

43

SERIE
DOCUMENTOS DE TRABAJO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**Sobre la Justificación de la Pena en
Contextos de Justicia Transicional**

Diego González Medina

SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus documentos de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación del Departamento, así como las ideas de sus docentes y de los profesores y estudiantes invitados. Esta serie reúne trabajos de cinco importantes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociología jurídica, la teoría y filosofía jurídica,

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento o la Universidad.

Los documentos de trabajo están disponibles en www.icrp.uexternado.edu.co/

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 43
***Sobre la Justificación de la Pena en Contextos de Justicia
Transicional***

Diego González Medina

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del autor y la editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la editora y la editorial.

© 2015, Departamento de Derecho Constitucional,
Universidad Externado de Colombia.
Paola Andrea Acosta, Editora
Calle 12 n.º 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá, Colombia
www.icrp.uexternado.edu.co/

Presentación

Los *Documentos de Trabajo* son un espacio para la reflexión y el debate. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

En esta colección se sumarán cinco grandes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y filosofía del derecho. Además, de poner a prueba nuestras ideas, el cometido principal de esta publicación es aportar a los debates actuales, tanto aquellos que se viven en la academia como los que resultan de la cada vez más compleja realidad nacional e internacional.

Esta publicación está abierta a todos los miembros de nuestra Casa de Estudios, profesores y estudiantes, así como a quienes nos visitan. Esperamos contar con el aporte de todos aquellos interesados en la construcción de academia.

MAGDALENA CORREA HENAO
*Directora del Departamento
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.
Editora

Sobre la Justificación de la Pena en Contextos de Justicia Transicional

1. Dentro de una *concepción holística de la justicia transicional*, tradicionalmente se ha entendido que resulta necesario y altamente aconsejable implementar distintos mecanismos para lograr una transición efectiva, entre los cuales se encuentran *el diseño e implementación de juicios penales y la imposición de sanciones*. En este contexto, el presente documento se propone simplemente explorar cuáles son las razones que justifican la pena en escenarios transicionales. Para tal efecto, se explorarán tres grupos de razones que justifican la pena en dichos escenarios, a saber: *morales, legales y de conveniencia*. Tal como se demostrará líneas adelante, dichas razones se ofrecen como *justificación suficiente* para la imposición de *penas privativas de la libertad* para los *máximos responsables* de los *delitos más graves cometidos durante el conflicto*.
2. La primera parte de este documento se ocupa de la *justificación moral* de la pena en escenarios transicionales, es decir, de aquellas razones derivadas del principio de justicia retributiva y otros imperativos morales. La segunda parte tiene por objeto auscultar la *justificación legal*, es decir, las razones que se desprenden del ordenamiento jurídico positivo (*principalmente internacional*) para fundamentar la necesidad de penas privativas de la libertad en escenarios transicionales. Finalmente, la tercera parte del presente escrito analizará las *justificaciones de conveniencia*, es decir, aquellas razones de orden práctico que justifican la pena privativa de la libertad para efectos de satisfacer las necesidades y objetivos generales de la transición.

* Docente e investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Abogado y Magister en Derecho de la responsabilidad contractual y extracontractual, civil y del Estado, de la Universidad Externado de Colombia; Se ha desempeñado como asesor del proyecto de apoyo al proceso de paz de la Agencia Alemana de Cooperación GIZ. En calidad de becario Fulbright, obtuvo su título de Magister en Derecho de la Universidad de California, Berkeley. Adicionalmente, Diego ejerce como abogado litigante y consultor. Contacto: diego.gonzalez@uexternado.edu.co.

I. JUSTIFICACIÓN MORAL DE LA PENA EN ESCENARIOS TRANSICIONALES

3. La justificación moral de la pena privativa en escenarios transicionales para los máximos responsables de los delitos más graves cometidos durante el conflicto se funda especialmente en el (i) *principio de justicia retributiva*, (ii) *en el imperativo moral de reconocer el dolor y sufrimiento de las víctimas*, y, finalmente, (iii) *en el deber ético de expresar el rechazo de los delitos cometidos y reafirmar la vigencia del orden moral alterado*. Veamos.
4. La primera justificación moral de la pena privativa de la libertad en escenarios transicionales se edifica a partir del *principio de justicia retributiva*. A la luz de dicho principio, es imperativo castigar a quienes cometieron delitos, en tanto éstos sujetos merecen *moralmente* ser sancionados de manera *proporcional* al crimen cometido¹. En otros términos, *John Rawls* señala que “*es moralmente apropiado que quien causó un daño o cometió un delito sufra en proporción a su culpa*”². Así, a partir de un enfoque meramente retributivo, la pena tiene una naturaleza *backward-looking* en tanto su única función es castigar por el delito cometido, sin importar si la sanción tendrá efectos en el futuro³.
5. Dicha justificación retributiva de los fines de la pena tiene sus orígenes en la ley del talión y su principal exponente ha sido *Immanuel Kant*⁴, para quien la pena se justificaba únicamente en la culpabilidad del delincuente en la comisión de un crimen⁵. En el caso de escenarios transicionales, autores como *Diane Orentlicher*⁶, y

