarrollada a partir de la comprensión del fin y función de pena entre otros, en la obra del profesor Heiko Lesch, en la cual se relaciona directamente la legitimidad del ejercicio del poder punitivo penal a partir del cumplimiento del fin y función de la sanción penal en sentido estricto, lo que para los efectos de este trabajo debe extender significativamente su fin y función, ya que una vez derrumbada la presunción de inocencia

---

<sup>127</sup> ARTICULO 4o. FUNCIONES DE LA PENA. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado

respecto de los delitos cometidos en el marco del conflicto armado, se debe sumar la función del restablecimiento legitimatorio de la herramienta penal.

Ahora bien, en Derecho penal internacional y específicamente en clave de judicialización de crímenes internacionales el papel del derecho penal, no se restringe al fin y función de la pena en sentido estricto, sino que por el contrario este concepto pasa a integrar un conjunto de fines y finalidades trascendentes incluso al concepto de persona, al contenido y delimitación de las expectativas normativas defraudadas y en especial al fundamento y estructura de la atribución de responsabilidad (Reed-Hurtado, 2008)<sup>128</sup>.

De esta forma, establecido el fin y la finalidad del derecho penal internacional, y del derecho penal ordinario en escenarios de justicia transicional, de cara a la edificación de un derecho penal de posconflicto, como debe ser el colombiano, la interrelación entre una justicia de transición y las partes e intervinientes en el proceso, se construye sobre los derechos y deberes atribuidos a ellos, de forma tal que se investiguen los crímenes, se establezca la responsabilidad penal de los culpables (Gómez- Jara, 2011)<sup>129</sup>, repare a la víctima, se asegure la no repetición de las atrocidades y especialmente se preparen los derroteros de lo que debe ser el desempeño de la justicia penal en la gestión jurisdiccional de la conflictividad social, particularmente aquella que se traduzca violentamente en crímenes internacionales, o aquellos que faciliten la consolidación territorial de economías criminales, las cuales la evidencia demostrativa ha permitido establecer que exacerba la criminalidad de alto impacto y la violencia en los territorios.

El principal de los derechos que debe ser privilegiado en los procesos de priorización tanto de la Justicia Especial para la Paz-JEP, como por las áreas misionales de la Fiscalía General de la Nación encargadas de la persecución de ese tipo de crímenes, es asignar una especial importancia al derecho de acceso a la justicia de las víctimas de crímenes internacionales, y paradójicamente de los victimarios. En particular, el contenido de este derecho fundamental ordena que la respuesta penal de persecución busque establecer los elementos que permitan comprender la naturaleza final e instrumental de los actos

---

<sup>128</sup>Pág. 98 “En esta ocasión, resaltamos la contribución que pueda brindar la aplicación del derecho penal; porque consideramos que es un elemento fundamental en la respuesta a las atrocidades que han sido perpetradas, tanto por razones de corte cultural como de corte político. la aplicación efectiva de una sanción penal no desarticulará, por si sola, la lógica violenta, ni las estructuras o las actividades macrocriminales. *sin embargo, la recuperación formal del ejercicio punitivo frente a la comisión de atrocidades, sí contribuirá a la restitución del poder y del estado de derecho. [...]”* .

<sup>129</sup> Pág. 65 y ss. En referencia al principio de culpabilidad como piedra angular del derecho penal, de acuerdo con que la imputación de injustos de sistema obedecen a macrocriminalidad compleja fundamentada en ámbitos de competencia.

macrocriminales<sup>130</sup>, la conexión causal, la intervención delictiva, los tinglados de captura y cooptación de Estado, la imputación extendida, siempre que correlativamente se respete el debido proceso y demás garantías penales del acusado.

En síntesis, el impulso de estas causas, exige que el ente acusador, cuente con capacidades definidas de habilidad técnica –jurídica y probatoria-, que adopte un enfoque especializado de investigación – en clave diferencial-, que permita la judicialización de los crímenes, además de la individualización del responsable, paralelamente a la búsqueda de la legitimidad de la intervención penal, tarea completada en el juicio en donde la igualdad de armas no está sujeta a la interpretación del tribunal, sino que el contenido de la garantía está determinada por una norma constitucional. Estos deberes pese a importantes esfuerzos del poder judicial aun resultan insuficientes para superar el estado de impunidad, el cual en este caso concreto resulta reforzado, puesto que está “*asegura el dominio sostenido del transgresor y genera en la víctima directa y en quienes se identifican con ella un sentimiento de discriminación*” (Goti)<sup>131</sup>.

De esta manera, el fundamento de la responsabilidad penal de los perpetradores, el aseguramiento de medidas de reparación y restablecimiento de los derechos a las víctimas, estarán fuertemente contenidas en la motivación de la sentencia, siendo esta objeto de recursos que en la práctica atiendan en su mayoría a temas sustanciales de atribución de responsabilidad y no a violaciones de garantías judiciales que devengan en la nulidad del proceso y la continuada frustración del derecho de la víctima.

Dicho de otro modo, la judicialización debería permitir esclarecer patrones y perfiles de perpetración, así como ilustrar las prácticas que permitieron la comisión de estas atrocidades, en particular, reflexionando a partir de las formas de intervención delictiva propias de los crímenes de injusto de sistema (Lampe, 2008)<sup>132</sup>. Igualmente,

---

<sup>130</sup> Ibidem Pág.101. “*El crimen sistemático desafía el entendimiento y la aplicación regular del derecho penal (particularmente en relación con los conductos de responsabilidad e intervención en el acto criminal [...] El objetivo de una iniciativa de judicialización de estos crímenes no es sólo establecer lo acontecido en hechos aislados, sino determinar el continuo de poder entre los determinadores y seguidores y explicitar las políticas y contextos que determinaron (o facilitaron) la perpetración de abusos de manera sistemática o generalizada. la tarea del aparato de investigación y juzgamiento no es “la de sencillamente describir la comisión del acto criminal, sino la de elucidar la operación de los elementos de la maquinaria criminal”.*

<sup>131</sup>. Cfr. George P. Fletcher, Basic Concepts of Legal Thought, 1996, Oxford.

<sup>132</sup> Pág. 77. “*Los coautores (en los delitos dolosos) forman un sistema a través de la organización de sus relaciones en un “plan conjunto del hecho”. Para ello se atribuyen recíprocamente sus roles. El injusto de este sistema surge en cuanto al menos uno de ellos, conforme a su rol, entra en una relación de injusto con el entorno social. Su relación de injusto se imputa al sistema porque este autor no solo actúa en sus propios asuntos sino también como funcionario del sistema. [...] Si lleva a cabo el plan del hecho hasta el final, entonces fundamenta el injusto de la ejecución del hecho para todo el*

reconstruyendo el contexto integral del área de perpetración, trascendiendo en esta lógica, los medios probatorios tradicionales como la prueba documental y testimonial, hacia el uso de herramientas estadísticas, sociológicas, etnológicas y proyectivas que ilustren el marco relacional entre los perpetradores, los actos, la organización y las prácticas criminales, las víctimas y el impacto en sus derechos.

