TESIS DOCTORAL

2016

Número topográfico:

**D.E.E
S21pr**

Título: El principio de legalidad en materia penal en Colombia y su proceso de transformación. Tensiones entre la ley positiva y los criterios de seguridad jurídica, justicia material y legitimidad

**Jaime Alberto Sandoval Mesa -Autor-
Director: Dr. Alejandro Ramelli Arteaga**

Disciplina: Derecho Público – Derecho Constitucional Penal.

Presentada y defendida en sesión pública el 30 de noviembre de 2016

JURADOS:

Dr. Manuel Fernando Moya Vargas

Dr. Alejandro Gomez Jaramillo

Dr. Alfonso Daza Gonzalez

**Universidad Santo Tomás – Facultad de Derecho
Primera Cohorte - Bogotá, D.C.**

TABLA DE CONTENIDO GENERAL

Introducción General Tesis Doctoral

PRIMERA PARTE

El principio de legalidad en materia penal, desde su evolución y formación dogmática hasta la influencia de los instrumentos y la justicia internacional.

Capítulo I

Evolución en las concepciones de legalidad como factor de legitimidad de la ley penal, desde las primeras formas hasta la primera concepción moderna del contrato social

Introducción

1. Las Bases iniciales del principio de legalidad.

1.1. El principio de legalidad. Los fenómenos objeto de análisis frente a la garantía criminal y de enjuiciamiento

1.2. La noción de legalidad penal desde sus orígenes primarios y su reflejo en las primeras formas de legitimidad

2. El principio de legalidad. Primeros acercamientos de legitimidad a partir de un concepto de enjuiciamiento penal.

2.1. El principio de legalidad desde la Ilustración. La Revolución Francesa e Inglesa bajo el contrato social como formas de legitimidad penal.

2.2. Aportes del iusnaturalismo como Factor de legitimidad del principio de legalidad penal.

Capítulo II

Elementos del principio de legalidad penal a partir del positivismo. La confirmación de la seguridad jurídica como factor de justicia

Introducción al Segundo Capítulo.

1. El principio de legalidad y sus antecedentes en el proceso hacia el positivismo jurídico a partir de Hobbes

1.1. El avance en el pensamiento anglosajón en virtud del contractualismo inicial de Hobbes.

1.2. El iuspositivismo inicial siguiendo las corrientes de Hobbes en el pensamiento continental.

1.3. El desarrollo hacia el Positivismo jurídico normativista.

1.3.1. La concepción de Kant y su influencia en el concepto de legalidad penal

1.3.2. La propuesta en el desarrollo de la legalidad penal de Hegel

1.4. La síntesis en la configuración de la legalidad penal

2. El positivismo y la estructuración de la dogmática penal como desarrollo de la legalidad penal.

Factor de legitimidad hacia dentro del sistema penal

3. Dogmática y escuelas del Derecho Penal. Factores de desarrollo y legitimidad del principio de legalidad actual.

3.1. Las escuelas dogmáticas. Bases de un sistema de legalidad penal normativo. Proceso reflejado en la legitimidad jurídica Estatal (De la Escuela Clásica hasta el Funcionalismo).

3.2. La nueva interpretación del principio de legalidad, en el nuevo orden penal bajo un concepto de legitimidad constitucional.

Capítulo III

El principio de legalidad penal y su construcción desde el ejercicio de la guerra hasta la prevalencia de los derechos humanos. (Prohibiciones y Violaciones Internacionales. Hacia unas Bases de legitimidad internacional)

Introducción al Segundo Capítulo.

1. Construcción de límites como factor de legalidad internacional. Fundamentos desde las prohibiciones en el ejercicio de la guerra, hasta las declaraciones de Derechos Humanos.

1.1. Antecedentes basados en el concepto de prohibiciones internacionales, principios usos y leyes en el escenario de la Guerra.

1.2. El principio de legalidad penal como forma de surgimiento del derecho internacional de los Derechos Humanos (DIDH). (Desde el concepto de derechos del hombre hasta las declaraciones y vigencia internacional)

1.3. Los fundamentos de legalidad internacional. Protección de las graves violaciones en el DIDH y en el DIH.

1.4. El concepto de lesa humanidad desde la noción de prohibición hasta sus repercusiones internacionales en el plano de legalidad penal. Hacia la configuración de crímenes.

2. El principio de legalidad en el sistema interamericano.

2.1. El nivel orientador de enjuiciamiento efectivo y de seguridad jurídica de la legalidad penal del sistema interamericano.

2.2. La reserva de ley en la creación de delitos y penas. Legalidad estricta

2.3. La taxatividad o determinación de algunos tipos delictivos. Fundamento de legalidad estricta

- 2.4. La irretroactividad de la ley más gravosa y las excepciones planteadas por la Corte Interamericana.
Aplicación de la legalidad extendida.

CAPÍTULO IV

El principio de legalidad en la construcción de la Justicia Internacional. Fundamentación desde los Tribunales ad hoc hasta el Estatuto de Roma. (Hacia unas Bases de legitimidad internacional confrontada en una base diversa y ampliada del sistema jurídico penal.)

Introducción al Tercer Capítulo

1. La legalidad penal internacional. Necesidad de justicia por medio de Tribunales de Juzgamiento a partir de las consecuencias de la guerra.

- 1.1. Los Aportes de Núremberg en la construcción de la legalidad internacional.
 - 1.1.1. El principio de legalidad de Núremberg
 - 1.1.2. La situación especial de los delitos contra la humanidad.
- 1.2. Los Aportes del Tribunal de Tokio sobre el marco de Núremberg

2. Los Tribunales Ad Hoc en la Construcción de la legalidad penal internacional.

- 2.1. Los aportes del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia.
- 2.2. Los aportes del Tribunal de Ruanda.

3. El principio de legalidad en el Estatuto de Roma de 1998 (ER).

- 3.1. El principio universal de justicia. Presupuesto de legitimidad en orden a la supra legalidad Internacional del Estatuto de Roma (ER).
- 3.2. De los avances del principio de justicia universal hasta la legalidad penal concebida en la CPI.
- 3.3. Elementos del principio de legalidad en el Estatuto de Roma

4. El Estatuto de Roma (ER). Relación entre el principio de legalidad y los crímenes de su competencia.

- 4.1. Relación frente al Genocidio
- 4.2. Relación de los crímenes de lesa humanidad con el principio de legalidad.
- 4.3. Relación con los Crímenes de Guerra
- 4.4. Situación especial de la agresión.

SEGUNDA PARTE:

Las diversas transformaciones del principio de legalidad penal en Colombia.

CAPÍTULO V

El principio de legalidad y su desarrollo en el orden nacional. El contexto colombiano y las relaciones actuales.

Introducción al quinto capítulo

1. Primeras nociones y estructuración del principio de legalidad. Las bases contemporáneas de la legitimidad jurídica penal

- 1.1. Síntesis de la legalidad penal desde sus orígenes en el derecho colombiano. Factores de imposición de la legitimidad de las leyes hispanas
- 1.2. La legalidad penal posterior a la Independencia, hasta la Constitución de 1886. La búsqueda de un concepto propio de legitimidad
- 1.3. Primeras nociones y estructuración del principio de legalidad. Las bases contemporáneas de la legitimidad jurídica penal (Constitución de 1886 - la legislación de 1890 hasta el código penal de 1936).

2. La configuración de la legalidad penal en el origen del conflicto armado, medidas de excepción y afectación de la legitimidad. (Desde el Código Penal de 1936 hasta el Código de 1980)

3. Bases dogmáticas contemporáneas del principio de legalidad penal. Contexto paralelo de excepción y cuestionamientos de legitimidad jurídico-penal. (Código Penal de 1980 hasta la Constitución de 1991).

Conclusiones capítulo V

CAPÍTULO VI

Los factores de definición actual del principio de legalidad. El proceso definitivo para asegurar la legitimidad en el orden constitucional.

Introducción al VI Capítulo

1. Los elementos constitutivos de la legalidad penal en la actualidad.

- 1.1. El concepto de bloque de constitucionalidad como factor de extensión de la legalidad penal estricta. Legitimidad internacional y legalidad interna
- 1.2. Configuración de la legalidad penal en virtud del Bloque de Constitucionalidad.

- 1.3. Las decisiones de legalidad penal bajo fórmulas de *ius cogens*.
2. **La justicia Transicional otro puente entre la justicia penal interna y la justicia internacional en materia de legalidad penal.**
 - 2.1. Elementos estructurales de la legalidad penal de la ley de justicia y paz.
 - 2.2. Las modificaciones necesarias en la justicia transicional. Desarrollo de nuevos contextos de legalidad penal.
3. **El Estatuto de Roma de 1998, otro factor contemporáneo en materia de legalidad Penal interna**
 - 3.1. Elementos de discusión del Estatuto de Roma de 1998, en la definición de las conductas de lesa humanidad frente al derecho interno.
 - 3.2. Síntesis de los tratamientos diversos que afectan la legalidad penal desde el ámbito del ER.
 - 3.3. La legitimidad internacional sobre el orden interno penal. Declaraciones de lesa humanidad y sus alcances en materia de legalidad penal con base en el Estatuto de Roma de 1998.

Conclusiones Capítulo VI

CAPÍTULO VII

La necesidad de delimitar el factor de legalidad penal frente a la legitimidad. La norma de derechos humanos y la taxatividad ampliada

Introducción al capítulo VII

1. Elementos de transformación del principio de legalidad penal. Proceso en construcción de la noción amplia del orden interno e internacional.
 - 1.1. Los factores de legitimidad asociados a este proceso de transformación en el principio de legalidad penal.
 - 1.2. El sentido de interpretación frente a las consecuencias en materia de legalidad penal. (Las violaciones de derechos humanos y la imprescriptibilidad)
2. Elementos de lesa humanidad frente a la violación de D.H. y el crimen interno de naturaleza internacional. La búsqueda de legitimidad penal del sistema.
3. La declaración de lesa humanidad bajo la fórmula de la violación de derechos Humanos.
4. El factor común del concepto de lesa humanidad. Desde la violación del DIDH y desde el crimen internacional. (Efectos en el principio de legalidad penal e imprescriptibilidad).

Conclusiones Capítulo VII

CAPÍTULO VIII

Los principales efectos de transformación del principio de legalidad

Introducción al capítulo VIII

1. Elementos de discusión constitucional del principio de legalidad penal
2. Los factores de análisis en la ponderación entre legalidad penal y protección de las víctimas. (La propuesta de legitimación de la norma de derechos humanos en materia penal)
3. Las nuevas modificaciones en materia de reserva y prescripción. Posibles elementos plausibles de interpretación y de legitimación penal.
4. Los factores de legitimidad frente a la flexibilización o relativización del principio de legalidad penal. (Concepto interés de justicia)

Conclusiones capítulo VIII

Conclusiones Finales tesis doctoral

Bibliografía

Título: El principio de legalidad en materia penal en Colombia y su proceso de transformación. Tensiones entre la ley positiva y los criterios de seguridad jurídica, justicia material y legitimidad

Resumen:

La presente tesis doctoral estudia el proceso de transformación del principio de legalidad penal en Colombia, a partir de su concepción sustancial. Sobre esta base, el principio analizado se define en razón de las tensiones actuales que se presentan entre el concepto de ley positiva y sus divergencias con respecto a los elementos de justicia material y seguridad jurídica. Todos ellos integrantes de un principio mayor que los contiene en el Estado Social de Derecho relativo al principio de Legitimidad

Palabras Clave: Principio de legalidad penal, Seguridad Jurídica, Justicia Material, Legitimidad, Flexibilización, Relativización Jurídica.

Title: The principle of legality in criminal matters in Colombia and its transformation process. Tensions between positive law and the criteria of legal security, material justice and legitimacy

Abstract

This doctoral thesis studies the process of transformation of the principle of criminal legality in Colombia, based on its substantial conception. On this basis, the principle analyzed is defined by the current tensions between the concept of positive law and its divergences from the elements of material justice and legal certainty. All of them are members of a greater principle that contains them in the Social State of Law relative to the principle of Legitimacy.

Keywords: principle of legality, Security Law, Justice Material, Legitimacy, Relativization Legal

Tabla de Abreviaturas

1. Estatuto de Roma	ER
2. Corte penal Internacional	C.P.I.
3. Derecho Penal Internacional	DPI
4. Derecho Internacional de los Derechos Humanos	DIDH
5. Derecho Internacional Humanitario.	DIH
6. Derecho Internacional Penal	DIP
7. Derechos Humanos	DDHH
8. Corte Interamericana de Derechos Humanos	Corte IDH
9. Organizaciones no Gubernamentales	ONGS
10. Organización de Estados Americanos	OEA
11. Comunidad Andina de Naciones	CAN
12. Declaración Universal de Derechos Humanos	DUDH
13. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	PIDCYP
14. Comisión Interamericana de Derechos Humanos	CIDH
15. Convención Americana de Derechos Humanos	CADH
16. Organización de Naciones Unidas	ONU
17. Magistrado Ponente.	MP
18. Código Penal Colombiano	Cod. P
19. Código de procedimiento penal colombiano	CPP
20. Constitución Política de Colombia	Const. Pol. C
21. Corte Constitucional	Corte C.
22. Corte Suprema de Justicia	CSJ

Introducción General Tesis Doctoral

I. Presentación

La presente tesis de grado se centró, desde un comienzo, en el estudio del proceso de transformación del principio de legalidad en materia penal en Colombia que implicó observar sus efectos, partiendo de su concepción sustancial, sin perjuicio de las menciones y relaciones necesarias en el terreno procesal.