¹ Retributive Justice. Stanford Encyclopedia of Philosophy. June 18, 2014.

² JOHN RAWLS, Two Concepts of Rules, 1 Philosophical Rev. 3, 4-5 (1955)

³ CARLOS S. NINO, *The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina*, 100 YALE L.J. 2619, 2620 (1991). See generally *Principled Sentencing: Readings On Theory & Policy* (Andrew von Hirsch & Andrew Ashworth eds., 2d ed. 1998); *Contemporary Punishment: Views, Explanations, And Justifications* (Rudolph Gerber & Patrick McAnany eds., 1972).

⁴ DON E. SCHEID, Kant's Retributionism, *Ethics* Vol. 93 No. 2 (1983), 262-282.

⁵ Id.

⁶ DIANE ORENTLICHER, That Someone Guilty Be Punished, ICTJ, 2010. P. 35. *Cfr. Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, Case No. IT-00-39-A, Appeal Judgment, 775 (Mar. 17, 2009) “*It is well established that, at the Tribunal and at the ICTR, retribution and deterrence are the main objectives of sentencing.*” See also *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgment, 900 (July 31, 2003); *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No.: IT-95-14/1-A, Appeal Judgment 185 (Mar. 24, 2000).

*Alexander Greenawalt*⁷ consideran que la pena cumple, entre otras, una finalidad retributiva a la cual se le describe usualmente en el discurso de la justicia transicional “*en términos de lucha contra la impunidad o llevar a los responsables ante la justicia*”⁸.

6. A su vez, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha reconocido explícitamente que los más graves crímenes “*merecen sanción por consideraciones morales y elementales razones de justicia*”⁹. En este mismo sentido, *Ralf Wütenberg* señala que ante graves violaciones a los derechos humanos, “*el gobierno tiene el deber moral de sancionar a quienes han perpetrado violaciones a derechos humanos, en tanto es una deuda con las víctimas y sus familias*”¹⁰. En últimas, tal como lo señalan *Antonio Cassese* y *Diane Orentlicher*, la pena tiene por propósito fundamental “*hacer justicia*”¹¹, es decir, “*sancionar a quien sea culpable*” (*that someone guilty be punished*)¹².
7. La segunda justificación moral de la pena privativa de la libertad en escenarios transicionales es el *imperativo moral de reconocer el sufrimiento del dolor y sufrimiento de las víctimas*. En efecto, en el marco de la justicia transicional, la pena cumple, entre otras, una especial función expresiva en tanto constituye un reconocimiento del “*dolor y el sufrimiento de las víctimas al sancionar a los responsables de dicho sufrimiento*”¹³. En otros términos, en este tipo de escenarios, la pena también representa *una expresión solidaria y colectiva del*

⁷ ALEXANDER GREENAWALT, *International Criminal Law for Retributivists*, 35 J. Int'l L. 960 (2014)

⁸ MIRIAM J. AUKERMAN, *Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice*, 15 Harv. Hum. Rts. J. 39 (2002).

⁹ UN. Security Council. A/53/850 S/1999/231 16 March 1999

¹⁰ RALF WÜTENBERG, *Reconciliation as a Political Option? Different Ways of Dealing with the Past - The Case of South Africa* in Marin Leiner, Maria Palme and Peggy Stöckner (Eds.), *Societies in Transition. Sub-Saharan Africa between conflict and Reconciliation* (2014) 136