### **3.2 Perspectivas del principio de legalidad funcionales a un postconflicto**

Una vez hemos corroborado el alcance de la erosión contemporánea del principio de legalidad penal en la experiencia penal Colombia, hemos advertido que en sede de control de constitucionalidad. (Mejía, 2013) este tipo de debilitamiento ha impregnado decisiones judiciales que lejos de reivindicar el derecho penal mínimo, lo que han hecho es amplificar el poder punitivo del Estado en detrimento de los elementos definitorios de este principio como la “reserva de ley, el principio de mera o lata legalidad y el principio de estricta legalidad”<sup>133</sup>. Este tipo de interpretaciones son justamente las que en un escenario de aplicación de justicia transicional se espera no sean acogidas en su integridad. El debido respeto y la materialización de cada una de las garantías procesales, incluyendo el principio de legalidad, se convierten en presupuesto ineludible para el posconflicto. Más aun, cuando los derroteros trazados por la Corte Constitucional permiten racionalizar la herramienta punitiva y hacerla cercana al cumplimiento de los fines de la Carta. En ese sentido a nuestro parecer la existencia de jurisprudencia que robustezca los requisitos para entender a salvo el principio de legalidad, y a renglón seguido haya otros donde se flexibilice genera un desplazamiento del sistema en tanto entiende que en unos casos es restrictivo el ámbito y contenido, mientras que en otros se puede flexibilizar.

Justamente, la estructura del proceso de paz colombiano, en su componente judicial transicional, parte de una característica dialógica; en donde se encuentran víctima y victimario con el único propósito de apostar por una paz estable y duradera, la cual a pesar la mutua cesión derivada una negociación política, indiscutiblemente requiere de unos

---

*sistema.”[...] Pág. 78 “El resultado es que el injusto del sistema está delimitado y limitado al injusto impersonal, conforme a los roles de sus miembros”.[...]Pág. 79 “Incluso el someterse a uno de los planes preparados constituye un sistema de injusto del sistema.”*

<sup>133</sup> Pág.142.

mínimos inamovibles, donde la responsabilidad estatal del incumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de lucha contra los crímenes internacionales no sea arbitrariamente transferida ni a los victimarios, ni mucho menos a las víctimas. En este punto es importante mencionar que la retroactividad en la persecución de crímenes internacionales, especialmente en conductas constitutivas de desaparición forzada, desplazamiento forzado, tortura y genocidio antes de la Ley 589 de 2000, debe ser asumida por el Estado. Esto quiere decir que, si bien deben ser investigadas y sancionadas estas conductas, incluso siendo imprescriptibles, no puede transferírsele a los victimarios la carga de la no tipificación de estas conductas al tiempo de la suscripción de los instrumentos internacionales que las proscribían.

Más allá de las metodologías procesales que se manejen, siendo más flexibles cuando el compareciente acepta autónomamente su responsabilidad de autoría o participación en hechos del conflicto armado, los procesos que se adelantan en la JEP tienen un carácter penal (Cote Barco, 2020). Del cual se desprenderá una condena y la ejecución de esta. En este sentido, de la unión del derecho penal con la justicia transicional surge un mismo objetivo de proporcionar “seguridad jurídica y reafirmar la vigencia del derecho” (Cote Barco, 2020). Entonces, el desarrollo de los procedimientos deberá contar con la prevalencia de los principios esenciales que guían el actuar judicial para determinar la responsabilidad penal. Esta premisa no es otra cosa que dentro del ámbito de configuración de los derroteros del sistema de justicia transicional existen presupuestos que no deben transgredirse, por lo que se traduce en la sensación de facticidad y utilitarismo en el proceso, donde se instrumentaliza y se acomoda en el estrado a las partes e intervinientes bajo una lógica que puede ser percibida como arbitraria.

Es sobre esto que se quiere llamar la atención. La búsqueda de la verdad y el goce de los derechos de las víctimas no puede conllevar a transgredir garantías formales y materiales. En el caso concreto del principio de legalidad el cual incorpora varios componentes, a saber, taxatividad, prohibición de analogía, prohibición de retroactividad y prohibición de derecho consuetudinario deberá ser observado estrictamente. Su inobservancia acarrearía el quebrantamiento de derechos que el compareciente puede asumir como sentencias injustas que a la larga no contribuyen al objetivo final de terminación del conflicto. Es así como su vigencia material ayuda a la pacificación.

Por esa razón resulta importantísimo para la construcción seria del concepto de Derecho Penal de Posconflicto centrarnos en las amenazas que se ciernen sobre la estabilidad de una transición. Incluso de un proceso tan *sui generis* como el colombiano en donde la criminalidad organizada, especialmente la delincuencia organizada transnacional resulta el desafío más grande para la vigencia de los Derechos Humanos, donde debe ser superada toda tesis simplista relacionada con la delincuencia relacionada exclusivamente con marginalidad (Gayraud, 2007)<sup>134</sup> y la pobreza (la cual subsiste indiscutiblemente en una sociedad tan desigual), sino también extender los linderos diagnóstico a una mirada realista de lo que está ocurriendo en los campos colombianos y que está afectando desproporcionadamente a las personas que por su condición histórica de vulnerabilidad, también fueron víctimas del conflicto armado.

Ahora bien, el proceso de construcción de ese derecho penal dispuesto para gestionar adecuadamente la conflictividad presente, debe partir de un proceso complejo de caracterización del fenómeno de macrocriminalidad a lo largo y ancho del país, por lo que a diferencia del abordaje de la criminalidad del conflicto armado, la cual se aproximó con la creencia de estar ante fenómenos insulares, se debe entender que existen fenómenos de criminalidad de sistema, que demandan una aproximación integral (OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO-UNODC, 2012)<sup>135</sup>, respecto de la cual, la acción por parte del sistema de justicia penal, y todos los esfuerzos deben coordinarse hacia la "desarticulación" de las estructuras que constituyen ese tipo de organizaciones que en territorio han ocupado las áreas geográficas y las economías ilegales que detentaban los principales actores del conflicto.

De la identificación de delitos constantes cometidos por las organizaciones criminales, se pueden identificar dos categorías: i) delitos que son estructuralmente "instrumentales" para la vida de los grupos de la delincuencia organizada (tales como participación en un grupo,

---

<sup>134</sup> Pág. 20.