Sobre esta base, el principio de legalidad penal se define en razón de las tensiones actuales que se presentan entre el concepto de ley positiva (como marco de referencia vinculante en el derecho nacional que lo ha definido a lo largo de la historia) y sus divergencias con respecto a los elementos de justicia material y seguridad jurídica. Todos ellos integrantes del criterio mayor que los contiene en el Estado Social de Derecho relativo al principio de Legitimidad. A partir de estas nociones se desarrolla en múltiples aspectos el proceso de transformación y las exigencias actuales del principio de legalidad penal.

II. Definiciones base de la Investigación

Antes de analizar la situación actual del principio de legalidad, se definen los conceptos base de la presente investigación, desde su noción general sin perjuicio de que más adelante se vuelva sobre los mismos. Se trata de plasmar la concepción desde la cual se examina el enfoque de cada uno de ellos que será tratado en el texto de la investigación.

Principio de legalidad: Desde el origen de las palabras la Real Academia Española de la lengua define el principio de legalidad como aquel principio jurídico en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a las leyes y al derecho¹.

Desde el punto de vista político “se entiende por legalidad en el lenguaje político como un atributo y requisito de poder, por el cual se dice que es legal o se actúa legalmente o tiene carácter de legalidad cuando se ejerce o actúa en el ámbito de un acuerdo con las leyes

¹ **DICCIONARIO DE LA ACADEMIA REAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA.** Disponible en <http://dle.rae.es/?id=UC5uxwk>. Consultada el 25.03.2016.

establecidas o de algún modo aceptadas. En el lenguaje corriente se puede mencionar al ejercicio del poder bajo el concepto de legalidad y su titularidad bajo el criterio de legitimidad. Un poder legítimo es aquel que se funda en un poder legal, es decir que se ejerce de acuerdo con las leyes. Lo contrario de un poder legítimo es un poder de hecho. Lo contrario de un poder legal es un poder arbitrario”².

El concepto de legalidad³ se refiere, igualmente, al Estado constitucional actual como forma de preservar la libertad. “En esta dirección se exige la concurrencia de determinados principios: En primer lugar, el principio de identidad entre el pueblo y la organización estatal. En su creación deben participar el máximo de voluntades para que aproximen las voluntades individuales y la voluntad del Estado. En segundo término, la libertad personal como base de los anteriores postulados y finalmente el principio de legalidad. Este principio consiste en que toda actividad jurídica proveniente del Estado o de los particulares adquiere validez en cuanto se encuentre habilitada por la Constitución. Esta última es el fruto de la mayoría dirigida a garantizar los derechos humanos como base triangular del Estado de Derecho. Es decir, sobre la base del principio de legalidad aparece la libertad y la igualdad en el Estado constitucional”⁴. La concepción inicial del principio de legalidad se expresa en su fórmula más amplia como el sistema de leyes y conformidad de los actos de quienes estén sometidos a ellas, que obedece a la concepción del Estado Liberal de Derecho⁵.

En este contexto el principio de legalidad surgió políticamente como garantía de los derechos de los ciudadanos para eliminar la arbitrariedad judicial en el antiguo régimen, situación distinta del papel del juez en el Estado de derecho, sin embargo, se enlaza

² **BOBBIO Norberto y MATTEUCCI Nicola.** Relator Gianfranco Pasquino. Diccionario de Política L-Z. *Concepto de legalidad*. Redactores de la edición en español. José Arico y Jorge Tula. Traducción de Raúl Crisafio. Alfonso García. Mariano Martín. Jorge Tula. Editorial Siglo Veintiuno. Primera Edición en Español. México y España. México D.F. 1982. PAG. 890

³ Desde el punto de vista jurídico, legalidad se define como cualidad de legal. Régimen Político estatuido por ley fundamental del Estado. **DICCIONARIO JURÍDICO.** Ediciones Valleta, Buenos Aires Argentina, 2009. PAG. 498.

⁴ **RINESSI Juan Antonio.** LEGALIDAD. Encidopedia Jurídica Omeba. Tomo XVIII. Lega – Mand. Editorial Bibliográfica Omega, Ancalo S.A. Buenos Aires Argentina. 1975. PAG. 14

⁵ Filosofía del Derecho. 5ª edición. Barcelona: Editorial Bosch. 1979, PAG. 599.

igualmente esta relación⁶. En la actualidad este concepto supone además que todos los poderes públicos se encuentren sometidos a la ley, sin perjuicio de la superior posición de la Constitución como voluntad del poder constituyente y norma superior del ordenamiento jurídico. En consecuencia, el principio de legalidad involucra la expresión de la voluntad soberana del Parlamento que ratifica el imperio y primacía de la ley⁷.

Desde esta perspectiva se observa la dimensión política que tuvo el principio de legalidad desde su instauración que explica su constitucionalización, y a su vez, advierte el objeto de su consagración como garantía de libertades y derechos fundamentales, más allá de su eficacia como instrumento intimidatorio⁸.

Desde el punto de vista jurídico, el principio de legalidad se define como aquel según el cual nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la misma, la ley dispusiese la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello⁹.

El principio de legalidad penal: Según Muñoz Conde, el principio de legalidad en materia penal “establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el ‘imperio de la ley’, entendida ésta como expresión de la voluntad general”¹⁰. Tiene por objeto evitar el arbitrario ejercicio del poder punitivo del Estado y actúa, con el fin de evitar que el sistema penal sirva de fachada para sacrificar las garantías mínimas de los ciudadanos¹¹.

⁶ **RODRIGUEZ MOURILLO Gonzalo**, Principio de legalidad y arbitrariedad judicial. Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. No 1 Madrid, España 1997. PAG.. 280 y 281

⁷ **ESPIN Eduardo Et. Al.et al.** El sistema de fuentes en la Constitución. Derecho Constitucional. Volumen I. 4ª edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanche. 2000, PAG. 73.

⁸ **RODRIGUEZ MOURILLO Gonzalo**. Ob. Cit. PAG. 281

⁹ **DICCIONARIO JURÍDICO**. Ediciones Valleta, Buenos Aires Argentina, 2009 PAG. 660.

¹⁰ **MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN**, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. 9ª edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanche. 2015, PAG. 77.

¹¹ *Ibíd.* PAG. 77.

Este principio surgió con el Estado de Derecho, fruto de la Revolución Francesa. Sin perjuicio de sus antecedentes lejanos, su significado se atribuye a Beccaria en el siglo XVIII (1764) y a Feuerbach quien desarrolló la fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*, noción que desde entonces posee un significado técnico y político¹².

En el caso anglosajón, el principio de legalidad vincula al juez con el precedente, a la tradición judicial del *common law* y al derecho legal emanado del Parlamento (*statutory law*), lo que constituye un sistema jurídico con características propias¹³.

Así mismo, el principio de legalidad supone que solamente se pueden determinar delitos por medio de órganos de representación como el Parlamento, con pleno respeto a la división de poderes, al determinar que el legislativo se encarga de describir los delitos y las penas, mientras que el judicial de aplicar y ejecutar las penas. De esta forma, el Ejecutivo no debe intervenir en este proceso¹⁴.

El principio de legalidad debe garantizar los derechos y las libertades fundamentales de las personas, en cuyo caso sirve para delimitar la culpabilidad, pues, al conocerse la prohibición contenida en un hecho punible, se puede ser castigado¹⁵. Según Muñoz Conde, el principio de legalidad señala el programa para la realización del derecho penal en cada una de sus fases, estableciendo el marco dentro del cual deben moverse los tribunales y juristas a la hora de aplicarlo e interpretarlo. Este principio es de vital interés para el sistema penal, pues hace parte de los principios constitucionales del Estado que lo vinculan a la legislación vigente al momento histórico de cada país¹⁶. Todo ello implica la sumisión del juez a la ley y a la Constitución como una expresión moderna del Estado

¹² Desde este punto de vista en primer lugar tiene una función de política criminal de prevención del delito y desde el sentido técnico jurídico, Beling dedujo del principio de legalidad la categoría dogmática del tipo y la tipicidad como elemento esencial del delito. Desde esta acepción el legislador debe describir de manera precisa los comportamientos delictivos para que se pueda considerar su vulneración. Todo ello además para valorar la antijuridicidad de los injustos descritos en la ley penal. **RODRÍGUEZ MOURILLO Gonzalo**, Ob. Cit. PAG. 280

¹³ **MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN**, Mercedes Ob. Cit. PAG. 79.

¹⁴ Ibíd. PAG. 81.

¹⁵ Ibíd. PAG. 82.

¹⁶ **MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN**, Mercedes Ob. Cit. PAG. 83.

Constitucional de Derecho¹⁷. Desde este punto de vista establece una doble garantía, formal y material, que se traduce en primer lugar, en el rango y clase de normas a través de las cuales se lleva a cabo la tipificación de conductas sancionables, y la segunda exigencia se refiere a que tanto la conducta prohibida como la sanción por su comisión sean objeto de predeterminación normativa¹⁸.

Concepto de seguridad jurídica: Según la Academia Real de la Lengua Española, seguridad significa cualidad de seguro. En el caso concreto, seguridad jurídica significa, cualidad del ordenamiento jurídico que implica la certeza de sus normas y consiguientemente la previsibilidad de su aplicación¹⁹.

En materia penal, se traduce en “la exigencia absoluta de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes mediante una tipificación lo más precisa y taxativa posible en la descripción que incorpora²⁰. Garantiza una esfera de libertad ante las restricciones provenientes de los poderes públicos, a fin de preservar la dignidad humana. En este sentido, la libertad y la seguridad aparecen como garantías jurídicas de la autodeterminación individual ante la fuerza (incluso física) que el Estado puede ejercer mediante la violencia legítima del castigo penal”²¹. En el terreno constitucional se entiende como “la regularidad o conformidad a Derecho y la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos. [...] Se concibe en forma muy especial por cuanto la seguridad en la interpretación y aplicación del Derecho por parte de las Administraciones Públicas y de los jueces y tribunales, no pueden variar en forma arbitraria su criterio lo cual permite la certeza en las instituciones”²². En capítulos posteriores se volverá sobre esta noción.

¹⁷ **ARAGON REYES Manuel.** El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad. Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. No 1 Madrid, España 1997. PAG. 179 y 180

¹⁸ **RODRIGUEZ MOURILLO Gonzalo.** Ob. Cit. PAG. 281

¹⁹ **DICCIONARIO DE LA ACADEMIA REAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA.** Disponible en <http://dle.rae.es/?id=XTrIaQd>. Consultada el 25.03.2016

²⁰ **QUINTERO, Gonzalo; JARIA, Jordi y PIGRAU, Antoni.** Derecho Penal Constitucional. Aspectos Generales. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanche. 2015, PAG. 32.

²¹ *Ibíd.* PAG. 34.

²² **ESPIN Eduardo,** et al. Derecho Constitucional. Vol. 1. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos. 9ª edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanche. 2013, PAG. 56-57.

Concepto de justicia material: Atendiendo el origen de la palabra “justicia”, la Real Academia de la lengua Española, señala el concepto de -justicia general- que tiene varias acepciones que van, desde el principio moral que lleva a dar a cada uno lo que le corresponde, a la concepción de derecho razón o equidad; pena o castigo y finalmente aquello que debe hacerse según derecho o razón. Desde este planteamiento la palabra justicia material corresponde con el concepto de aplicar las leyes y hacer cumplir las sentencias²³.

De conformidad con la definición de Gustavo Zagrebelsky, el concepto de justicia material corresponde a “deberes objetivos que los poderes públicos deben perseguir. Ello se lleva a cabo mediante un conjunto de actividades públicas y privadas para la salvaguarda de intereses materiales no disponibles. En esta exigencia de justicia general existe un orden por encima de las voluntades individuales contenidos en una Constitución”²⁴. Según este principio, es exigible que las normas jurídicas respeten y aseguren la plena satisfacción de los principios de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad jurídica, que constituyen la substancia de los derechos humanos, universalmente aceptados como paradigma de la justicia material²⁵.

Concepto de legitimidad: Desde el origen de las palabras según la Real Academia española, legitimidad hace referencia a la cualidad de legítimo que significa conforme a las leyes, lícito, cierto genuino verdadero en cualquier línea²⁶. Por consiguiente, la acción de legitimar consiste en convertir algo en legítimo que se refiere a probar o justificar la verdad de algo o la calidad de alguien o algo conforme a las leyes²⁷.

Immanuel Kant determinó en sus principios metafísicos del derecho el concepto de legitimidad jurídica. Para ello señala que es necesario recurrir a la noción de moralidad,

²³ **DICCIONARIO DE LA ACADEMIA REAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA.** Disponible en <http://dle.rae.es/?id=MelAa7r> Consultada el 25.03.2016

²⁴ **ZAGREBELSKY Gustavo.** El Derecho Dúctil. 9ª edición. Madrid: Editorial Trotta. 2009. PAG. 94.