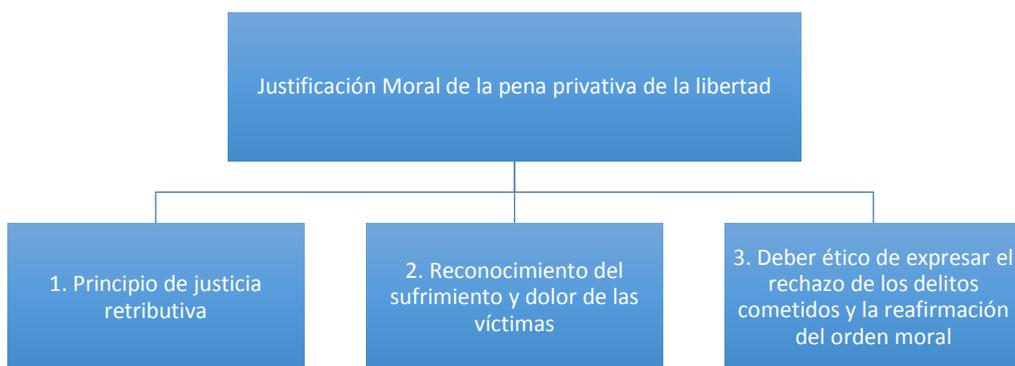
¹¹ ANTONIO CASSESE. Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991, UN Doc. A/49/342-S/1994/1007, 11 (Aug. 29, 1994).

¹² *Ob. Cit.* 6 P. 34.

¹³ RODRIGO UPRIMNY, Luz María Sánchez y Nelson Camilo Sánchez. *Justicia para la Paz. Crímenes Atroces, Derecho a la Justicia y Paz Negociada*. Dejusticia, 2013. P. 110.

sentimiento de repudio por el sufrimiento de las víctimas, así como de reconocimiento y redención de su dolor¹⁴.

8. Finalmente, la tercera justificación moral de la pena privativa de la libertad se edifica a partir del *deber ético de expresar el rechazo de los delitos cometidos y reafirmar la vigencia del orden moral alterado*¹⁵. Conforme a la denominada *teoría expresiva de la pena*, ésta tiene como propósito *expresar o comunicar* que el individuo mereció una condena tras cometer un delito¹⁶ para efectos de promover la solidaridad social¹⁷. En este sentido, Durkheim señala que “*la verdadera función de la pena es mantener la cohesión social*” alterada por el crimen¹⁸. Dado que los delitos violan el *código moral* de una sociedad, la pena corrige los efectos “*desmoralizadores*” del crimen, en tanto configura una reacción de la sociedad que *reafirma la vigencia del orden moral alterado*¹⁹. Así, la pena es una expresión solidaria y colectiva del “*sentimiento generado por el comportamiento desaprobado*”²⁰.



¹⁴ ARYEH NEIER cited by DIANE F. ORENTLICHER, *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*. The Yale Law Journal, Vol. 100, No. 8, Symposium: International Law (Jun., 1991), pp. 2537-2615. *Ob. Cit.* 4. P. 2544.

¹⁵ *Cfr.* ROBERT D. SLOANE, *The Expressive Capacity of International Punishment: The Limits of the National Law Analogy and the Potential of International Criminal Law*, 43 STAN. J. INT'L L. 39, 50 (2007)

¹⁶ CHRISTOPHER BENNETT, *Expressive Punishment and Political Authority*. Ohio State Journal of Criminal Law. Vol. 8:285. Bliz Kenworthey, *Testing the Expressive Theory of Punishment*, University of Illinois College of Law. April 17, 2014. P. 287.

¹⁷ PATRICK DEVLIN, *The Enforcement of Morals* (1965) Emile Durkheim, *The Division of Labour in Society* (1984)

¹⁸ DAVID GARLAND, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory* (1990)

¹⁹ *Id.* 42.

²⁰ *Id.* 28.

II. JUSTIFICACIÓN LEGAL DE LA PENA EN ESCENARIOS TRANSICIONALES

9. La justificación legal de la pena privativa de la libertad en escenarios transicionales para los máximos responsables de los delitos más graves cometidos durante el conflicto se funda especialmente en (i) *la prohibición de impunidad*, (ii) *la garantía de no repetición*, y, (iii) *la reafirmación del Estado de Derecho*. Veamos.
10. El *principio de la no impunidad* constituye la principal justificación de las penas privativas de la libertad en escenarios transicionales. Dicho principio se deriva de la obligación de los Estados de investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario, especialmente los crímenes internacionales de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra²¹. Así, la impunidad consiste en “*la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana*”²².
11. La obligación de investigación, juzgamiento y sanción se desprende de tratados internacionales que proscriben tales crímenes y, en algunos casos, establecen mecanismos para su persecución²³, así como de abundantes instrumentos de *soft law*²⁴, la jurisprudencia de

²¹ PARRA VERA, OSCAR. “*La Jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la Lucha contra la Impunidad: algunos avances y debates*” Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Noviembre de 2012.