<sup>135</sup> Pág. 37. "La investigación y acusación penal de la delincuencia organizada son las piezas centrales de todo el proceso y el momento neurálgico donde se recolectan y reúnen todas las piezas de información de una manera coherente, para llegar al veredicto final. Es en esta etapa donde se sientan las bases para determinar si un caso se mantiene como un simple caso aislado, o si tiene el potencial para convertirse en una investigación compleja de naturaleza transnacional. Es en esta etapa donde los profesionales deben asegurarse de buscar que la política penal persiga y desmantele a toda la organización o red delictiva y la prive de sus activos ilícitos para evitar actividades delictivas futuras por parte del grupo. Por lo tanto, adoptar el enfoque y la estrategia investigativa adecuada, seguir un plan de investigación estructurado para buscar y recolectar toda la evidencia relevante y establecer las conexiones requeridas entre personas y hechos, es de primordial importancia"



corrupción y blanqueo de dinero) y ii) una abundante cantidad de "delitos finales", que producen beneficio material directo. La segunda categoría incluye: Tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de seres humanos, tráfico de migrantes, tráfico y contrabando de bienes, contrabando, delitos cibernéticos, falsificación, fraude, tráfico de bienes culturales, piratería, crímenes ambientales, delitos financieros y otros delitos contra de la Administración Pública.

No obstante, a esta lista enunciativa de delitos se han venido sumando los llamados "delitos organizados nuevos y emergentes"; los tres tipos más importantes identificados son los delitos ambientales, delitos cibernéticos y el tráfico de bienes culturales. De hecho, un riesgo concreto adicional al que se enfrenta Colombia en materia de macrocriminalidad está fuertemente asociado al posconflicto, en la medida en que las organizaciones criminales se han venido reacomodando geográficamente, con respecto a las economías criminales en territorios de consolidación.

De esa forma, hoy en día han cambiado los referentes de la cuestión criminal en Colombia, que en palabras del profesor (Ferrajoli, Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal, 2013)<sup>136</sup> atentan hoy en día en contra de los derechos de esas poblaciones rurales obedecen a un nuevo paradigma criminológico, esencialmente económico y provisto de un componente ideológico, tal como las primeras guerrillas en el conflicto armado. Esta transformación del paradigma se caracteriza por un crimen organizado, dentro del cual se destaca el terrorismo cuyo rasgo diferenciador ha adquirido un desarrollo transnacional y una importancia y peso financiero sin precedentes, hasta el punto de configurarse como uno de los sectores más florecientes, ramificados y rentables de la economía internacional.

En esa clave, si se transforma la cuestión criminal indefectiblemente debe repensarse la cuestión penal, o en otros términos debe ser repensada críticamente la respuesta punitiva ante el nuevo panorama criminal. Por esta razón la transformación en la respuesta exige la caracterización de las manifestaciones contemporáneas de la criminalidad organizada, de

---

<sup>136</sup> Pág. 39 yss.

forma tal que los recursos dispuestos para la persecución sean inteligentemente destinados a los eslabones precisos para lograr su desarticulación.

Este diagnóstico ha permitido establecer las diferentes y peculiares formas de funcionamiento, no obstante, las organizaciones criminales son percibidas por la sociedad civil como si fueran todas similares, y sin embargo, cada una de ellas ejecuta actualmente sus funciones de manera diferente, manteniendo coordinaciones, estructuras diseños, tareas, eficacias y ocupaciones distintas dependiendo de factores endógenos o exógenos, y de la propia génesis de la organización (López-Muñoz, 2015)<sup>137</sup>.

De hecho, la Fundación Ideas para la Paz en un documento titulado “Economías criminales en clave de postconflicto” (Paz F. I., 2016) identificó cinco dinámicas presentes en medio de la negociación en la Habana, que deben ser tenidas en cuenta al momento de construir herramientas de política criminal, entre ellas la reingeniería que debe tener en cuenta el circuito de persecución criminal en clave de mejoramiento de capacidades de lucha contra el crimen organizado derivado de escenarios de transicionalidad. Las constantes halladas son las siguientes:

- a. Las alianzas entre grupos insurgentes y las facciones criminales,
- b. El reciclaje insurgente (suplantación y transferencia de capacidades de las FARC al ELN o el EPL),
- c. La reactivación del narcotráfico, la expansión de la extracción minera y la diversificación de las economías criminales,
- d. La proliferación de las actividades predatorias, especialmente la extorsión,
- e. Intervenciones del Estado contra eslabones débiles que fortalecen los vínculos de las poblaciones con la economía criminal.

La (Comisión Económica para América Latina y el Caribe-CEPAL, 2005) elaboró un importante estudio de las lecciones del posconflicto en América Latina y el Caribe. Este análisis se concentró en la caracterización del posconflicto en Centroamérica. Este documento estableció que la característica esencial de la violencia posconflicto es la propagación y desarrollo de las economías criminales como agentes criminógenos; por lo

---

<sup>137</sup> Cfr.. Pág. 89.

tanto, es necesario también analizar los vacíos de la democracia que pueden crear este hecho social.

A partir del trabajo de caracterización y diagnóstico de las principales manifestaciones de macrocriminalidad en nuestro hemisferio podemos identificar constantes criminales como el narcotráfico, el terrorismo, el cual debe ser considerado, a todos los efectos, la forma más grave de crimen organizado, por su especial capacidad de desestabilización de coacción y de chantaje a toda una sociedad, por medio del terror. Infortunadamente, en este recorrido por las peores formas de esclavitud humana se destacan los delitos de trata de personas y tráfico de migrantes, cuyo impacto regional afecta a las personas más vulnerables. Respecto de la corrupción hemos ya hecho referencia como la corrupción, la captura y cooptación de Estado, el tráfico de armas, los delitos medio ambientales (como la minería criminal), entre otros muchos que desde la firma del Acuerdo de Paz se han consolidado en las regiones. A nuestro juicio respecto de estos fenómenos es que debe pensarse en primer lugar un derecho penal de posconflicto sin olvidar los desafíos político-criminales que generan la seguridad ciudadana y las finanzas criminales.

Finalmente, esta mirada debe ser crítica y el Estado Colombiano no han conseguido neutralizar las amenazas contra la vida e integridad de líderes sociales, entre otras muchas víctimas. Por lo que a esta hora, mientras se termina de redactar este escrito se están perpetrando delitos cuyas dinámicas son fiel reflejo de los desafíos que la justicia penal tiene por delante si quiere superar de una vez por todas las espirales de violencia que nos han caracterizado en el último segmento de nuestro conflicto armado. Estos nudos críticos se traducen en que no se ha logrado afectar de manera importante los flujos de bienes o servicios ilegales (particularmente, los de estupefacientes y tráfico ilegal las armas), también persisten las estructuras ilegales que han ido tomando formas diferentes como respuesta a las estrategias de persecución policial e interdicción. Asimismo, han florecido negocios ilegales muy rentables (como la minería criminal y el tráfico de personas). En general, las organizaciones criminales han aprendido y han mutado a estructuras más difusas y difíciles de identificar. En otras palabras, han sabido adaptarse para evitar la acción represiva del Estado, mientras que las autoridades no han actuado con la misma flexibilidad y agilidad.