²⁵ **DEL HIERRO José Luis.** Legalidad y Legitimidad. En Eunomia Revista de Legalidad y Cultura, núm. 4. Madrid: Editorial Universidad Complutense de Madrid. 2013, PAG. 184.

²⁶ proviene del latín *legitimus* – Conforme a las leyes. **DICCIONARIO DE LA ACADEMIA REAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA.** Disponible en <http://dle.rae.es/?id=N58VtPK>. Consultado el 25.03.2016.

²⁷ **IBÍD.**

esto es a la consideración de conductas que resulten conformes con las normas de la moral. De esta forma la legalidad tendría que ver con las consecuencias de las conductas según lo prescrito en la ley producto de la voluntad y la legitimidad con las máximas de las conductas que deriven del libre arbitrio. La legitimidad tiene la pretensión de la validez de los valores y la dimensión jurídica de la legalidad, la pretensión de validez de las leyes. La legalidad se encuentra subordinada a la legitimidad que ordena el juicio moral a través de la valoración de la conducta²⁸.

Por su parte, el concepto de legitimidad en el Estado Social y Constitucional de Derecho, como último camino que contiene a todos los elementos referenciados anteriormente y que son necesarios para determinar el criterio actual del principio de legalidad penal. En tal sentido, legitimidad se considera como un elemento esencial para el buen funcionamiento de las instituciones políticas y jurídicas. En la filosofía política, se define como la cuestión del fundamento o justificación del poder²⁹.

En este sentido, el concepto aludido se refiere a la noción de legitimidad del Estado que se funda predominantemente en la autoridad legal, en el compromiso con un código de regulaciones legales. De esta forma se puede observar la dominación racional, o legal-racional, que es la que sirvió de fundamento al modelo de Estado que conocemos como Estado de Derecho. El mecanismo legitimador radica aquí en el respeto general a unas reglas decididas según el criterio de la mayoría del cuerpo social³⁰.

En un primer momento se habla de legitimidad de origen cuando se mencionan los fundamentos legales racionales e incluso cuando se hace mención a la credibilidad en los líderes carismáticos o tradicionales; sin embargo, en un momento posterior se hace necesaria además de la anterior, una legitimidad de ejercicio³¹.

²⁸ **KANT Immanuel**. Principios metafísicos de la doctrina del derecho de Immanuel Kant. Edit. Dirección General de publicaciones, Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México D.F. 1968. Pag. 11 y 12, 27 y 28. **ROJAS AMANDI Víctor Manuel**. Filosofía del Derecho de Immanuel Kant. Revista de la Facultad de Derecho de México, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, N°. 242, México D.F. 2004. PAGS. 196 a 198.

²⁹ En el pensamiento político contemporáneo han sido varios los autores que han ayudado a construir el concepto de legitimidad, por ejemplo Gaetano Mosca o Guglielmo Ferrero; sin embargo, ninguno ha contribuido a su formalización y categorización tanto como Max Weber. **DEL HIERRO José Luis. Ob. Cit.** PAG. 180.

³⁰ *Ibíd.* PAG. 181

En este contexto, si se asume que en el siglo XIX se produce una concepción de legitimidad como autolimitación del monarca, posteriormente se origina una concepción formal y material de la ley³². Este camino de *legitimidad de origen*, es reemplazado por la *legitimidad de ejercicio* en el siglo XX, sobre todo en el período de la II posguerra mundial. Bajo esta nueva concepción se considera que la misma no radica en quién toma las decisiones políticas o en la sustancia de la autoridad ostentada, sino en aquellas que satisfacen determinados objetivos o valores. No basta, en definitiva, con que los gobernantes sean elegidos democráticamente o las leyes sean aprobadas por una mayoría de la sociedad. El problema radica en adoptar los valores de esta legitimidad que han sido concebidos en términos de libertad e igualdad en el terreno de la participación democrática³³.

Este concepto político de legitimidad se acerca a la noción que se aborda en la presente tesis, más desarrollado en el terreno de la filosofía jurídica. Bajo esta noción el concepto de legitimidad reside en los principios de justificación del derecho y expresa la concordancia o discordancia de las normas con un determinado sistema de valores en términos de justicia. Según José del Hierro, en el concepto de legitimidad jurídica no basta con que un determinado sistema de legalidad posea autojustificación (validez) sino que también es preciso plantearse su legitimidad, su justicia. Como en el caso de la legitimidad política, el problema reside en determinar cuál es el sistema de valores exigido, con el que las normas deben concordar para ser valoradas como legítimas o justas³⁴.

De lo anterior se puede afirmar que la noción de legitimidad puede valorarse desde su capacidad procedimental, que significa la igualdad y acceso de prerrogativas para todos, desde la teoría de los derechos humanos. En este campo se asegura en primer lugar que los derechos son autónomos e inviolables como presupuestos de la dignidad humana que se protegen para que sean ejercidos los valores de libertad. En segundo lugar, se refiere a la igualdad tanto legal, como a la posibilidad de que la persona pueda desarrollarse en

³¹ *Ibíd.* PAG. 181

³² *Ibíd.* PAG. 181

³³ *Ibíd.* PAG. 181

³⁴ **DEL HIERRO, José Luis** OB. Cit. PAG. 182.

idénticas condiciones como ser humano y finalmente, se refiere a la seguridad jurídica que se plantea como fundamento de inmunidad frente a la arbitrariedad³⁵.

El sistema de valores citado configura, junto con el valor de solidaridad, los presupuestos del concepto de legitimidad en el Estado Social de Derecho. Hacia esta perspectiva pretende orientarse el presente trabajo, con el fin de identificar si los fundamentos mencionados en la legalidad penal se complementan con los elementos referenciados que deben constituir el sistema del Estado Social, como una superación del Estado Derecho. Todo ello, si se toma en cuenta que la Constitución de 1991 consagra esta fórmula y determina tal exigencia en el terreno punitivo³⁶.

El concepto de legitimidad en materia penal no está lejos de esta noción de Estado Social, pues, de acuerdo con Quintero Olivares et. al, supone que: El Estado ostenta en exclusiva, la potestad punitiva en una sociedad democrática, que la articula con los fundamentos constitucionales, lo cual siempre se hará mediante leyes y tribunales propios del Estado Democrático de derecho. Todo ello deriva en la obligada orientación del Estado a garantizar la convivencia, la protección de los derechos y el adecuado funcionamiento de las instituciones constitucionales que encarnan el complejo sistema de garantías que permite la realización de los principios constitucionales fundamentales.”³⁷.

En resumen, de acuerdo con el problema de transformación analizado y con la construcción del concepto tratado, se impone la necesidad del Estado de dar cumplimiento con los presupuestos de legitimidad Constitucional que constituyen un factor medular, en el cual uno de sus elementos, justamente corresponde al principio de legalidad penal. Si realmente estas son las exigencias del Estado Social, se debe valorar, en el caso concreto, si desde la legalidad penal se cumple con tales expectativas de prevalencia de los derechos humanos, de justicia material, de seguridad jurídica, etc. Más adelante se analizará la formulación en concreto del problema planteado desde esta perspectiva.

³⁵ Ibíd. PAG. 184.

³⁶ Ibíd. PAG. 184.

³⁷ **QUINTERO, Gonzalo; JARIA, Jordi y PIGRAU, Antoni.** Derecho Penal Constitucional. Aspectos Generales. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanche. 2015, PAG. 14.

Flexibilización de la Legalidad: Conforme a la Real Academia de la Lengua Española, desde su origen, la palabra flexibilidad se define como la acción y efecto de flexibilizar que es hacer algo flexible³⁸. La palabra flexible viene del latín *flexibilis* que según sus componentes léxicos significa *Flexum* (Doblado) y el sufijo *Ble* (que puede)³⁹. Esto último implica desde la 3ª definición de la Real Academia de la Lengua Española la definición: “Que se ajusta al derecho. Aquello que no se sujeta a normas estrictas, a dogmas o a trabas. Ejempag. Ideología, legislación flexible⁴⁰. Desde esta perspectiva se estudiará el caso debido a que el fenómeno flexibilización todavía no aparece desarrollado desde el origen de las palabras.

Tomando como base los significados expuestos, el concepto “flexibilización a la legalidad” que se estudia en el presente texto tiene como base la definición de la Corte Suprema de Justicia, enunciada en el proceso 33039 mediante decisión de 16 de diciembre de 2010, como un acto que “implica una restricción a las garantías del justiciable en pro de la lucha contra la criminalidad que agravia a la humanidad. Se explica en que con frecuencia se trata de una manifestación delincuenciales auspiciada –o sistemáticamente cometida- por los Estados totalitarios, que por supuesto no estarían interesados en legislar tipificando sus propios actos...”⁴¹

La decisión añade que “en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en varios pronunciamientos en materia de principio de legalidad, la noción de derecho aplicable se extiende no sólo a las normas escritas de orden nacional sino también al no escrito, haciendo expresa referencia a la jurisprudencia, costumbre y doctrina internacional. En ese orden, en tratándose de crímenes internacionales la legalidad supone la integración de los tratados internacionales a los sistemas jurídicos domésticos con plenos efectos como ley previa para hacer viable su sanción, así los mismos no

³⁸ **DICCIONARIO DE LA ACADEMIA REAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA.** Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=I5IQtvP> Consultada el 16.03.2016

³⁹ **DICCIONARIO ETIMOLOGICO.** Etimologías de Chile. Disponible en <http://etimologias.dechile.net/>. Consultada el 16.03.2016

⁴⁰ También aparece otra definición: Susceptible de cambios o variaciones según las circunstancias o necesidades. **DICCIONARIO DE LA ACADEMIA REAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA.** Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=I5IQtvP> Consultada el 16.03.2016

⁴¹ **COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia.** Sala de Casación Penal. Proceso No 33039. Auto de 16 de diciembre de 2010. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

estuvieran formalmente tipificados en la legislación nacional al momento de su comisión, tal como se ha concluido en procesos adelantados por las Cortes Supremas de Justicia de Uruguay, Argentina, Chile y Perú, entre otros”.

Relativización Jurídica: Conforme a la Academia Real de la Lengua Española, el primer concepto a saber *-relativo-* viene del latín *Relativus* que significa “que guarda relación con alguien o con algo. Que no es absoluto.” De igual forma significa “No mucho, en poca cantidad o intensidad” (*Daba a aquel asunto una relativa importancia.*) Finalmente, “que es discutible, susceptible de ser puesto en cuestión (*Ejem. Su opinión es muy relativa.*)”⁴². De esta forma el concepto relativo explica la noción Relativismo del cual se genera la noción de relativización. En este sentido el relativismo desde un sentido ético significa que no hay bien ni mal y que todo depende de las circunstancias. Desde el punto de vista filosófico significa que la ciencia o el conocimiento no se asientan sobre una base absoluta e invariable y permanente de la realidad. La misma sólo puede aspirar a conocer las relaciones entre fenómenos que se dan en una determinada circunstancia, por lo que un aserto o conclusión sirven para esa circunstancia, pero no para cualquier situación de la realidad⁴³.

El relativismo consiste en que no existe una idea fija en la historia del derecho y sus contenidos dependen de sus realidades empíricas, aun cuando las formas y la cultura tienen carácter universal. Por lo tanto, tales contenidos pueden ser relativos. Es decir, cada contenido de derecho sería justo si es válido conforme al presupuesto de determinada sociedad y sistema concreto de valores.⁴⁴ El relativismo renuncia a la razón teórica y plantea la razón práctica como límite al pensamiento científico⁴⁵. Lo que sucede es que en este campo la definición que aporta Radbruch se adscribe al positivismo jurídico y no propiamente a la idea del positivismo sociológico que generó una idea más relativa y dinámica del derecho. Al suponer la idea del positivismo jurídico se adscribe a

⁴² **DICCIONARIO DE LA ACADEMIA REAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA.** Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=I5IQtvP> Consultada el 16.03.2016

⁴³ **DICCIONARIO ETIMOLOGICO.** Etimologías de Chile. Disponible en <http://etimologias.dechile.net/>. Consultada el 16.03.2016

⁴⁴ El relativismo según el autor corresponde a un llamado a luchar contra el enemigo. **RADBRUCH Gustav.** Relativismo y Derecho. Decisión de luchar de una parte y benevolencia y equidad de juicio de la otra. Esta es la moral del relativismo. Editorial Temis, Bogotá D.C. 1999. Pag. 2

⁴⁵ *Ibíd.* Pag. 3

un sistema que admite más de una interpretación en el derecho, pero no múltiples interpretaciones como se concibe la idea relativa del derecho en la actualidad.

La idea actual del relativismo jurídico aparece en el tercer momento anti formalista del derecho, que constituye la concepción realista del derecho, expuesta en Norteamérica, dada su concepción de *common law*, más inclinada a las teorías sociológicas del derecho. La tesis principal de la escuela realista expuesta por Oliver Wendell Holmes y Roscoe Pound, consiste en que no existe derecho objetivo, es decir, objetivamente deducible de hechos reales, ofrecidos por la costumbre, por la ley o por los antecedentes judiciales. El derecho es una permanente creación del juez, en el momento en que decide una controversia⁴⁶. De esta forma desaparece la certeza del derecho que es uno de los pilares del derecho continental, en el cual se pueden prever las consecuencias de un comportamiento. El derecho entonces es una creación permanente⁴⁷ sin embargo, esta acción es imprescindible cuando se requiere la adaptación de reglas o principios a condiciones cambiantes en donde el juez se ve compelido a sopesar intereses contrapuestos para lograr equilibrio social en su decisión⁴⁸.