²² Corte IDH. Caso Paniagua Morales y otros contra Guatemala. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Par. 89. Cfr. Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Sentencia de 29 de Julio de 1998. Caso Castillo Páez Contra Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Caso Niños de la Calle. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

²³ *Convención para la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio*, adoptada por la Resolución 260 (III) A de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948. *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad*, aprobada por la Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas, 1968. *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes*, adoptada por la Resolución 39/46 de la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobada el 10 de diciembre de 1984. *Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, 38Doc. A/RES/47/133, aprobado por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1992.

²⁴ Ver, entre otros, L. JOINET, 1997: Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 49° periodo de sesiones, Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political). Revised final report prepared by Mr. L. Joinet pursuant to Sub-Commission decision 1996/119, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev. 1; D. Orentlicher, 2004, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 60° periodo de sesiones, Independent Study on best Practices, including Recommendations, to assist States in Strengthening their Domestic

los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos²⁵, “y sobre todo de la creación de tribunales especiales para juzgar esa clase de crímenes, en particular, cuando se comentan en situaciones de guerra”²⁶. Dicha obligación también se deriva de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos²⁷, del derecho de acceso a un recurso efectivo²⁸ y, en general, del derecho de las víctimas a la justicia²⁹.

12. Los Tribunales Penales Internacionales para Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR), así como la Corte Especial para Sierra Leona (CESL) han reconocido de manera generalizada que la pena cumple especialmente *una función retributiva*³⁰. En efecto, el TPIY ha establecido que “*como una forma de retribución, la pena deberá ser proporcional a la gravedad de los crímenes*”³¹. Por su parte, el TPIR ha señalado que las penas impuestas están fundadas en la retribución para efectos de que “*el perpetrador vea que sus crímenes han sido*

Capacity to combat all Aspects of Impunity, Doc. E/ CN.4 / 2004/88, y T. van Boven y M.C. Bassiouni, 2004, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 60º periodo de sesiones, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, Doc. E/ CN.4/2004/57.

²⁵ Ver, entre otros, Corte IDH. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 123; Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No.5, párr.188; y Caso Velázquez Rodríguez, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No.4, párr. 177. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 118.

²⁶ MORTEN BERGSMO Y MARÍA PAULA SAFFON, *Perspectiva internacional, Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿Cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales nucleares?* En *Selección y Priorización Como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*. Profis. GIZ. Bogotá, 2011. P. 23.

²⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), artículo 2.1., y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), artículo 1.1., entre otras disposiciones.

²⁸ Artículos 2.3 del PIDCP y 25 de la CADH.

²⁹ SLYE RONALD C. The Legitimacy of Amnesties under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible? 43 Va. J. Int’L. 173. P

³⁰ GORAN SLUITER, HAKAN FRIMAN, SUZANNA LINTON, SALVATORE ZAPPALA AND SERGEY VASILIEV, *International Criminal Procedure. Rules and Principles*. Oxford. (2013) P. 59. Cfr. Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge P. 396. “As primary purposes for sentencing, the ICTY and ICTR have consistently emphasized retribution and general deterrence, although retribution appears to be considered most important”

³¹ ICTY. *Prosecutor v. Miodrag Jokić*. Sentencing Judgment. March 18th, 2004. IT-01-42/1-S. Par. 31.

sancionados”³². Y, finalmente, la CESL señaló que la pena es un expresión de la retribución entendida como una “*objetiva, razonada y mesurada determinación de la sanción apropiada que refleje la culpabilidad moral del criminal*”³³.

13. Ahora bien, la obligación de investigación, juzgamiento y sanción *debe ser ponderada* con la necesidad de solucionar efectivamente el conflicto armado en vez de mantener o provocar violencia en el futuro³⁴. En este sentido, lo cierto es que la imposición de penas a los máximos responsables de los más graves delitos, justificada en la prohibición de impunidad, puede y debe ser armonizada con modelos de amnistía condicionales aplicables “*sólo a los miembros menos responsables de los grupos o fuerzas armadas o aquellos que tengan la menor responsabilidad por la perpetración de los crímenes internacionales*”³⁵.
14. En segundo lugar, *la reafirmación del Estado de Derecho*, del respeto a la ley, a la Constitución y al derecho internacional, justifica la imposición de penas privativas de la libertad en escenarios transicionales. Si bien la finalidad de *rehabilitación del individuo* no ha sido considerada tan relevante en escenarios de justicia transicional, varios autores consideran que la pena sí cumple una finalidad de *rehabilitación de la sociedad, el Estado de derecho y la democracia*³⁶. Al respecto, Uprimny señala que la condena y sanción de ciertos responsables contribuye a “*reconstruir la sociedad sobre la base del respeto de los derechos*”³⁷. Por su parte, el Tribunal Militar Internacional de Núremberg estableció que “*únicamente a través de*

³² ICTR. *Prosecutor v. Musema*. ICTR-96-13-A. Trial Chamber, Judgment and Sentence, Jan. 27, 2000. Par. 986.