## Conclusiones

5.1.1. El análisis de las causas estructurales de los conflictos armados, deben irradiar la posible contribución de los Poderes Judiciales, no solamente la relación coyuntural con la conflictividad, sino las practicas jurisdiccionales que definitivamente aportaron o contribuyeron a escenarios hostiles. En particular, para el caso colombiano debe ser menester entre otras ciencias sociales, de la historiografía y del derecho, la necesaria revisión crítica, más aún cuando transitamos un escenario de justicia transicional, cuya finalidad es superar de una vez por todas el continuo de violencia endémica representativo de nuestros 200 años de vida republicana. El resultado de ese análisis debe favorecer la formulación de unos derroteros que deban servir para la construcción del Derecho Penal de Posconflicto.

5.1.2. El Principio de Legalidad penal es una conquista que ha buscado a lo largo de la historia moderna, de someter el poder punitivo y mantenerlo al margen de la arbitrariedad. Es una garantía que ha surgido posteriormente a complejos y violentos escenarios. Por lo que su afirmación, y no su flexibilización resulta funcional a la superación de los conflictos armados, en sede de juzgamiento de crímenes internacionales, así como en la edificación del tipo de proceso penal que se debe implementar hacia el futuro. La instrumentalización de las garantías judiciales por mas bienintencionada que sea dificulta la construcción de las estructuras de legitimidad que requiere el Poder Judicial para poder gestionar eficazmente la conflictividad propia de la consolidación de un proyecto nacional.

5.1.3. El Derecho Penal de Posconflicto tiene que ser un objeto de estudio, análisis y construcción transversal al proceso de justicia transicional. Los desafíos a los que se enfrenta con de gran calado y amenazan seriamente la vigencia de los DDHH, del modelo democrático y del Estado de Derecho, por lo que es urgente que se pueda repensar integralmente. En ese sentido, consideramos oportuno enfatizar que uno de los temas que

debe ser tratado con prioridad es el robustecimiento del goce efectivo de las garantías procesales, a la par de que se fortalezca el circuito de persecución criminal.

## Recomendaciones

Finalmente, se recomienda sea incorporado el problema aquí tratado como una posible línea investigativa, la cual pueda integrar multidisciplinariamente diversos saberes, con el fin de abordar la finalidad de la justicia de transición y su papel en la construcción de una nueva forma de relacionamiento entre del Derecho Penal y las personas. Una forma que contribuya a ese “nunca más”, a ese “basta ya” del círculo nefasto de procesos de paz, de justicia transicional, de sometimiento, de sujeción, que vuelven a reeditarse cada vez en forma de vidas humanas inocentes cegadas en los campos colombianos. La solución a nuestra espiral eterna de violencia (a ese eterno retorno), no está en las decisiones, ni en los estrados judiciales. Eso es claro. Pero una administración de justicia deficitaria si contribuye a que los conflictos sociales encuentren en la violencia una forma de gestionarse y eso en nuestra opinión es sencillamente inaceptable.





## Bibliografía

- ABRISKETA URIARTE, J. (2012). HITOS DEL DERECHO DE LA GUERRA EN EL SIGLO XX: SE CONSOLIDA Y EVOLUCIONA. *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 45-82. Obtenido de <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18226/DyL-2012-26-abrisketa.pdf?sequence=1>
- ACNUR, O. d. (Septiembre de 2018). *Portal Comité Español de ACNUR*. Obtenido de [https://eacnur.org/blog/los-tres-conflictos-mundiales-del-siglo-xx-tc\\_alt45664n\\_o\\_pstn\\_o\\_pst/](https://eacnur.org/blog/los-tres-conflictos-mundiales-del-siglo-xx-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/)
- Acuña Vizcaya, J., Gómez Serna, J., & Muñoz, J. (2008). *Derecho penal y guerra: Reconstrucción del sistema penal colombiano 1936 1980*. Bogotá: Universiada Nacional de Colombia.
- Alexy , R. (2007). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales .
- Alexy, R. (2000). *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal : La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín* (Vol. 23). Alicante: Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho. Obtenido de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/derecho-injusto-retroactividad-y-principio-de-legalidad-penal--la-doctrina-del-tribunal-constitucional-federal-alemn-sobre-los-homicidios-cometidos-por-los-centinelas-del-muro-de-berln-0/>
- Aller, G. (2006). El Derecho Penal del Enemigo y la Sociedad del Conflicto. En M. Cancio Meliá, & C. Gómez-Jara Diez, *Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión*. (págs. 79-119). Buenos Aires: Euros Editores S.R.L.

- Ambos, K. (1999). *Acerca de la Antijuridicidad de los Disparos Mortales del Muro*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia .
- Ambos, K. (2001). Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional. *Revista Penal*, 5-24. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=196250>
- Americana, C. C. (1787). Constitution of the United States. *Constitution of the United States*. Obtenido de [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#amendments](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments)
- ARENDRT, H. (2001). *Eichmann en Jerusalén*. Barcelona: Editorial Lumen.
- Badel Rueda, M. E. (2008). *La corrupción judicial en Colombia. Una aproximación al mapa de riesgos*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia Corporación Transparencia por Colombia. Obtenido de <https://cej.org.co/wp-content/uploads/2008/03/La-corrupci%C3%B3n-judicial-en-Colombia.-Una-aproximaci%C3%B3n-al-mapa-de-riesgos.pdf>
- Barbero, N. (2012). El principio de legalidad en Derecho Penal Internacional . *Derecho Penal Internacional* , 325-346.
- Beck, U. (1998). *La sociedad de riesgo*. Barcelona: Paidós.
- Berlin, I. (9 de mayo de 1992). Isaiah Berlin: “Éste ha sido un siglo terrible”. (P. e. España, Entrevistador) Madrid, España. Obtenido de [https://elpais.com/cultura/2016/10/26/babelia/1477484219\\_639901.html](https://elpais.com/cultura/2016/10/26/babelia/1477484219_639901.html)
- Blackburn, R. (13 de Marzo de 2021). *British Library / Magna Carta*. Obtenido de Britain's unwritten constitution: <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/britains-unwritten-constitution>
- Bouyssou, N. I., & Machado Pelloni, F. M. (2016). Hábeas Corpus:: contribuciones a la causa del estado de derecho. *Revista Brasileira de Direito Processual Pena*, 111-143. Obtenido de <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/19>
- Breay, C., & Harrison, J. (28 de julio de 2014). *Magna Carta: an introduction*. Obtenido de British Library: <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-an-introduction>
- Britannica, T. E. (30 de octubre de 2021). *Encyclopædia Britannica*. Obtenido de Encyclopædia Britannica: <https://www.britannica.com/topic/ex-post-facto-law>
- Card, C. (2006). El paradigma de la atrocidad: Una teoría del mal. En C. De Gamboa Tapias, *Justicia transicional: teoría y praxis* (págs. 16-55). Bogotá, Colombia:

Universidad del Rosario. Obtenido de [https://books.google.com.co/books?id=0oYQpl7BhvwC&pg=PA16&lpg=PA16&dq=paradigma+de+la+atrocidad:+Una+teor%C3%ADa+del+mal.+En:+justicia+transicional&source=bl&ots=vhMNMBVZnK&sig=RTyvmF\\_dzadBnl\\_S\\_3g8UsVh5\\_I&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjysrmws-3TAhUESCYKHW5SC88Q6A](https://books.google.com.co/books?id=0oYQpl7BhvwC&pg=PA16&lpg=PA16&dq=paradigma+de+la+atrocidad:+Una+teor%C3%ADa+del+mal.+En:+justicia+transicional&source=bl&ots=vhMNMBVZnK&sig=RTyvmF_dzadBnl_S_3g8UsVh5_I&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjysrmws-3TAhUESCYKHW5SC88Q6A)

Centro Nacional de Memoria Histórica. (2013). *¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria de Histórica. Obtenido de <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2016.pdf>

Carpenter, D. (2018). *Magna Carta 1215: its social and political context*. Londres: University of London Press, Institute of Historical Research.

Carvajal Martínez, J., & Guzmán Rincón, A. (2017). AUTORITARISMO Y DEMOCRACIA DE EXCEPCIÓN: EL CONSTITUCIONALISMO DEL ESTADO DE SITIO EN COLOMBIA (1957-1978). *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 63-75. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v20n40/v20n40a05.pdf>

Chubin, S. (1991). Los conflictos del Tercer Mundo: tendencias y perspectivas. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 157-175.

Colombia, I. N. (2017). *Consecuencias del Conflicto Armado en la Salud en Colombia*. Bogotá: Instituto Nacional de Salud de Colombia. Obtenido de <http://www.ins.gov.co/Direcciones/ONS/Informes/9%20Consecuencias%20del%20Conflicto%20Armado%20en%20la%20Salud%20en%20Colombia.pdf>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe-CEPAL. (2005). *Hacia la construcción de lecciones del posconflicto en América Latina y el Caribe. Una mirada a la violencia juvenil en Centroamérica*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe-CEPAL. Obtenido de [https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/6120/S051050\\_es.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/6120/S051050_es.pdf)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos- CIDH. (27 de Enero de 2021). *Comisión Interamericana de Derechos Humanos- CIDH*. Obtenido de Comisión Interamericana de Derechos Humanos- CIDH: <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/015.asp>

Comité Internacional de la Cruz Roja-CICR. (2008). *COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA*. (C. I. ROJA, Ed.) Obtenido de <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>

Congreso de la República de Colombia . (24 de Julio de 2000). Ley 599 de 2000. *Ley 599 de 2000*. Bogotá, D.C., Bogotá, D.C., Colombia: Secretaría Congreso de la República de Colombia .

Congreso de la República de Colombia. (24 de Julio de 2000). Ley 599 de 2000. *Código Penal Colombiano* . Bogotá, D.C, Bogotá, D.C., Colombia: Secretaría Senado de la República .

Congress, L. o. (5 de Septiembre de 2021). *Magna Carta: Muse and Mentor / Interpreting the Rule of Law*. Obtenido de Magna Carta: Muse and Mentor / Interpreting the Rule of Law: <https://www.loc.gov/exhibits/magna-carta-muse-and-mentor/interpreting-the-rule-of-law.html>

Constituyente, A. N. (30 de Octubre de 2021). *Consejo Constitucional Frances*. Obtenido de Consejo Constitucional Frances: [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/espagnol/es\\_ddhc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf)

Corte Suprema de Justicia de Colombia- Sala Plena, EXEQUIBILIDAD DE LOS DECRETOS 1285 Y 1406 DE 1948 SOBRE CONVOCATORIA DE COSEJOS DE GUERRA VERBALES- FACULTADES LEGISLATIVAS DEL GOBIERNO DURANTE LA TURBACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO. (Corte Suprema de Justicia de Colombia- Sala Plena 10 de Agosto de 1948).

Cortes Generales de España. (29 de Diciembre de 1978). Constitución Española. *Constitución Española*. Madrid, Comunidad Autonoma de Madrid, España: Boletín Oficial del Estado-BOE. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Cote Barco, G. (2020). El caracter dialógico del proceso con reconcimiento de responsabilidad ante la Jurisdicción Especial para la Paz: Restos del Derecho Penal en Contextos de Justicia Transicional. *Vniversitas*.

Cross-ICRC, I. C. (1999). *The People on War Report ICRC worldwide consultation on the rules of war*. Ginebra: International Committee of the Red Cross-ICRC. Obtenido de <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/globalreport.pdf>

De Andrés Sanz, J. (2002). Actas del III Simposio de Historia Actual. *El golpe de estado de la transición. Las causas, actores, desarrollo y consecuencias del 23F* (págs. 463-482). Logroño: Institutos de Estudios Rojanos.

Deutsche Parlamentarische Rat. (1949 de Mayo de 8). Das Grundgesetz (GG). *Das Grundgesetz (GG)*. Bonn, Deutschland. Obtenido de <https://www.bundestag.de/gg>

Deutschland, A. K. (31 de Enero de 1946). Gesetz Nr. 10 des Alliierten Kontrollrates in Deutschland. *Gesetz Nr. 10 des Alliierten Kontrollrates in Deutschland*. 1946,