III. Planteamiento del problema de investigación

Tomando en cuenta los conceptos enunciados es posible que se presente una crisis del principio de legalidad penal. En este sentido se trata de un proceso de transformación de dicho principio en detrimento de su naturaleza rígida e inmutable como fundamento del sistema democrático. Se trata de evidenciar si esto es tolerable en el derecho interno y si se presenta una inconsistencia frente al sistema penal interno. Precisamente, en el caso colombiano este problema se observa influenciado en primer lugar frente a la existencia de un conflicto armado interno en Colombia.

En segundo lugar, la ampliación de límites puede obedecer a la ampliación de las normas de derecho interno, derivada de las exigencias de la Constitución de 1991, junto con las necesidades de justicia material y prevalencia de derechos humanos. Todo ello genera una serie de contradicciones frente al principio concebido en materia penal.

⁴⁶ BODENHEIMER Edgar. 1979, PÁGS. 343 - 348 – 354

⁴⁷ BOBBIO N. 1993, PÁG. 50-51.

⁴⁸ BODENHEIMER Edgar. 1979, PÁG. 350

Igualmente, a todo lo anterior habría que adicionar las obligaciones plasmadas en tratados internacionales como el Estatuto de Roma de 1998, los instrumentos sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario, entre otros que también generan contradicciones frente al principio penal concebido en el sistema vigente. Estos tres elementos afectan en gran medida *la lex certa, previa, no retroactiva y prohibición de analogía*. Tales fundamentos habían sido concebidos como pilares del estado de derecho y como fundamentos de la legitimidad del sistema penal.

Sobre este aspecto es importante mencionar que durante la investigación, y cuando ya se había finalizado el debate teórico del trabajo, se produjo un suceso importante al respecto, relacionado con el proceso de la Habana con las FARC y la firma de un Acuerdo de Justicia Transicional para la pacificación de este grupo cuya refrendación constitucional se plantea para el año 2016. No obstante, la situación aludida, los planteamientos investigados no varían en forma sustancial la propuesta desarrollada, en la medida en que el proceso de negociación de paz indicado confluye igualmente al mismo límite que se advierte en la presente tesis. Igualmente, por tratarse de una situación adicional que se presentó durante el desarrollo del presente trabajo no se abordará para los efectos tratados. Así mismo el plan de trabajo se originó a partir de los siguientes interrogantes de investigación, que se desarrollan a continuación.

A. Formulación de la pregunta problema

La pregunta planteada en la presente investigación se formuló en los siguientes términos:

1. Pregunta principal base de la investigación:

Como se define el principio de legalidad en materia penal en la actualidad. Si se encuentra en proceso de transformación, ¿cuáles son sus fundamentos y límites en el caso colombiano?

2. Preguntas derivadas del proceso de investigación para resolver el interrogante principal:

- ¿Cómo ha sido definido el concepto de legalidad penal conforme a su proceso histórico de evolución?

Esta pregunta se desarrolla en los Capítulos I y II. Se trata de indagar sobre las bases que dieron origen al principio de legalidad y la consecuente relación bajo el concepto de legitimidad.

- ¿Cuáles son los elementos que dan lugar al proceso de transformación del principio de legalidad?

El interrogante se desarrolla en los capítulos 4, 5, 6, 7, 8, desde el plano internacional e interno. En los mismos se identifican los conceptos base de lex certa, previa no retroactiva y prohibición de analogía frente a las bases tanto internacionales como internas.

- Analizar los efectos de este proceso de flexibilización o relativización teniendo en cuenta sus bases rígidas y si son tolerables frente al derecho interno.?

Se analiza la pregunta en los capítulos 6, 7 y 8º.

- ¿Cómo ha sido el proceso de transformación del principio de legalidad penal en Colombia teniendo en cuenta los efectos mencionados (flexibilización o relativización) y como se puede definir su interpretación en la actualidad?

El problema radica en analizar en los capítulos 6, 7, 8, y si es posible frente a las variables planteadas, definir los elementos concretos de interpretación.

De acuerdo con la pregunta base de investigación, se trata de comprobar que el principio de legalidad penal vigente, ha sufrido un proceso de ampliación de límites en el caso nacional. Este fenómeno ha producido un problema de flexibilización o relativización, contrariando las fuentes tradicionales como se menciona al comienzo, que han ostentado desde su consagración una naturaleza rígida e inmutable contrariando las diversas fuentes de interpretación alrededor del sistema penal con el cual guarda relación.

En este caso, se trata de verificar que se trata de indagar si se trata de nuevos fundamentos que fijan límites diversos a este proceso de flexibilización y si esto se corresponde con los elementos de legitimidad constitucional del Estado Social de Derecho. En concreto, se examinará esta tendencia frente a sus elementos de justicia material, seguridad jurídica, prevalencia de los derechos humanos, no impunidad y por supuesto de legalidad penal propiamente dicha. Tales factores son los que guardan tensión frente a los diversos elementos que se confrontan. En este sentido es necesario partir de las definiciones base descritas al comienzo sobre la cuales se delimita el problema de investigación.

B. Descripción del problema planteado

Para abordar la idea de investigación, en la primera parte del trabajo se hace necesaria la construcción de los elementos del principio de legalidad penal desde sus fuentes europeas para verificar su formulación dogmática. En este escenario se analiza también la configuración del principio de legalidad en la justicia internacional que en este último tiempo generó circunstancias de subsidiariedad frente a los principios internos. Desde este punto de vista de los antecedentes tanto de la legalidad penal como de la legalidad internacional, el problema principal reside en determinar en que momento se construye la legalidad estricta y que factores de interpretación influyeron en tal sentido. De allí que sea necesario consultar las bases del principio de legalidad penal en los dos sistemas jurídicos (penal interno e internacional) de donde proceden y los problemas asociados a su consolidación tanto en la variable legalidad, como en la construcción del concepto de legitimidad.

En segundo lugar, se analiza el desarrollo de la legalidad penal en las instituciones colombianas. En este sentido, se observa un antes y un después de la Constitución de 1991, sobre todo en los efectos de los derechos humanos, de la justicia internacional, de la justicia transicional, del bloque de constitucionalidad etc., que no existían bajo la carta anterior (1886). En este sentido el problema reside en identificar diferentes elementos que desde el sistema constitucional interno, han generado elementos excepcionales que siempre permearon la figura del principio de legalidad penal esto es desde la existencia del conflicto armado interno, desde los instrumentos internacionales que generan influencia en materia penal y desde la Justicia transicional. Este factor ha construido un

sistema inestable en donde la legalidad penal ha tenido que confrontar situaciones de ausencia de justicia y de prevalencia de derechos humanos frente a la seguridad jurídica.

En virtud del proyecto presentado, se trata de determinar si producto de los elementos citados se produce una ampliación del principio de legalidad penal y si puede ser tolerada en el derecho interno. De igual forma, se analiza si el problema planteado constituye un nuevo paradigma que debe ser adoptado por el sistema jurídico penal que genera contradicción, en esta medida inicialmente se observa que el mismo se trata de resolver en la actualidad mediante la decisión judicial, con sus innegables consecuencias. Esto por supuesto tampoco resuelve el problema de confluencia de múltiples fuentes que generan diversos ámbitos de interpretación.

Teniendo en cuenta tales aspectos, el enfoque que se asume es de tipo estructural con algunas herramientas hermenéuticas de tipo sociojurídico, en la medida en que no se arriba al sistema como paso final de análisis dogmático, sino que se hace necesario examinar el origen desarrollo y consecuencias del principio de legalidad penal. En este aspecto, se trata de observar si desde esta perspectiva, hasta dónde es posible tal aceptación del proceso de flexibilización en materia de legalidad penal y que efectos se produce en materia de legitimidad. Para tal efecto se presentan los siguientes elementos:

1. Objetivo General:

Analizar el proceso de definición e interpretación contemporáneas del principio de legalidad en materia penal y determinar sus efectos y límites en Colombia.

2. Objetivos específicos:

- a) Indagar la evolución, Influencia y construcción del principio de legalidad penal, desde sus escuelas jurídicas, su trascendencia y efectos en el plano jurídico e internacional.
- b) Verificar el alcance del principio de legalidad en el escenario de los derechos humanos y DIH desde los instrumentos internacionales y su relación con el orden

interno.

- c) Identificar los efectos en el principio de legalidad en materia penal, en la justicia internacional desde Nüremberg, Tribunales ad hoc, hasta el estatuto de Roma.
- d) Analizar el contexto y las medidas de excepción procedentes del conflicto armado interno, violencia política, coyunturas etc., y su influencia en el principio de legalidad en materia penal.
- e) Determinar el concepto de interés de justicia material frente a la certeza, su origen evolución y confrontación frente al principio de legalidad actual y seguridad jurídica.
- f) Establecer si los desarrollos internacionales contribuyen a reforzar el sistema de garantías y derechos fundamentales en materia penal, legitimidad etc.

3. Los fundamentos actuales del principio de legalidad: Los problemas a resolver en el caso colombiano

El principio de legalidad en la actualidad puede que no corresponda al concebido en 1801, en términos del *nullum crime sine lege, nulla poena sine lege*. Lo anterior por cuanto, se generan nuevos factores asociados inicialmente, al garantismo penal que producen efectos sobre estos primeros fundamentos. No se trata solamente de los tradicionales elementos concebidos en la ley previa, escrita, estricta, cierta, no retroactiva, etc., se trata de un asunto mayor. Lo anterior supone realizar una primera revisión de los orígenes del principio de legalidad penal, desde la Carta Magna y la Revolución Francesa; además de analizar los procesos de establecimiento del mismo, en virtud de los fenómenos de evolución del derecho y de las escuelas del derecho penal, mediante los cuales se produjeron los elementos que han modelado su estructura actual.

Una vez establecido este origen de tipo dogmático –así como su influencia reciente originada por los procesos de justicia internacional y de los instrumentos de derechos humanos–, es necesario examinar el caso colombiano como centro especial de la

presente investigación. Lo anterior por cuanto en este escenario, confluyen elementos concebidos en las dos vertientes mencionadas.

Bajo esta perspectiva se podrá establecer si el principio de legalidad corresponde a un factor de mayor envergadura que requiere de nuevos fundamentos de orientación para resolver problemas como los que se suscitan en el caso nacional.

Lo anterior resulta pertinente en tanto que a través de estos procesos se pueden verificar los elementos de protección y seguridad del ciudadano, mediante la legalidad penal y la legitimidad del sistema, los cuales, en el caso particular, se someten a circunstancias límite como por ejemplo el revivir instancias prescritas, toda vez que se ha sacrificado a la justicia material y a las víctimas.

También esto acontece frente a situaciones en que se han realizado adecuaciones urgentes de conductas que revestían un carácter internacional y que se mantienen en la impunidad, independientemente de si concuerdan o no con el sistema jurídico constitucional.

Del mismo modo, este fenómeno se observa en casos en los que se ha sacrificado el sistema en actuaciones penales, apelando a interpretaciones forzadas de instrumentos internacionales, para determinar el alcance preciso de acontecimientos graves y relevantes como los crímenes de Estado, los delitos de lesa humanidad o las actuaciones procesales que –para el caso colombiano– incumplen los estándares internacionales (recurso efectivo, debida diligencia, etc.). Incluso también se observan casos en que conviven la tres situaciones y otros fenómenos en los que los límites del orden jurídico penal centrados en la legalidad penal parecen no tener resistencia.

4. Fundamentación y presupuestos cuestionados de legalidad penal interna

Frente a este panorama, la respuesta inicial y actual se generó más que todo en el plano judicial, sin que se tenga certeza cierta sobre el alcance preciso de tales decisiones, sobre todo en el plano de la interpretación penal. Además, sólo a partir de la Constitución de 1991 y con mayor énfasis después del Código Penal de 2000, se advierte lentamente la respuesta legislativa que parece afrontar algunos fenómenos de los advertidos, sin que se

resuelva de plano la problemática citada, aspecto que se analizará en la parte final del presente trabajo. Todos estos factores suponen trazar nuevos límites del principio de legalidad penal dada la presencia de nuevas circunstancias que generan tensión entre los elementos de la ley positiva y la justicia material.

De otra parte, la presencia del conflicto armado genera otros grandes efectos en el objeto de análisis, que parece tener sus orígenes, para efectos de la presente investigación, en el período denominado de la violencia a raíz de los hechos de 1948 en Colombia. Este fenómeno generó graves problemas no solo de legalidad sino también de legitimidad penal, razón por la cual el sistema sigue adoleciendo de seguridad, asunto que será revisado en la segunda parte de la presente investigación.

En relación con este punto es necesario tener en cuenta que, además de lo ya mencionado, se siguen planteando normas de excepción para enfrentar el problema de solución al conflicto armado (Ley de Justicia y Paz, Marco Jurídico para la Paz), lo cual incorpora nuevos elementos de configuración para el sistema de legalidad penal que, sin embargo, continúa siendo casi el mismo problema heredado de la Revolución Francesa, en el plano sustancial. En el plano procesal, se presenta un mayor dinamismo dada su forma vertida desde la posguerra y los tratados de derechos humanos que le han generado obligaciones al Estado en este sentido, y permiten su carácter vinculante; no obstante, esto también parece desconectado de su base inicial generando problemas en la definición concreta del principio de legalidad penal, lo cual también implica la generación de otros límites en el tema analizado.