³³ SCSL. *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*. SCSL-04-14-T. Trial Chamber I. 9th October 2007. Par. 27.

³⁴ Intervención ciudadana presentada por DeJusticia en el proceso de Marco Jurídico para la Paz. 4 de marzo de 2011.

³⁵ NAQVI YASMIN. *Amnesty for War Crimes: Defining the limits of international recognition*. RICR. 2003. P. 604. Cfr. ORENTLICHER Diane. *Setting Accounts the Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, The Yale Law Journal. Vol. 100. No. 8. Symposium: International Law. 2009. Cfr. GAVRON J. *Amnesties in the light of developments in international law and the established of the International Criminal Court*. International and Comparative Law Quarterly. Vol. 51. Pt. 1. P. 111.

³⁶ *Id.* P. 2543.

³⁷ *Ob. Cit.* 13, P. 113.

*la sanción a los individuos que cometieron tales crímenes se puede garantizar el derecho internacional*³⁸.

15. A su vez, el TPIY y la CESL han establecido que “*uno de los principales propósitos de la pena (...) es influenciar la consciencia jurídica del acusado, de las víctimas sobrevivientes, sus familiares, los testigos y el público en general y enseñar que el sistema legal se implementa y se garantiza (...) y que las leyes globalmente aceptadas tienen que ser asentadas por todos los individuos*”³⁹. Así, la pena propicia que se “*internalicen éstas leyes y reglas en las mentes de los legisladores y del público en general*”⁴⁰
16. La tercera justificación legal de la pena privativa de la libertad en escenarios transicionales se deriva de *la garantía de no repetición*. En este sentido, Orentlicher señala que “*el fulcro de la sanción penal consiste en que ésta es la más efectiva garantía de prevención*”⁴¹. Por su parte, *Cherif Bassuani* señala que la relevancia de la persecución penal y la pena se deriva de que a partir de su “*efectiva aplicación se previenen futuras victimizaciones*”⁴². Adicionalmente, se ha señalado que el efecto disuasivo de la pena sirve de justificación para la implementación de investigaciones selectivas⁴³, así como, de la inserción de argumentos de tipo costo-beneficio para decidir si se adelanta o no una investigación⁴⁴.

³⁸ International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences, October 1, 1946, reprinted in 51 AJIL 172-333 (1947). P. 221.

³⁹ ICTY. *Prosecutor v. Dragan Nikolic*. Judgment. Trial Chamber. 18 December 2003. Par. 139. SCSL. *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*. *Ob. Cit.* 26. Par. 30.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Ob. Cit.* 34. P. 2542.

⁴² M. CHERIF BASSIOUNI, *Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability*, 59 Law & Contemp. Probs. 9, 20-22. (1996). P. 18.

⁴³ *Ob. Cito.* 34. P. 2601.

⁴⁴ *Ob. Cit.* 34.



III. JUSTIFICACIÓN DE CONVENIENCIA DE LA PENA EN ESCENARIOS TRANSICIONALES

17. La pena privativa de la libertad de los máximos responsables de delitos graves se justifica en razones de conveniencia particulares en el marco de escenarios de justicia transicional. Dichas razones de conveniencia son: (i) *garantizar la mayor aceptación de la paz negociada y la estabilidad de la misma*, (ii) *restablecimiento de la confianza de la sociedad en el Estado de Derecho*, (iii) *desincentivar la comisión de los delitos graves y fomentar la resocialización*. Veamos.
18. La imposición de penas privativas de la libertad contribuye a *lograr mayores niveles de aceptación de la paz negociada y la estabilidad de la misma*. En efecto, la imposición de penas a los máximos responsables de los delitos más graves marca la diferencia entre una paz negociada aceptable con respeto a los derechos de las víctimas y una paz negociada reprochable contentiva de un sacrificio insoportable del derecho a la justicia a favor de la paz. Asimismo la imposición de penas privativas de la libertad desincentiva la venganza particular y, en este sentido, previene la perpetuación de la violencia. Al respecto, Uprimny señala que *“la condena efectiva de ciertos responsables adquiere una relevancia particular de cara al propósito de lograr una paz estable y promover la reconciliación (...)”*⁴⁵

⁴⁵ Ob. Cit. 13.