- Berlin, Alemania: Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland, Berlin. Obtenido de [https://www.1000dokumente.de/pdf/dok\\_0229\\_kri\\_de.pdf](https://www.1000dokumente.de/pdf/dok_0229_kri_de.pdf)
- Dirección General de Apoyo a Víctimas del Terrorismo. Ministerio del Interior de España. (31 de Octubre de 2021). *Página principal de la Presidencia del Gobierno Español*. Obtenido de *Página principal de la Presidencia del Gobierno Español*: <https://www.lamoncloa.gob.es/Paginas/index.aspx>
- Djalili , M.-R. (1991). Análisis de los conflictos en el Tercer Mundo: Elementos de una tipología. *Revista Internaiconal de Ciencias Sociales. Estudios de conflictos internacionales*, 175-185.
- Dwork, D., & Jan van Pelt, R. (2004). *Holocausto: una historia*. Madrid, España: Alga Ediciones.
- Eco, U. (2013). *Construir al enemigo*. Bogotá, D.C.: Random House Mondadori, S.A.
- Fajardo Montaña, D. (2014). *ESTUDIO SOBRE LOS ORÍGENES DEL CONFLICTO SOCIAL ARMADO, RAZONES DE SU PERSISTENCIA Y SUS EFECTOS MÁS PROFUNDOS*. Bogotá, Colombia: Espacio Crítico. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33442.pdf>
- Ferrajoli, L. (2006). Criminalidad y globalización. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 301-316. Obtenido de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3876/4863>
- Ferrajoli, L. (2013). *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Ferrajoli, L. (2013). Garantías y derecho penal. En L. Ferrajoli, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal* (págs. 347-357). Buenos Aires: Hammurabi.
- Fletcher v. Peck - 10 U.S., (6 Cranch) 87 (United States Supreme Court Febrero de 1810). Obtenido de <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/10/87>
- Fondo de Solidaridad con los Jueces Colombianos - FASOL -. (2017). *MEMORIAS DEL ENCUENTRO: DESAFÍOS DE LA RAMA JUDICIAL EN EL ESCENARIO DE POS-ACUERDO*. Bogotá: Fondo de Solidaridad con los Jueces Colombianos - FASOL - . Obtenido de <https://corpofasol.org/download/desafios-administracion-justicia-posacuerdo/>
- Fordham University. (29 de Agosto de 2021). *Fordham University*. Obtenido de Fordham University: <https://sourcebooks.fordham.edu/source/hcoronation.asp>

- Garay Salamanca, L., Salcedo-Albarán, E., De León-Beltrán, I., & Guerrero, B. (2008). *La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia*. Bogotá: Grupo Método, Transparencia por Colombia, Fundación AVINA. Obtenido de [https://moe.org.co/home/doc/moe\\_mre/CD/Otros%20mapas%20y%20documentos/Captura%20y%20Reconfiguraci%F3n%20Cooptada%20del%20Estado%20Colombiano.pdf](https://moe.org.co/home/doc/moe_mre/CD/Otros%20mapas%20y%20documentos/Captura%20y%20Reconfiguraci%F3n%20Cooptada%20del%20Estado%20Colombiano.pdf)
- García Amado, J. (1991). Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho. *Anuario de filosofía del derecho*, 341-364. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142197>
- García Márquez, G. (8 de Diciembre de 1982). «La soledad de América Latina» – Discurso de aceptación de Gabriel García Márquez del Premio Nobel 1982. «*La soledad de América Latina*» – *Discurso de aceptación de Gabriel García Márquez del Premio Nobel 1982*. Estocolomo, Suecia. Obtenido de <https://www.cultura.gob.cl/agendacultural/la-soledad-de-america-latina-gabriel-garcia-marquez/>
- García Pérez, J. (2008). Norba. Revista de Historia, ISSN 0213-375X, Vol. 21, 2008, 89-115 EL FENÓMENO DE LA GUERRA EN EL SIGLO XX. UNA APROXIMACIÓN A LA DINÁMICA, GEOGRAFÍA, MODOS OPERATORIOS Y NATURALEZA DE LOS CONFLICTOS ARMADOS. *Norba Revista de historia*, 21, 89-115. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3209773.pdf>
- García Villegas, M., Torres Echeverry, N., Revelo Rebolledo, J., Espinosa Restrepo, J., & Duarte Mayorga, N. (2016). *Los territorios de la paz. La construcción del Estado local en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Obtenido de <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/03/Los-territorios-de-la-paz-la-construcci%C3%B3n-del-Estado-local-en-Colombia.pdf>
- Gayraud, J.-F. (2007). *El G 9 de las mafias en el mundo. Geopolítica del crimen organizado*. Barcelona: TENDENCIAS.
- Giraldo Moreno, S. J., J. (2015). *APORTES SOBRE EL ORIGEN DEL CONFLICTO ARAMDO EN COLOMBIA, SU PERSISTENCIA Y SUS IMPACTOS*. Medellín: Universidad de Antioquia. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33457.pdf>
- Glaser, S. (1942). Nullum Crimen Sine Lege. *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 29-37. Obtenido de [https://www-jstor-org.ezproxy.unal.edu.co/stable/pdf/754902.pdf?ab\\_segments=0%252Fbasic\\_search\\_gsv2%252Fcontrol&refreqid=excelsior%3Af9c187b5b3ea4655f37e24a30d9e9dcd](https://www-jstor-org.ezproxy.unal.edu.co/stable/pdf/754902.pdf?ab_segments=0%252Fbasic_search_gsv2%252Fcontrol&refreqid=excelsior%3Af9c187b5b3ea4655f37e24a30d9e9dcd)

- Global Initiative Against Transnational Organized Crime. (2020). *Crime and contagion. The impact of a pandemic on organized crime*. Geneva: Global Initiative Against Transnational Organized Crime.
- GÓMEZ- JARA, D. C. (2011). *FUNDAMENTOS MODERNOS DE LA CULPABILIDAD EMPRESARIAL*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Gómez-Jara Diez, C. (2011). *FUNDAMENTOS MODERNOS DE LA CULPABILIDAD EMPRESARIAL*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
- GOTI., J. M. (s.f.). Universidad de Palermo. *Igualdad, castigo y confianza*. Inedito.
- Guerrero Peralta, O. (2006). *Garantías y debido proceso en el derecho penal internacional*. (Vol. Colección de Pensamiento Jurídico No.23.). Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría general de la Nación.
- Guzmán Campos, G., Fals Borda, O., & Umañan Luna, E. (1962). *LA VIOLENCIA EN COLOMBIA* (Vol. 1). Bogotá: Distribuidora y Editora Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara S.A.
- Hall, J. (December de 1937). Nulla Poena Sine Lege. *THE YALE LAW JOURNAL*, 165-193. Obtenido de <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3905&context=ylij>
- Histórica, C. N. (2013). *¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica. Obtenido de <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2016.pdf>
- Histórica, C. N. (2014). *Derecho penal y guerra : reflexiones sobre su uso*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica. Obtenido de <https://centrodememoriahistorica.gov.co/wp-content/uploads/2020/02/derecho-penal-y-guerra.pdf>
- Histórica, C. N. (2016). *El derecho a la justicia como garantía de no repetición*. 2016: Centro Nacional de Memoria Histórica. Obtenido de <https://centrodememoriahistorica.gov.co/derecho-a-la-justicia-como-garantia-de-no-repeticion/>
- Hobsbawm, E. (1966). *The Age of Revolution 1789-1948*. New York: VINTAGE BOOKS A Division of Random House, Inc.
- Hobsbawm, E. (1994). *HISTORIA DEL SIGLO XX*. Buenos Aires: Grijalbo Mondadori, S. A.