C. Justificación

La importancia de la investigación reside en la reconstrucción del principio de legalidad penal que desde sus comienzos remotos incidió en la configuración de la democracia y en la final consolidación de los derechos humanos. Este último se traduce en la justicia internacional, protección y persecución efectiva de violaciones a derechos, frente a un sistema marcado por el conflicto armado y la violencia política en Colombia.

De la descripción formulada anteriormente se advierte en el ámbito interno, dos variables que han marcado el desarrollo del sistema penal que funciona a través de estas dos vías

principalmente. Por un lado, el orden penal originario, descrito en la ley que funciona frente a los actos de justicia ordinaria y tradicional. Y en forma paralela, se advierte la existencia de otro que siempre ha regido para los delitos de alto impacto, bajo diversas formas de justicia de excepción y grados de modificación frente al sistema tradicional, con las consecuencias indudables sobre el principio de legalidad.

En los ámbitos nacional y latinoamericano, los instrumentos analizados apenas comienzan a producir sus efectos jurídicos, bajo una concepción clara de integración normativa internacional e interna que seguramente reportará un mayor campo de observación del delito y su proyección en tales límites. Es decir, la tendencia actual pretende desarrollar una manifestación internacional del delito, con sus consecuencias propias en el ámbito interno, lo cual permite identificar un desarrollo frente a los conceptos tradicionales de los principios dogmáticos en materia penal.

La presente investigación reporta novedad, toda vez que la orientación derivada de los instrumentos internacionales objeto de análisis, (Estatuto de Roma de 1998, instrumentos del DIDH, del DIH, etc.) ha provocado la necesidad de un diseño jurídico y político adecuado para la operatividad práctica de la norma internacional en materia penal y la aplicación de las medidas para la lucha efectiva en diversos campos. Por ejemplo, en el terreno de los Crímenes Internacionales, la justicia material, la impunidad y las medidas jurídicas frente al conflicto interno, la violencia política y sus actores partícipes directos del fenómeno.

Todo lo anterior al final, plantea un concepto de legitimidad constitucional que siempre ha estado presente en las instituciones democráticas y que tal vez no ha sido revisado en conexión con las instituciones penales, teniendo como marco de referencia el orden constitucional y no solamente punitivo. En algunos casos, en materia penal se da prevalencia a unos u otros principios; no obstante, en todos los asuntos planteados la interpretación constitucional puede válidamente otorgar prevalencia a la aplicación de la norma del DIDH. Para dar lugar a tales elementos que se desarrollan en la hipótesis que se describe a continuación.

IV. Hipótesis

Los nuevos fundamentos del principio de legalidad penal, deben ser definidos a partir del fenómeno de flexibilización contemporáneo que apunta a buscar en forma concreta, mayor legitimidad constitucional del sistema penal. En este sentido, los efectos expansivos que se presentan en el orden penal interno, derivados de la justicia internacional y de los instrumentos internacionales en materia de protección de derechos humanos (Derechos Humanos, DIH, DPI, etc.), imponen la exigencia de reforzar las necesidades de justicia material, seguridad jurídica y prevalencia de los mismos en la situación especial de Colombia.

De acuerdo con lo anterior, la noción contemporánea del principio de legalidad penal que puede denominarse extendida, se traduce en el criterio de legitimidad constitucional, con el fin de lograr la estabilidad jurídica de las instituciones penales que se proyectan en tal virtud.

A su vez este criterio de legitimidad constitucional permite organizar sus elementos (Legalidad, Seguridad Jurídica, Justicia Material, No impunidad y Prevalencia de los Derechos Humanos) a fin de verificar la estructura constitucional y dar solución a los conflictos que se presentan entre los mismos y que generan impacto en el sistema penal. En este escenario, se requiere analizar mediante la interpretación penal actual que admite incluso las fórmulas de ponderación, la prevalencia de la norma de derechos humanos en materia penal. En este sentido se advierte que este factor también hace parte de la legalidad extendida y a su vez cumple con los requerimientos provenientes de la legitimidad constitucional expresada.

Para tal efecto se presentan los siguientes elementos que configuran la hipótesis:

Formulación de la hipótesis

El concepto de legalidad penal extendida define el principio de legalidad penal en la actualidad. Plantea la intervención y flexibilización de elementos de legalidad tales como: Legalidad estricta, previa y no retroactiva de la ley penal. Todo ello, frente a crímenes derivados de graves violaciones de derechos humanos que se encuentren en la impunidad. En este proceso se afectan los límites temporales y de tipicidad

estricta en favor de la ponderación de normas internacionales de derechos humanos de carácter constitucional.

La noción de legalidad penal extendida, constituye el límite de interpretación actual del principio objeto de estudio. Esta noción se deriva del proceso de transformación en Colombia, que corresponde al concepto actual de flexibilización del principio de legalidad penal.

La noción propuesta resulta imperativa para cumplir con los elementos actuales del principio que ya no se estructuran bajo el concepto de legalidad estricta sino extendida. La misma resulta necesaria frente a los requisitos de legitimidad constitucional, propias del Estado Social de Derecho que nos rige y que se exige aun frente a la noción propia de legitimidad interna del sistema penal contemporáneo. Además, esta exigencia de legitimidad constitucional en materia penal se hace imperativa dadas las circunstancias de legalidad aparente y de actos ilegítimos del Estado que han afectado al Estado Colombiano, provocando circunstancias de impunidad y de violación de derechos humanos. Por ende, el concepto emitido no sólo cumple con esta exigencia paralela de legitimidad constitucional, sino que además resulta adecuada para resolver los problemas de crímenes del pasado en materia penal en discusión en la actualidad. Superado este proceso la confirmación de la legalidad penal extendida se establece como una fórmula excepcional pero necesaria para estabilizar la legitimidad del sistema constitucional y por ende del sistema penal.

Elementos de la hipótesis.

Elemento 1: Proceso de Transformación, flexibilización y consolidación del concepto de legalidad extendida

Es necesario revisar el principio de legalidad en materia penal en Colombia, su estructura y sus consecuencias tanto sustanciales como procesales. Esto, con el fin de pasar de una fórmula propia del Estado de derecho a una del Estado Constitucional de derecho que exige unos rasgos significativos de legitimidad como expresión del sistema democrático.

En el caso nacional esto ha obedecido a un fenómeno que, en principio, se advertía como de relativización, sin embargo, la expresión que se puede verificar es de flexibilización.

El proceso de flexibilización como un proceso en curso, obedece a los efectos expansivos de los instrumentos internacionales (Derechos Humanos, DIH, DPI, cooperación judicial, etc.) y a las medidas de justicia excepcional, adoptadas en virtud del conflicto armado interno de más de 60 años. Todo esto corresponde a un nuevo concepto de legitimidad, y por ende de transformación, hacia un interés de justicia material reclamado internacionalmente.

Como resultado de este proceso, se genera un concepto de legalidad extendida en virtud de los instrumentos internacionales. Esta noción tiene lugar, mediante el bloque de constitucionalidad, de otras figuras internacionales y de interpretación que generan un concepto de legalidad penal amplia y tolerable bajo el sistema constitucional de derecho en Colombia.

Elemento 2: A diferencia del sistema legal del Estado de Derecho Liberal, aparecen nuevas exigencias en materia de legalidad penal que implican la necesidad de cumplimiento de los Factores de legitimidad constitucional, propias del Estado Social de Derecho

El concepto de legitimidad constitucional exigido al sistema de legalidad penal como se indicó inicialmente, se erige a partir de los siguientes elementos: a) prevalencia de los derechos humanos, b) justicia material, c) seguridad jurídica, d) no impunidad y e) legalidad propiamente dicha. En este caso, la legalidad penal se inserta como uno de los elementos de legitimidad en el Estado Constitucional de Derecho.

Para tal efecto, los criterios límite que se pueden fijar en su aplicación deben ser indagados en los elementos de interpretación contemporáneos en materia penal, derivados de los fundamentos constitucionales, de la justicia internacional, de la protección de derechos humanos, de los criterios derivados de la justicia transicional, etc.

Los criterios límite de la legalidad extendida dentro de los factores de legitimidad constitucional señalados, deberán fundarse en una línea que determine la necesidad de

flexibilidad máxima de este principio, para cumplir con las exigencias de justicia material; de tal forma que se permita la interpretación por extensión, y que esta no afecte el sistema penal en su conjunto. Para arribar a este criterio es preciso revisar los antecedentes que generan el advenimiento del Estado de derecho y la consolidación del Derecho como fundamento de la legalidad. También se deben analizar las diversas escuelas filosóficas que al final le otorgan un lugar en la fundamentación dogmática que permite el concepto de seguridad jurídica para el ciudadano. No obstante, esta fórmula se centra en el sistema penal de tipo intrajurídico.

Elemento 3: Existen elementos que afectan la legalidad penal y trazan conflictos jurídicos que producen afectaciones relevantes en los factores de legitimidad constitucional

Se pueden identificar en primer lugar, aspectos que afectan el concepto de legitimidad constitucional, como por ejemplo, la legalidad aparente que implica solamente su expresión legal sin consecuencias materiales. En este caso las graves violaciones del DIDH en Colombia corresponden a esta noción. En segundo término, se presenta el fenómeno de actos ilícitos del Estado que se traduce en un episodio concreto como lo fue el denominado Estatuto de Seguridad, el cual debe excluirse de la normativa nacional y perseguir sus consecuencias en la actualidad, a fin de corregir elementos que no corresponden aún con el Estado de Derecho.

Desde esta perspectiva se observa la primera contrariedad entre legalidad y legitimidad constitucional. Por lo tanto, es necesaria esta legalidad extendida para corregir los asuntos de impunidad y recobrar el sentido del Estado constitucional de derecho, en particular frente a las víctimas.

Elemento 4: Es necesario el proceso de interpretación mediante la legalidad extendida para atender los criterios exigidos por la legitimidad constitucional, toda vez que el asunto trasciende el ámbito intrajurídico penal y sitúa la discusión en el terreno constitucional

De acuerdo con lo anterior se advierte la necesidad de la prevalencia de los principios del DIDH a favor de las víctimas, frente al principio de legalidad penal, sobre todo en

crímenes más graves contra la humanidad. Este proceso expresa el concepto de legalidad extendida también en virtud del bloque de constitucionalidad. En este caso se debe examinar la prevalencia de la norma vigente del DIDH en el momento de los hechos. Para tal efecto se puede acudir a la subsunción del derecho vigente con la declaración del crimen, por ejemplo, si corresponde a una conducta de lesa humanidad, siguiendo el precedente tanto de la CSJ, de la Corte Constitucional y de la Fiscalía General de la Nación. Estos procesos corresponden a mecanismos de legitimación del principio de legalidad inadvertido en los asuntos objeto de decisión.

El sentido de interpretación de la legalidad penal extendida permite igualmente pregonar nuevos criterios viables en materia penal para atender casos límite que afectan la legalidad penal. Así, el criterio enunciado corresponde a una forma de interpretación analogista del derecho penal que busca la posibilidad de más de una interpretación viable, pero tiende a la unificación de un criterio unívoco. Por ejemplo, cuando se examina la prevalencia entre los principios del DIDH frente al principio de legalidad, mediante el ejercicio de ponderación (subsunción y proporcionalidad propiamente dicha), este límite fijado permite comprobar que la seguridad jurídica cede frente a la prevalencia de la justicia material.

En general, se evidencia que los diversos ejercicios de la legalidad penal amplia, se orientan hacia el punto focal de la legitimidad constitucional del principio de legalidad penal. Este proceso corresponde a la tendencia de transformación que puede afectar la certeza y vigencia temporal de la ley. Allí también reside el límite máximo trazado por la justicia transicional que también corresponde a otro mecanismo de legitimación del sistema proyectado por el principio de legalidad penal para cumplir con la legitimidad constitucional aseverada.

V. Diseño metodológico de la investigación. Síntesis de los capítulos descritos

Para el desarrollo del presente trabajo se utilizará el método hermenéutico y analítico hipotético deductivo. Así mismo se empleará el método dogmático jurídico desde la epistemología del derecho, en particular, en el origen y desarrollo del principio de legalidad, que le imprime a esta investigación un plano de valoración inicial de tipo iusfilosófico, desde la visión de la metodología jurídica de Héctor Fix Zamudio. También

se adiciona el método de análisis jurisprudencial, atendiendo los presupuestos del texto el *Derecho de los Jueces* de Diego López Medina.

Los métodos citados se desarrollan a partir del análisis y el diálogo entre las diversas corrientes jurídicas, desde la perspectiva penal internacional; el ámbito de los derechos humanos y desde el orden constitucional. Para tal efecto, la metodología propuesta se apoya en herramientas de tipo descriptivo, históricas, comparativas y propositivas de tipo argumentativo, así como en el desarrollo del método de análisis jurisprudencial con el desarrollo de varias líneas jurisprudenciales en tal sentido.