Igualmente, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha establecido que la pena “*contribuye a la restauración y al mantenimiento de la paz*”⁴⁶.

19. La tercera razón de conveniencia de la pena privativa de la libertad en escenarios transicionales es el *restablecimiento de la confianza de la sociedad en el Estado de Derecho*. En escenarios de justicia transicional, algunas instancias internacionales han reconocido que la pena cumple una función expresiva de reafirmación del orden internacional vulnerado y, consecuentemente, restablecimiento de la confianza de los individuos en la vigencia y efectividad del Estado de Derecho. El TPIY y el TPIR han señalado que la pena “*expresa la condena de la comunidad internacional frente al comportamiento en cuestión y muestra que la comunidad internacional no estuvo dispuesta a tolerar serias violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos*.”⁴⁷ Asimismo, en el caso de la CESL, la Cámara de Apelaciones ha “*justificado sus condenas en la necesidad de enviar un fuerte mensaje sobre la reafirmación de la normatividad internacional*”⁴⁸.
20. Finalmente, la pena privativa de la libertad se justifica en tanto constituye una herramienta conveniente para efectos de *desincentivar la comisión de tales delitos graves*⁴⁹ y *fomenta la resocialización*. Tal justificación coincide con las finalidades de prevención negativa, general y especial. Al respecto, el TPIY ha establecido que la pena no sólo se funda en el principio “*punitur quia peccatur (el individuo debe ser sancionado porque quebrantó el derecho) sino también en el*

⁴⁶ UN SC Res. 827 (1993) on establishing an international tribunal for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia.

⁴⁷ ICTY. *Prosecutor v. Aleksovski*. Ob. Cit. 19. Par. 185. *Prosecutor v. Erdemovic*. Sentencing Judgement, 24 December 1996. Pars. 64-65. *Prosecutor v. Kamband*. Ob. Cit. 41. Par. 28.

⁴⁸ CHARLES CHENOR JALLOH, *The Sierra Leona Special Court and Its Legacy. The Impact for Africa and International Criminal Law*. Cambridge (2014) P. 375. Cfr. SCSL. *Prosecutor v. CDF*. Appeals. Par. 530-533. See also, Par. 561. “*The Appeals Chamber re-emphasizes that it is an international court with responsibility to protect and promote the norms and values of the international community, expressed not only as part of customary international law but also, in several international instruments.*”

⁴⁹ MARGARET M. DE GUZMÁN. *Chosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court*. Michigan Journal of International Law. 2012. P. 300. Cfr. Deirdre Golash, *The Justification of Punishment in the International Context*, in INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND PHILOSOPHY 201, 202 (Larry May & Zachary Hoskinseds., 2010);

*principio punitur ne peccatur (el individuo debe ser sancionado para que ni él ni otros quebranten el ordenamiento en el futuro)*⁵⁰. En igual sentido, el TPIR ha señalado que la pena impuesta busca “sobre todo prevenir o disuadir a todos los que en el futuro intenten cometer atrocidades”⁵¹.



IV. CONCLUSIÓN

21. Poderosas razones morales, legales y de conveniencia se ofrecen como *justificación suficiente* para la imposición de *penas privativas de la libertad* para los *máximos responsables* de los *delitos más graves cometidos durante el conflicto*. En tal sentido, la discusión debería avanzar para abordar otras cuestiones relativas a las formas, mecanismos y medidas más adecuadas para la imposición de penas privativas de la libertad en escenarios de justicia transicional.

⁵⁰ ICTY. *Prosecutor v. Furundija*. Trial Chamber. Judgment, 10 December 1998. Par. 288. Cfr. ICTY. *Prosecutor v. Dragan Nikolic*. Ob. Cit. 38. Par. 134. “*Individual and general deterrence has an important function in principle and serves as an important goal of sentencing. Individual deterrence refers to the specific effect of the sentence upon the accused which should be adequate to discourage him from re-offending once the sentence has been served and he has been released*”

⁵¹ ICTR. *Prosecutor v. Kamband*. Judgement. 4 Sept. 1998. Par. 28.