- Hobsbawm, E. (1998). *Historia del Siglo XX*. Buenos Aires, Argentina: Critica Grijalbo Mondadori Buenos Aires. Obtenido de <https://uhphistoria.files.wordpress.com/2011/02/hobsbawm-historia-del-siglo-xx.pdf>
- Hobsbawm, E. (2002). War and Peace in the 20th Century. *London Review of Books*, 16-18. Obtenido de <https://www.lrb.co.uk/the-paper/v24/n04/eric-hobsbawm/war-and-peace-in-the-20th-century>
- Jakobs, G. (1995). Crímenes del Estado- Ilegalidad en el Estado ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana? *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 445-468. Obtenido de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/crmenes-del-estado--ilegalidad-en-el-estado--penas-para-los-homicidios-en-la-frontera-de-la-ex-repblica-democrtica-alemana-0/>
- Jakobs, G. (2004). *dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Jakobs, G. (2006). ¿Derecho Penal de Enemigo?. Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. En M. Cancio Meliá, & C. Gómez-Jara Díez, *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión* (págs. 93-117). Buenos Aires: Euroeditores S.R.L.
- Jenkins, S. (2018). *A Short history of England*. Londres: Profile books.
- Jescheck, H.-H. (1981). *Trata de Derecho Penal- Parte General*. Barcelona: Bosch.
- Jiménez Jiménez, C. (2009). Aplicación e instrumentalización de la Doctrina de Seguridad Nacional en Colombia (1978-1982): efectos sobre la temática de derechos humanos. *Revista Colección*, 75-105. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3226580>
- L., R. (1936). Die Danziger Strafrechtsreform vor dem Ständigen Internationalen Gerichtshof. *Die Friedens-Warte*, págs. 35-40. Obtenido de <https://www.jstor.org/stable/23798666>
- Lampe, E. J. (2009). Injusto de sistema y sistemas de injusto. En C. Jara- Díez, *Modelos de autoresponsabilidad penal empresarial* (pág. 77). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Lemaitre Ripoll, J. (2007). Fetichismo Legal: Derecho, Violencia y Movimientos Sociales en Colombia. En *Derecho y cultura* (págs. 1-23). Bogotá: Editores Tal Cual.



- Lepore, J. (2015). The Rule of History, Magna Carta, the Bill of Rights, and the hold of time. *The New Yorker*. Obtenido de <https://www.newyorker.com/magazine/2015/04/20/the-rule-of-history>
- Lledó Vázquez, R. (2015). *El principio de legalidad en el derecho penal internacional*. Getafe: Universidad Carlos III.
- López-Muñoz, J. (2015). *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Malamud Goti, J. (2021 de noviembre de 18). *Universidad de Palermo*. Obtenido de Universidad de Palermo: [https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/alumnos\\_docentes/malams.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/alumnos_docentes/malams.pdf).
- Mejía, L. (2013). El debilitamiento del principio de legalidad penal en las decisiones de constitucional de la Corte Constitucional Colombiana. *Nuevo Foro penal*, 107-45. Obtenido de <https://doi.org/10.17230/nfp.8.78.4>
- Museo sitio de Memoria ESMA- Ex centro clandestino de detención, t. y. (Agosto de 2017). *Museo Sitio de Memoria ESMA*. Obtenido de Museo Sitio de Memoria ESMA: <http://www.museositioesma.gob.ar/wp-content/uploads/2019/05/2017-08-Historia-Sin-Olvido-H%C3%A1beas-Corpus-O.pdf>
- Neumann, U. (1995). Positivism jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre <<Delincuencia Estatal>> en la anterior RDA. *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 435-444. Obtenido de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/positivismo-juridico-realismo-juridico-y-moralismo-juridico-en-el-debate-sobre-delincuencia-estatal-en-la-anterior-rda/>
- Nino, C. (2006). *Juicio al Mal Absoluto*. Buenos Aires: Editorial Ariel.
- Nuremberg Military Tribunals. (1949). *Trials of war criminals before the Nuereberg Military Tribunals under Control Council Law N°10*. Núremberg: Nuremberg Military Tribunals. Obtenido de [https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/NT\\_war-criminals\\_Vol-IV.pdf](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-IV.pdf)
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO-UNODC. (2012). *Compendio de casos de delincuencia organizada. Recopilación comentada de casos y experiencias adquiridas*. Viena: OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO-UNODC. Obtenido de [https://www.unodc.org/documents/organized-crime/SpanishDigest\\_Final291012.pdf](https://www.unodc.org/documents/organized-crime/SpanishDigest_Final291012.pdf)

- Osorio Chacón , A. (2020). *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos y de particulares*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Owen, J. (2006). *Nuremberg. El mayor juicio de la historia* . Barcelona: Crítica.
- Parliament, U. (28 de agosto de 2021). *UK Parliament*. Obtenido de UK Parliament: <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/overview/magnacarta/magnacartahow/>
- PAULSON, S. (2019). *LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE GUSTAV RADBRUCH* . MADRID : Marcial Pons.
- Paz, F. I. (2016). *Economías criminales en clave de postconflicto: Tendencias actuales y propuestas para hacerles frente*. Bogotá: Fundación Ideas para la Paz. Obtenido de <http://cdn.ideaspaz.org/media/website/document>
- Paz, J. E. (24 de Octubre de 2021). *Jurisdicción Especial para la Paz*. Obtenido de Jurisdicción Especial para la Paz: <https://www.jep.gov.co/Normativa/Paginas/Acuerdo-Final.aspx>
- Pérez de la Fuente, O. (2010). EL CASO DE LOS TIRADORES DEL MURO DEL BERLÍN. A VUELTAS CON ALGUNOS DEBATES CLÁSICOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL SIGLO XX. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 453-487. Obtenido de <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/download/767/498>
- Piña Rochefort, J. (2010). *Derecho Penal. Fundamentos de la responsabilidad*. Santiago de Chile : Abeledo Perrot.
- Polaino Navarrete , M. (2001). *DERECHO PENAL. Parte General, Tomo I. Fundamentos Científicos del derecho penal*. (Cuarta Edición ed.). Barcelona: Editorial Bosch.
- Prieto-Sanjuán , R., & Sandoval-Mesa, J. (2020). Medidas de excepción previas a la justicia de transición en Colombia y sus efectos de legalidad penal: periodo 1948-1962. *Revista Universitas*, 1-15. Obtenido de [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/69%20\(2020\)/82563265020/82563265020visor\\_jats.pdf](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/69%20(2020)/82563265020/82563265020visor_jats.pdf)
- Reed Hurtado , M. (2008). *Judicialización de crímenes de sistema: análisis y estudios comparados*. Bogotá, D.C.: ICTJ.
- Reed-Hurtado, M. (2008). Breve exploración sobre la función del derecho penal en el proceso de. En M. Reed-Hurtado, *Judicialización de crímenes de sistema: análisis y estudios comparados reconocimiento de las atrocidades perpetradas en el marco de conflictos armados o de represión*. Bogotá, D.C.: El Centro Internacional para la Justicia Transicional es una organización internacional-ICTJ.