Sumado a lo anterior, se realiza análisis de contexto jurídico, mediante elementos del estructuralismo jurídico de carácter sociológico, para abordar los procesos de construcción, períodos y etapas de desarrollo evolutivo de los fundamentos del principio de legalidad penal objeto de estudio. En esta tendencia se toma en cuenta la teoría de *Alberto Montoro Ballesteros* quien señala la pertinencia de la metodología citada para problemas como el analizado⁴⁹.

En este sentido, Montoro señala que consiste en preguntarse sobre las leyes que rigen las transformaciones jurídicas, la utilidad que puede tener tal descripción fáctico-jurídica en este acercamiento del fundamento filosófico a la experiencia (a la praxis), sin dar prevalencia ni a lo empírico ni a lo filosófico en el terreno del derecho⁵⁰. Esta observación y descripción tiene lugar en los informes de ámbitos de justicia, en el contexto documental e histórico, etc., teniendo como centro de atención y transformación, las principales consecuencias que a partir de estos factores se han presentado frente al principio de legalidad.

Siguiendo a Montoro Ballesteros, esta complementación de métodos que se pretende realizar implica lo siguiente:

⁴⁹ En este sentido, también se siguen las propuestas que formulan Elías Díaz y Legaz y Lacambra citadas en la presente tesis. De las argumentaciones jurídicas vertidas por tales autores y sometidas a confrontación en la presente investigación, se llegó a la conclusión que el análisis correspondía a tal metodología. El texto base para esta metodología corresponde al siguiente: MONTORO BALLESTEROS, Alberto. *Análisis estructural y conocimiento jurídico*. Murcia: Editorial Universidad de Murcia. 1982, PAG. 55 y ss.

⁵⁰ MONTORO BALLESTEROS, Alberto. *Ob. Cit.* PAG. 55

“En conexión con el principio de legalidad, el análisis estructural puede contribuir a un mejor y más profundo conocimiento de las estructuras y de las formas fundamentales de los sistemas jurídicos al poner de relieve las correlaciones existentes entre los principios y valores que informan el ordenamiento jurídico como totalidad orgánica de sentido y una serie de cuestiones de carácter técnico, jurídico tales como la configuración de fuentes del derecho, el régimen de deberes y derechos subjetivos, en especial el de responsabilidad como en este caso de responsabilidad penal.”⁵¹

En resumen, de acuerdo con el enfoque de la presente investigación, se pretende complementar todos los anteriores métodos para analizar la discusión inicial desde un plano inicial descriptivo, con el fin de confrontar los análisis jurídicos, a partir del método hermenéutico y analítico, junto con el análisis jurisprudencial. De la fusión de metodologías se espera dar cumplida respuesta a la pregunta de investigación formulada.

El diseño metodológico mencionado se desarrolla en los capítulos citados de la siguiente forma:

A. Primera parte

El principio de legalidad en materia penal, desde su evolución y formación dogmática hasta la influencia de los instrumentos y la justicia internacional

1. Primer capítulo. Evolución de las concepciones de legalidad como factor de legitimidad de la ley penal. Desde las primeras formas hasta la noción moderna del contrato social

Este capítulo analiza el principio de legalidad desde sus orígenes, mediante el Método Hermenéutico, y el enfoque dogmático jurídico de tipo teórico documental y deductivo. Se utilizan herramientas de metodología históricas y descriptivas para analizar los antecedentes y elementos de evolución del principio de legalidad penal; comparativas y propositivas, para evidenciar los conceptos de formación de la legalidad y de legitimidad de las primeras nociones del delito y del castigo, hasta el contrato social y la escuela jurídica que los rige. Se trata de reconstruir fuentes primarias, como por ejemplo la “*Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de la Revolución Francesa*” y la Carta Magna. Así mismo se consultan textos de autores clásicos que construyeron los

⁵¹ Ibíd. PAG. 57.

principios del Estado Liberal.

En concreto, se analizan en primer lugar, los orígenes remotos de las primeras formas regladas que se pueden identificar bajo un concepto de legalidad. Este sentido de legitimidad se observa en Israel con sus reconstrucciones bíblicas, en Atenas con las leyes draconianas (año 621 a.C.) y en los preceptos de Solón (año 594 a.C.). Finalmente se produce el advenimiento de las codificaciones romanas (Ley de las 12 tablas 451-450 a.C.- compilaciones Justiniano 527-565 d.C.) que impusieron una orientación hacia los criterios de violación de la ley y un juicio que, por primitivo que pareciera, tenía por objeto hacer justicia y generar un castigo.

En segundo lugar, a partir de la Carta Magna (1215) como primera forma de legalidad penal en Inglaterra, se examina el proceso que tiene lugar a través de múltiples influencias, en las que no solamente el derecho romano ejerce dominio, sino que comparte la tradición de la costumbre y el derecho consuetudinario proveniente de los Celtas de Escocia e Irlanda, los normandos, los anglos, los sajones, los jutos, los Britain y las codificaciones romanas.

Igualmente se estudia el establecimiento de normas y derechos que tienen lugar mediante el concilio de Letrán (1215), y cómo a partir de este documento se prohíben las ordalías y se divide en dos formas el proceso criminal como forma de juzgamiento y por ende de legalidad penal. Por un lado, la Europa continental elige el juicio inquisitivo y los representantes de Inglaterra adoptan el juicio justo de adversarios entre la acusación, la defensa y el juzgamiento. Entre estos dos elementos se define el primer concepto de legalidad, en este caso, del juzgamiento. La legitimidad continúa en poder de la Iglesia.

Sin duda, el primer antecedente del principio de legalidad penal se desarrolla en virtud de la Carta Magna de 1215, mediante la cual el Rey tiene jurisdicción penal en todo el país. Así mismo, se crean instituciones como la apelación de las causas criminales y la jurisprudencia, al igual que se elabora un derecho nacional coherente en Inglaterra (en 1285). Posteriormente, este derecho va a ejercer influencia en la Constitución de los Estados Unidos (1787), en la cual se observa prevalente el alcance procesal del principio de legalidad, mas no su fase sustancial, dadas las características del sistema anglosajón.

Posterior a este evento se aborda la orientación continental del principio de legalidad, a partir de la Revolución Francesa (art. 8 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789). En esta se otorgan las características de determinación, certeza, ley escrita previa, etc. Además, se logra la prevalencia del imperio de la ley, la separación de poderes, la legalidad de la actuación administrativa y la salvaguarda de los derechos y libertades individuales, sobre todo en materia penal.

En este capítulo se analizan aportes del iusnaturalismo como la codificación, que es un proceso representado en el Código de Federico de Prusia (Allgemeines Landrecht), promulgado en 1794; el Código de Napoleón de 1804 y el de Austria de 1811. En Alemania entró en vigencia el Código Civil de 1896 y en Suiza en 1912.

En forma paralela, se analiza la consagración del principio de legalidad en Norteamérica, que permitía un proceso más encaminado a definir las reglas procesales y a tratar de regular los delitos. En este sentido propició también un proceso de codificación similar al derecho continental europeo.

2. Segundo capítulo. Elementos del principio de legalidad penal a partir del positivismo y sus incidencias desde el concepto de justicia

En este apartado se analiza el principio de legalidad, desde su concepción jurídica centrada en el proceso positivista que afirmó su condición dogmática, mediante el método hermenéutico y el enfoque dogmático teórico de tipo deductivo. De esta forma, se estudia el principio de legalidad desde el racionalismo hasta las escuelas jurídico penales actuales. En virtud de lo anterior, se emplean herramientas de metodología históricas y descriptivas para analizar las corrientes de pensamiento y los antecedentes que conformaron la orientación jurídica del principio de legalidad penal. También se utilizan herramientas comparativas, propositivas y dialógicas para evidenciar la evolución de la legalidad penal, los puntos de transición, hasta la conformación de la teoría del delito y su relación con el concepto de legitimidad en la consolidación del Estado de Derecho. En este campo, el método dialógico permite buscar los puntos de encuentro entre cada etapa de evolución. Se trató de reconstruir las fuentes basadas en los autores directos que construyeron los conceptos jurídicos objeto de estudio y que dieron lugar a la concepción

dogmática de la legalidad penal. Los autores clásicos representan cada escuela y movimiento jurídico que otorgaron el enfoque intrajurídico del sistema penal del principio de legalidad, hasta llegar al garantismo contemporáneo.

Bajo este panorama se estudia el principio de legalidad, y cómo se origina su noción latina en el Código Penal Bávaro escrito por Anselm Feuerbach, que constituyó un modelo para el Código de 1871. El principio de legalidad es uno de los pilares del Estado Liberal consagrado en las principales declaraciones internacionales, así como en muchas constituciones y codificaciones penales (Derecho Penal Liberal) y a su vez permite fundar el modelo garantista clásico derivado del precedente de la Revolución Francesa y de la evolución anglosajona.

De igual forma, se examina como desde Hobbes hasta Kant y Hegel se desarrollan las corrientes jurídicas posteriores (contractualismo, racionalismo-historicismo, iuspositivismo) que le dan sentido al derecho penal y por ende al principio de legalidad. Esta orientación, en el derecho penal, considera el factor de evolución del principio de legalidad centrado en la seguridad que se le otorga desde el positivismo hasta la teoría dogmática del delito. En el terreno del derecho penal, se indaga por los factores que dieron lugar a la teoría del delito y cómo a partir del principio de legalidad se proyecta toda esta serie de instituciones jurídicas. Así mismo, se investigan las formulaciones de Kant en el establecimiento de las penas. Según este autor, las mismas sólo pueden ser retributivas y constituyen un castigo por haber delinquido, pues el hombre nunca es medio sino fin, nunca puede ser un instrumento, no se puede pensar en su utilidad ni en la del Estado. Incluso se puede castigar con la pena capital, así no se ofende su dignidad humana. Vale la pena mencionar que es un poco extraña esta noción de dignidad humana centrada en aspectos meramente retributivos, por lo que no tuvo mayores efectos.

Para Hegel, el derecho positivo corresponde a lo que está conforme a la ley. Constituye la fuente de conocimiento del derecho, o propiamente de lo que es de derecho. La ciencia positiva del derecho es por esto una ciencia histórica que tiene como fundamento la autoridad que reside en el Estado. Dentro del campo del derecho penal, a Hegel se le debe el concepto de acción como la exteriorización de la voluntad (subjetiva o moral) que contiene la relación esencial al concepto como deber.

Con respecto al desarrollo de estos fundamentos bajo la sucesión teórica (contractualismo, racionalismo, historicismo y positivismo), los principios establecidos en el positivismo jurídico sentaron las bases del derecho moderno. En este sentido, la intención de Kelsen era la de construir una verdadera ciencia del derecho, en la cual la moral quedara separada del derecho, bajo una construcción sistemática formalista, sin contaminarse con elementos materiales o de contenido valorativo. Es decir, en el positivismo se atiende solamente al orden legal dado. De igual forma, se observa el positivismo formalista o ideológico que fue una versión negativa que se usó en el Tercer Reich o en los regímenes totalitarios como en Rusia (Código Penal de 1922. Se excluye a Kelsen de estas corrientes).

La dogmática jurídica, producto de la evolución del derecho, propició la Escuela Clásica de Carrara en Italia y la denominada Derecho Penal Liberal de Alemania. El esquema de Carrara propone que la conducta se desarrolle en dos aspectos del delito: objetivo y subjetivo. El primero para valorar el acto externo y el segundo para analizar la conciencia y voluntad con capacidad para delinquir (imputabilidad – libre albedrío). Todo ello debe mediar bajo una imputación civil y social.

Por otra parte, se analiza el proceso del derecho penal liberal Alemán, que también llegó a un concepto de imputación, pero en este se confundían inicialmente la antijuridicidad con la culpabilidad. Luego se creó el sistema penal de V. Liszt, Beling y Merkel que separó estos conceptos. Esta Escuela evolucionó hacia el “causalismo” que definió notablemente la teoría del delito fundado en la división tripartita de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Sin embargo, su postura, basada en el resultado, fue reemplazada posteriormente por la acción final, teniendo en cuenta que la sola causalidad no era suficiente para la imputación jurídica de la conducta.

La siguiente escuela, denominada “el finalismo”, depuró el concepto de delito y transformó el análisis de criterios casuales a criterios valorativos de la acción que parte del sujeto de su fase interna y luego los convierte en actos en su fase externa o material. En este momento, el criterio dogmático tendía a la perfección ontológica de los actos basados en el criterio del deber ser. Lo que en el plano del principio de legalidad traza elementos de interpretación cada vez más sofisticados y depurados, en la búsqueda de la perfección

sistemática tanto de la interpretación de la conducta como de su valoración a partir del sujeto y de la acción final, de igual forma intrajurídicos y de carácter ontológico.

Finalmente, el funcionalismo decide romper con el esquema ontológico, luego de depurar el sistema dogmático centrado en el hecho social. Su punto de partida se basó en la construcción dogmática denominada “injusto”. Todos estos elementos deben estar articulados en su interpretación, por la imputación objetiva y la necesidad de imposición de la pena, sobre todo en el esquema planteado por Claus Roxin. En todo caso, tal postura se acompaña del garantismo penal que, desde la visión de la persona humana, permite adicionar los derechos fundamentales. Para los fines del principio de legalidad penal, la postura de Roxin adicionar las garantías que complementan el sistema dogmático del delito. Tales elementos, junto con la necesidad de la pena, sirven de fundamento orientador que causa efectos incluso en la política criminal del Estado y puede generar una nueva estructura tanto del principio analizado como de la legitimidad del sistema.

En la actualidad, la estructura del principio de legalidad reside en su ámbito de legitimidad, y por lo tanto, comprende las garantías penales que se pueden evidenciar en al menos diez elementos que configuran el sistema. Lo anterior genera una mirada en conjunto en donde se observan dos garantías que pueden ser analizadas en forma integral en dicho principio: la garantía criminal y la garantía de enjuiciamiento.

3. Tercer capítulo. El principio de legalidad penal y su construcción desde el ejercicio de la guerra hasta la prevalencia de los derechos humanos. Prohibiciones y violaciones Internacionales. Hacia unas bases de legitimidad internacional

En este capítulo se analizan las bases que contribuyeron a construir la noción de legalidad desde la Justicia Penal Internacional, los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, el interés de justicia material, etc. Este apartado emplea el método hermenéutico teórico dogmático y de análisis jurisprudencial. Adicionalmente, se utilizan herramientas descriptivas e históricas para determinar los principales antecedentes que permitieron la construcción de las prohibiciones y los crímenes internacionales. De igual forma se emplea el método comparativo para determinar las instituciones y procesos constitutivos de la legalidad y legitimidad internacional.

Finalmente, se abordan los procesos de construcción, períodos y etapas de desarrollo evolutivo de los dos fundamentos analizados. Este análisis de contexto hace uso de herramientas del estructuralismo jurídico para abordar los periodos y transiciones de construcción del derecho en tales circunstancias. Las fuentes directas consultadas, corresponden a los principales instrumentos internacionales objeto de análisis, así como a los textos clásicos que en la medida de lo posible pudieron ser consultados. Por último, se emplea un primer examen vertido mediante el análisis jurisprudencial internacional, como en el caso de los precedentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Por otra parte, se aborda la construcción del concepto de legalidad internacional en materia penal, a través del concepto que dio origen a la persecución internacional de crímenes. En este sentido se analiza el concepto del origen primero de la legalidad internacional en el plano de la guerra. Para tal efecto se observa un primer escenario concebido por la guerra justa, que rige hasta antes del siglo XIX en los conflictos armados, junto con las reglas consuetudinarias. Posteriormente, se estudian los conceptos que generaron las prohibiciones internacionales en el escenario del DIH, primero denominadas como crímenes de guerra en el escenario de varios conflictos como la Guerra de Secesión de los Estados Unidos 1863 (Código Lieber), la Convención de Ginebra de 1864, pasando luego por el análisis del Tratado de Versalles de 1919, hasta el Tribunal de Núremberg como primer fundamento codificado de los crímenes internacionales.

En seguida se estudia el proceso de determinación del concepto de legalidad, en virtud de los derechos fundamentales y a raíz de los procesos derivados de la Revolución Francesa, hasta el proceso de consolidación y formación de los Derechos Humanos donde también se consagran estas garantías. En este recorrido se identifica el factor de lesa humanidad que surge del análisis y que permite verificar criterios comunes que después son advertidos tanto en la justicia de derechos humanos como en la justicia penal internacional.

Los anteriores fundamentos constituyen el objeto de represión de la legalidad penal contemporánea, causando una fuerte influencia que ha propiciado la modificación de sus concepciones de interpretación. Las mismas se han desarrollado, en un comienzo,

mediante el concepto de jurisdicción universal que tiene origen en la suma de intereses comunes perseguibles que incluso se superponen a los principios de legalidad interna.

Posteriormente se estudian los precedentes del principio de legalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que han decidido situaciones especiales relacionadas con la reserva legal, la legalidad estricta, la retroactividad de la ley penal entre otros aspectos. Se examina el alcance de tales decisiones en los tribunales de derechos humanos, en materia de legalidad penal frente al sistema del derecho penal.

4. Cuarto capítulo. *El principio de legalidad en la construcción de la Justicia Internacional. Fundamentación desde los Tribunales ad hoc hasta el Estatuto de Roma. Hacia la construcción de las bases de legitimidad internacional, confrontada en una base diversa y ampliada del sistema jurídico penal.*

En este capítulo se examinan las bases que contribuyeron a construir la noción de legalidad desde el escenario de la Justicia Penal Internacional y la labor de construcción de los fundamentos de legitimidad penal internacional, mediante los fundamentos de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario, del interés de justicia material, etc. En virtud de lo anterior se empleó el método hermenéutico analítico de tipo teórico dogmático y de análisis jurisprudencial; además se introducen herramientas descriptivas e históricas para determinar los principales antecedentes que permitieron la construcción de la jurisdicción penal internacional, a partir de los precedentes elaborados en los Tribunales Internacionales. De igual forma, se emplea el método comparativo para determinar las instituciones y precedentes aportados a la construcción del principio de legalidad penal internacional.

Así mismo, para abordar el contexto jurídico internacional que se presenta en una de las fases de la investigación, se adoptan elementos del estructuralismo jurídico; esto último con el fin de abordar los procesos de construcción, períodos y etapas de desarrollo evolutivo de los dos fundamentos analizados, a través de lo cual se puede determinar el criterio de legitimidad penal internacional. Las fuentes directas referenciadas en el texto se remiten a los principales instrumentos internacionales base de la construcción de las jurisdicciones internacionales. Finalmente se emplea el análisis jurisprudencial internacional, como en el caso de los precedentes del Tribunal Militar Internacional de

Núremberg, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, entre otros. Posteriormente se estudia el desarrollo de instrumentos internacionales, en materia de judicialización de crímenes internacionales en la construcción de la justicia internacional. En especial por ser este un factor preponderante, desde la posguerra de 1945, en los precedentes que se promulgaron en virtud del Tribunal de Núremberg. En este orden se analiza también el proceso según el cual, desde los tribunales de Núremberg, así como de los posteriores juicios internacionales de Tokio, el Tribunal para la antigua Yugoslavia y Ruanda, se tuvieron que reiterar los precedentes logrados para consolidar principios y conductas que debían ser acogidos por la comunidad de naciones a nivel internacional.

De igual forma se aborda el estudio de principios de jurisdicción universal que permitieron, en algunos países, la apertura de investigaciones en contra de personas con motivaciones similares de interés de justicia, y que sirvieron de antecedente para la configuración de la jurisdicción del Estatuto de Roma de 1998 (ER).

En el Estatuto de Roma (ER) se describe los alcances del principio de legalidad y las diferencias frente al principio de legalidad del derecho penal común. En este sentido se aborda el concepto que se tiene en este foro especial sobre el principio de legalidad estricta y las variaciones que se presentan en la jurisdicción especial de dicho instrumento.

Finalmente se analizan los conceptos de legalidad que se traducen en el ER y la determinación de los crímenes de su competencia. En este caso, tales descripciones abordan y desarrollan el principio de legalidad de los delitos en la competencia de la CPI, para cuyos efectos se examinan los diferentes requisitos de cada uno, a saber: crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión.

B. Segunda parte

Las diversas transformaciones del principio de legalidad penal en Colombia

1. *Quinto capítulo. El principio de legalidad y su evolución en el orden interno. El contexto y las relaciones actuales*

Este capítulo se aborda mediante el método hermenéutico analítico, de análisis jurisprudencial y de contexto jurídico. Las herramientas metodológicas empleadas son las siguientes: en primer lugar, se utilizan elementos descriptivos e históricos como mecanismo de reconstrucción del principio de legalidad en el caso nacional y sus diversos procesos evolutivos, tanto en materia penal como constitucional. En segundo lugar, se adicionan herramientas comparativas dados los diversos periodos que constituyen la configuración nacional del principio de legalidad, junto con el análisis documental que –en la medida de las posibilidades– se remite a fuentes directas como la recopilación de las leyes de indias y autores del siglo XIX y XX que han sido recuperados para analizar la visión jurídica de la legalidad penal en la época en que fueron desarrolladas.

Para el análisis del contexto jurídico nacional se utilizan elementos del estructuralismo jurídico, con el fin de abordar los procesos de construcción, los períodos y las etapas de desarrollo evolutivo de los dos fundamentos analizados, de los cuales se derivan los principales fundamentos jurídico-filosóficos, junto con los hechos sociales que marcan cada transición en la construcción de la legalidad penal. Finalmente se utiliza el análisis jurisprudencial para evidenciar los precedentes que dieron lugar a las concepciones de la legalidad penal entre los códigos de 1980 y 2000, además de la influencia de la Constitución de 1991.

En la tesis se estudia brevemente los comienzos de la América Precolombina y su paso a la Nueva Granada, para determinar, en materia de legalidad y castigo, las instituciones coloniales de la recopilación de las leyes de Indias que provenían de las 7 Partidas y con ello del poder absoluto del Rey. Es decir, desde el comienzo siempre hubo confusión en la legislación e inestabilidad en los nuevos territorios.

Posteriormente se examinan los primeros antecedentes: por ejemplo, la Constitución de 1811, con la primera independencia que instauraba la República como base del poder legítimo de tales instituciones y sobre todo del imperio de la ley. Como fundamentos de este proceso se describen antecedentes como el Código de Napoleón de 1810 y el posterior Código Penal Francés y el Código español de 1822, que sirvieron a este propósito, junto con la ideología liberal de Jeremías Bentham para la consolidación del posterior código penal nacional de 1837.

De igual forma se indaga acerca del proceso del siglo XIX en el cual se expidieron medidas que giraban en torno a la excepción penal. En este sentido se observa que la legislación de 1873, hasta 1887, fue modificada mediante la ley 57 que unificó la legislación nacional para adoptar el código penal de Cundinamarca para toda la Nación. Luego, bajo la Constitución de 1886, se establece una fórmula de estado de excepción en el art. 121 que durante el siglo XX afectará las garantías judiciales y la ejecución de la justicia militar. Este episodio es relevante, pues durante el siglo XX será reiterativo este comportamiento legislativo, el cual se presenta como uno de los principales elementos que afectará la legalidad penal, incluso hasta la actualidad.

Sobre el particular, se observa que luego de los conflictos del siglo XIX, se presenta un momento interesante en materia jurídica, toda vez que a principios del siglo XX se debaten los fundamentos de la Escuela Clásica penal (plasmados en el Código de 1890) y el positivismo italiano, como elementos que le dan validez al derecho vigente, y a su vez, legitimidad a todo el orden punitivo; esto se extenderá hasta 1936. Igualmente, a partir de 1903 la nación experimentó 40 años de relativa paz, aun frente a los sucesos de 1928 (United Fruit Company) que originaron afectaciones de la legalidad penal, en virtud de la denominada “Ley Heroica” (Ley 69 de 1928), que declaró el Estado de Excepción para reprimir las huelgas y las protestas de movimientos sociales.

A continuación, se estudia los años 40, a partir del acontecimiento que dio origen al conflicto armado: el asesinato del líder Jorge Eliecer Gaitán. Después de este hecho, las medidas de excepción reflejadas en materia penal van a afectar la legislación penal vigente durante la dictadura del General Rojas Pinilla (1953-1957) y con mayor razón en los gobiernos del Frente Nacional (1958-1974). En este contexto se advierte, que el alcance de las medidas referidas y la reiteración de la excepción o estado de sitio, se presentan como formas para salvaguardar las diversas crisis; no obstante, al final se reproducen diversas afectaciones a la legalidad penal ordinaria, representada en ese entonces, en el Código de 1936.

Estos factores de excepción se repiten en el Estatuto de Seguridad de 1978, el cual va a producir una de las afectaciones más graves tanto en la legalidad de los delitos como en la legalidad de la jurisdicción aplicable, nuevamente en perjuicio del código penal vigente. En este caso se precisan los efectos constitucionales de dicha normatividad. De igual

forma se puede evidenciar que a partir de este momento se inician las intervenciones de las instancias internacionales, hecho que no cesa ni siquiera a partir de la Constitución de 1991. En este caso se analiza el período que comprende los efectos de la Carta Política de 1886, frente al Código Penal de 1936, hasta el Código Penal de 1980. En este punto es relevante el estudio jurídico de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) de la época, con respecto a la tradición jurídica y a la concepción de un Estado de Derecho meramente legislativo, a pesar de las medidas de excepción. En todo caso se presenta una evolución dogmática desde la escuela ecléctica italiana de 1936, a la escuela causalista del Código de 1980.

A continuación, se estudia el período que va desde el Código de 1980 hasta la Constitución de 1991. En este sentido, es preciso recordar que el Código de 1980 forjó las bases dogmáticas contemporáneas del principio de legalidad penal, frente al contexto paralelo de excepción, y en perjuicio de la legitimidad jurídico penal. A partir de este momento se observa un periodo interesante en el proceso de transformación de la legalidad penal, toda vez que desde la Constitución de 1991 hasta el Código de 2000 se consolida el garantismo penal, la influencia del DIDH y la injerencia, en materia penal, de los instrumentos internacionales con respecto a los sucesos actuales. Igualmente se produce una evolución del sistema dogmático causalista del ochenta, mediante la postura ecléctica del Código de 2000 que mezcla elementos finalistas y funcionalistas. Esta concepción generó elementos abiertos a la interpretación penal, no solo por la inclusión del bloque de constitucionalidad y la orientación ideológica centrada en la dignidad humana, sino también porque se consolida el sistema dogmático como respuesta a la seguridad jurídica del ciudadano. Igualmente, el código de 2000 contiene elementos de integración de los fundamentos de derechos humanos que comienzan a evidenciar la necesidad de justicia de las víctimas y por lo tanto se encuentra abierto a la interpretación de necesidades insatisfechas de justicia, más aún si se producen casos de impunidad.