- Rodríguez Rodríguez, C. (2010). ¿Conflicto armado interno en Colombia? más allá de la guerra de las palabras. *Magistro*, 111-125. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3714357>
- ROIG., M. C. (2005). Los Crímenes Contra La Humanidad En El Caso Scilingo. *REVISTA ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS INTERNACIONALES*, 1-13. Obtenido de <http://www.reei.org/index.php/revista/num10/articulos/crimenes-contra-humanidad-caso-scilingo>
- Romeike, S. (2016). *La justicia transicional en Alemania después de 1945 y después de 1989*. Núremberg: La Academia Internacional de los Principios de Núremberg. Obtenido de [https://www.nurembergacademy.org/fileadmin/media/pdf/publications/Justicia\\_transicional\\_en\\_Alemania.pdf](https://www.nurembergacademy.org/fileadmin/media/pdf/publications/Justicia_transicional_en_Alemania.pdf)
- Roxin, C. (1997). *DERECHO PENAL. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito.* . Madrid: EDITORIAL CTIVITAS, S. A.
- Roxin, C. (2016). *Autoría y Dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Ruiz López, C. E. (2018). Estudio Introductorio. El Desafío de combatir la corrupción privada en la sociedad de riesgo. En J. C. Henao Pérez, & C. E. Ruiz López, *Corrupción en Colombia* (pág. 28). Bogotá D. C. : Universidad Externado de Colombia.
- Ruíz Robledo, A. (1997). El Principio de Legalidad en la historia constitucional española. *Revista de Derecho Político*,, 137-169.
- Saborit, F. (2000). *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código penal*. Barcelona: Atelier.
- Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia , Proceso n°33039 (Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia 16 de Diciembre de 2010).
- Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia , SP744-2016 Radicación N° 44462 (Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia 27 de Enero de 2016).
- Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Proceso n.º 33118 (Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia 14 de marzo de 2011).
- Sentencia C 370 de 2006, Sentencia C 370 de 2006 (Corte Constitucional de Colombia 18 de mayo de 2006).
- Sentencia C-007/18, Sentencia C-007/18 (Corte Suprema de Justicia 1 de marzo de 2018). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-007-18.htm>

- Sentencia C-080/18, Sentencia C-080/18 (Corte Constitucional 15 de agosto de 2018).  
Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/c-080-18.htm>
- Sentencia C-710/01, Sentencia C-710/01 (Corte Constitucional 5 de Julio de 2001).  
Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-710-01.htm>
- Sentencia de la Corte Constitucional C 370 de 2006 , Sentencia de la Corte Constitucional  
C 370 de 2006 (Corte Constitucional de Colombia 18 de mayo de 2006).
- Silva Sánchez, J. (2015). *En busca del Derecho Penal*. Buenos Aires: Euros Editores  
S.R.L.
- Silva Sánchez, J. (2019). No sólo bienes jurídicos. *Indret Penal*, 1. Obtenido de  
<https://indret.com/no-solo-bienes-juridicos-2/>
- Tébar Rubio-Manzanares, I. (2015). *La Representación del Enemigo en el Derecho penal  
del Primer Franquismo (1938-1944)*. Alicante: Universidad de Alicante. Obtenido de  
[https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/55425/1/tesis\\_tebar\\_rubio-  
manzanares.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/55425/1/tesis_tebar_rubio-manzanares.pdf)
- Teitel, R. (2017). *Justicia Transicional* . Bogotá: Universidad Externado de Colombia .
- The International Court of Justice. (2018). *Nuremberg Trial Archives*. La Haya: The  
International Court of Justice. Obtenido de [https://www.icj-cij.org/public/files/library-  
of-the-court/library-of-the-court-en.pdf](https://www.icj-cij.org/public/files/library-of-the-court/library-of-the-court-en.pdf)
- THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION. (1948). *Law Reports of Trials of war  
criminals*. Londres: THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION. Obtenido  
de [https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/Law-Reports\\_Vol-4.pdf](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-4.pdf)
- Unidas-UN, O. d. (20 de Julio de 2021). *Sitio Oficial Organización de las Naciones Unidas-  
UN*. Obtenido de Sitio Oficial Organización de las Naciones Unidas-UN:  
<https://www.un.org/ruleoflaw/es/rule-of-law-and-peace-and-security/>
- UNODC. (2015). *Tipologías de Corrupción*. Bogotá: UNODC.
- UNODC Sección contra la Trata de Personas y el Tráfico de Migrantes (HTMSS). (2021).  
*Informe situacional Colombia. Reporte sobre la relación entre los flujos migratorios  
mixtos provenientes de venezuela y la trata de personas en Colombia*. Bogotá,  
D.C.: UNODC Sección contra la Trata de Personas y el Tráfico de Migrantes  
(HTMSS).
- Uprimny , R., & Saffon, M. (2009). Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y  
profundización democrática. En J. y. Centro Internacional para la Justicia  
Transicional (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, *Reparar en Colombia: los*

*dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión* (págs. 31-71). Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia). Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25595.pdf>

Vassalli, G. (2014). *Fórmula de Radbruch y derecho penal*. Bogotá, D.C.: Temis.

Velásquez Velásquez, F. (1986). El principio de legalidad juridicopenal. *Nuevo Foro Penal*, 252-269. Obtenido de <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/4301/3554/0>

Versalles, T. d. (28 de Junio de 1919). Tratado de Versalles. *TREATY OF PEACE WITH GERMANY (TREATY OF VERSALLES)*. París. Obtenido de <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0043.pdf>

Werle, G. (2012). *Pasado, presente y futuro del tratamiento jurídico-penal de los crímenes internacionales*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Winks, R. (2000). *Historia de la Civilización* (Vol. II). México: Pearson Educación.

Zolo, D. (2006). *La justicia de vencedores. De Nuremberg a Bagdad*. Madrid: Editorial Trotta.