En resumen, en este aparte, es evidente que los sincretismos jurídicos se siguen presentando en la justicia punitiva, en el sentido de integración y persecución penal, en materia de derechos humanos; todo ello se traduce en sentencias flexibles a nivel de consecuencias jurídicas. La situación anterior, se muestra determinante a través de la posible conexión entre derechos humanos, exigencias de la justicia internacional y derecho penal; lo cual será objeto de abordaje en el siguiente capítulo, en concreto, frente

a los problemas más evidentes como son la naturaleza de lesa humanidad y la imprescriptibilidad.

2. *Sexto capítulo: Los factores de definición actual del principio de legalidad. El proceso definitivo para asegurar la legitimidad en el orden constitucional*

Este apartado utiliza el método hermenéutico analítico y de análisis jurisprudencial, sumado al análisis del contexto jurídico. En consecuencia, las herramientas metodológicas fueron las siguientes: en primer lugar, se utilizan elementos descriptivos e históricos como mecanismos de reconstrucción del principio de legalidad en el caso nacional. De esta forma se indaga por los procesos posteriores a la Constitución de 1991 y sus diversos elementos internacionales y transicionales que causan efectos en el plano penal y constitucional.

Se adicionan herramientas comparativas, en virtud de los diversos periodos que constituyen la configuración nacional del principio de legalidad y los procesos similares que han sido desarrollados en Latinoamérica. Lo anterior se acompaña de un análisis documental que, en la medida de las posibilidades, se remite a fuentes directas actuales e informes internacionales sobre la situación nacional. Para el análisis del contexto jurídico nacional se utilizan elementos del estructuralismo jurídico, con el fin de abordar los procesos de construcción, períodos y etapas de desarrollo evolutivo de los dos fundamentos analizados, de los cuales se derivan los principales fundamentos jurídico-filosóficos y los hechos sociales que marcan cada transición en la construcción de la legalidad penal. Mediante el análisis jurisprudencial se evidencian los precedentes actuales que marcan los procesos que se contraponen entre la legalidad penal y la influencia de la Constitución de 1991. En este capítulo se analizan las circunstancias actuales que definen el principio de legalidad. En este orden de ideas se observa el concepto de bloque de constitucionalidad como factor de extensión de la legalidad penal estricta. Este factor de interpretación constituye uno de los avances más relevantes, toda vez que a partir de esta norma de reenvío se producen consecuencias importantes como la integración de los instrumentos del DIDH y del DIH para evaluar los aspectos discutidos del derecho penal, como por ejemplo delitos que se asocian a la noción de conflicto armado.

Así se comienza a señalar la importancia de la configuración del bloque de constitucionalidad y sus efectos a nivel estricto y lato, junto con las circunstancias que hacen viable su aplicación en materia penal. Este factor constituye uno de los elementos de legitimidad internacional que hacen posible su integración en la legalidad interna. Bajo este fundamento comienza a ser plantada la prevalencia de la norma del DIDH como factor para la configuración de conductas internacionales, mediante la integración normativa de los instrumentos internacionales. Al final se hace referencia a las decisiones de legalidad penal bajo fórmulas de *ius cogens*. En este sentido, se analizan las fórmulas que han sido elaboradas en otros contextos y bajo las cuales se han establecido mecanismos para extender la legalidad conforme a las prohibiciones internacionales y la subsunción en conductas internacionales.

Posteriormente, se estudia la justicia transicional, siendo este otro factor límite del principio de legalidad que, dado su alcance y configuración, tiene elementos necesarios para establecer puntos de conexión entre la justicia penal interna y la justicia internacional en materia de legalidad penal. En este escenario se presentan elementos estructurales que permiten ejercer la legalidad penal extendida para invocar el alcance de las violaciones internacionales, constitutivas de crímenes internacionales, como conductas de lesa humanidad.

Este concepto se mantiene aun con las modificaciones realizadas en las reformas efectuadas a la justicia transicional, lo cual permite el desarrollo de nuevos contextos de legalidad penal. Pese al alcance de la justicia transicional, se plantea que la misma no puede efectuar fallos de hechos que se han producido en el sistema penal ordinario, aunque sus avances sí se pueden trasplantar a tales sucesos. En principio se tenía clara esta alternativa; sin embargo, con la nueva justicia transicional en el Proceso de paz con las FARC ya se han emitido juicios en este sentido, lo cual todavía está por definirse. En todo caso, se puede evidenciar que la fórmula de la violación del DIDH, del núcleo duro de los derechos humanos y de las conductas descritas en instrumentos internacionales como los crímenes de lesa humanidad, tienen como base elementos de este tipo de justicia de carácter internacional y de las normas de reenvío invocadas en virtud del bloque de constitucionalidad.

Finalmente, se estudia el Estatuto de Roma (ER) como otro de los instrumentos que ejerce influencia en la legalidad penal interna, sobre todo a partir del momento de su suscripción. Igualmente se analiza el factor de legalidad contenido en sus cláusulas, el cual se deriva de sus fundamentos especiales y tiene significación en la legalidad penal interna. Se advierten importantes referencias en la definición de las conductas de lesa humanidad frente al derecho interno.

De igual forma se plantean los tratamientos diferentes que se observan en ciertos elementos comunes que también hacen parte de los crímenes establecidos en el ER y que difieren de la legalidad penal interna. Para tal efecto se analiza cómo, a partir de las declaraciones de lesa humanidad frente a la problemática planteada en los casos no resueltos en el orden interno, se posibilita la subsunción en sus cláusulas, mediante el reenvío de la norma constitucional contenida en el art. 93 de la Const. Pol. A partir de este fundamento se establece un punto de solución a la problemática planteada, a través la invocación de las cláusulas especiales establecidas en tal virtud.

En este aparte se observa que la configuración de los delitos de lesa humanidad en el derecho interno ha generado consecuencias en la transformación del principio de legalidad penal, al incorporar la naturaleza de otras conductas de derecho penal internacional que también tipifican los comportamientos expresados. Este proceso, sin lugar a dudas, interviene en la nueva tendencia de responsabilidad del actor de tales conductas frente a la comunidad internacional, lo cual determina que sus comportamientos no tienen ya sólo influencia en el derecho interno sino también ante instancias internacionales como la CPI. El mismo factor interviene en la certeza legal, en la taxatividad, en las tipicidades internas y en la nueva configuración del principio de legalidad penal.

En síntesis, se puede indicar que el principio de legalidad, dada la gran influencia internacional y la problemática interna, necesariamente debe salir de su esquema dogmático intrajurídico y permitir la revisión de su estructura desde el terreno constitucional, campo que amplía en forma tolerable su contenido por fuera del sistema penal. En los siguientes capítulos se analiza esta situación.

3. Séptimo capítulo: *La necesidad de delimitar el factor de legalidad penal frente a la legitimidad. La norma de derechos humanos y la taxatividad ampliada.*

Este capítulo utiliza el método hermenéutico, analítico y de análisis jurisprudencial; junto con elementos descriptivos e históricos de los fundamentos jurídicos, que dan lugar a la discusión en torno al concepto de legalidad ampliada o extendida, como mecanismo actual de influencia del principio de legalidad. Así mismo, se emplean herramientas comparativas de precedentes similares en jurisdicciones latinoamericanas. Al respecto, se analizan las diferentes posibilidades de la legalidad penal extendida, mediante elementos analógicos, con el fin de descartar todas las posibilidades y conformar un fundamento de interpretación viable frente a los límites temporales y de determinación del principio de legalidad. En este caso se utilizan herramientas de análisis propositivos y dialógicos para buscar los puntos de coincidencia entre los fundamentos de derechos humanos y el principio de legalidad penal. Todo ello atendiendo los factores teleológicos, históricos, lógicos y sistemáticos de interpretación.

Una vez recorridos todos los elementos y jurisdicciones analizadas a lo largo del presente trabajo, se aborda la discusión final sobre el estado actual del principio de legalidad, sus límites, evoluciones y posibilidades de transformación. Además, se pone en discusión su contenido vigente, que procede del campo dogmático, frente al Estado social de Derecho que impone nuevas exigencias y por ende lo traslada a un escenario que está por fuera del sistema penal. En este sentido se puede identificar una primera versión del principio de legalidad penal en el Estado de derecho liberal, atado a la univocidad de su contenido. Luego aparece una segunda fase a la excepción del principio, debido a las normas paralelas que desnaturalizan sus elementos, en virtud de los estados de excepción. Sobre todo, en el caso colombiano.

Posteriormente, aparece una tercera etapa del principio de legalidad fundada en el contenido de los derechos humanos y los principios fundamentales que buscan su represión ineludible. Sin embargo, dados los yerros anteriores, sobre todo los que antecedieron a la Constitución de 1991, resulta conveniente impulsar otros contenidos de justicia alternativa transicional, para reparar los errores del pasado, en este caso particular bajo la cláusula propuesta de intervención excepcional del DIDH. Incluso aquellas vulneraciones flagrantes del orden jurídico interno e internacional que se produjeron, so

pretexto de sostener a toda costa el *estatus quo* legalista del sistema, frente a una realidad violatoria del mismo. A este fenómeno se le ha tratado de calificar bajo nociones de derecho relativo, que supone que al interior del mismo pueden coexistir, múltiples interpretaciones del principio de legalidad penal. Sobre este asunto, todavía no se ha dicho la última palabra, pero lo cierto es que desde la vertiente alemana parece existir una divergencia en cuanto a esta postura.

Es posible que uno de sus teóricos como *Radbruch*, no desarrolle en estricto sentido el concepto de relativización como lo entendemos en términos contemporáneos, toda vez que se refería a la posibilidad de romper con el univocismo imperante hasta entonces y no necesariamente a plantarse en el relativismo dinámico más de corte anglosajón⁵². Por el contrario, en lugar de buscar disolución del sistema, el postulado de *Radbruch* se erigía sobre nociones positivistas ampliadas en interés de justicia⁵³. En realidad, esta versión se puede calificar como otro elemento de extensividad penal, en términos de interpretación analógica permitida en materia penal, mas no en el sentido relativo de dinámica del derecho relativo, vinculante y derogadora de postulados de manera vertiginosa y continua, lo cual ha sido considerado como uno de los principales enemigos de la seguridad jurídica. En contraposición, lo que busca Radbruch es una justicia conciliadora entre la rigidez positivista que produjo las injusticias del nacional socialismo y la prevalencia de la justicia material, obedeciendo a un orden suprallegal⁵⁴.

En este caso, la seguridad jurídica se afecta porque se presenta un conflicto entre justicia material y justicia efectiva, en particular, entre los principios penales y los principios derivados de las violaciones de los derechos humanos que confluyen en crímenes de naturaleza internacional.

Para los fines del presente capítulo se examinará si esta problemática obedece al caso nacional. Para cuyos efectos se tomarán en cuenta aspectos de derecho comparado que, en situaciones como las de Argentina y Perú, han sido determinantes en la decisión de justicia material. Por ejemplo en el caso Simón, Arancibia, Clavel, Barrios Altos Vs. Perú, donde ha sido preponderante la determinación de la violación de derechos humanos

⁵² RADBRUCH Gustav. 1999 Ob. Cit. PAG. 3

⁵³ *Ibíd.* PAG. 3

⁵⁴ *Ibíd.* PAGS. 6 y 7

analizada. No obstante, se observan importantes diferencias, debido a los distintos elementos de contexto que, en todo caso, coinciden en el enfrentamiento entre el sistema penal y la norma de derechos humanos, los cuales al final permiten zanjar la discusión, luego de su análisis específico.

4. *Octavo capítulo: Los principales efectos de transformación del principio de legalidad*

Este capítulo emplea el método hermenéutico, analítico y de análisis jurisprudencial. Para su desarrollo, se hace uso de elementos descriptivos e históricos de los fundamentos jurídicos, los cuales dan lugar a la discusión en torno al concepto de legalidad extendida actual y de legitimidad constitucional, que determinan el concepto final del principio de legalidad. Así mismo se utilizan herramientas comparativas de precedentes similares en jurisdicciones latinoamericanas.

Por otro lado, se analizan las diferentes posibilidades de la legalidad penal extendida, mediante elementos analógicos como por ejemplo en el juicio de proporcionalidad, con el fin de configurar el fundamento de interpretación viable frente a los límites temporales y de determinación del principio de legalidad. En este sentido, se utilizan elementos de análisis propositivos y dialógicos para buscar los puntos de coincidencia entre los fundamentos de los derechos humanos y el principio de legalidad penal. Todo lo anterior, atendiendo los factores teleológicos, históricos, lógicos y sistemáticos de interpretación que rodean la presente investigación.

En este apartado se evidencia la necesidad de ponderación entre la violación de derechos humanos y el principio de legalidad penal, toda vez que el factor de legitimidad consiste justamente en la seguridad jurídica; sin embargo, es imprescindible realizar el test de ponderación para establecer si el sistema penal resulta afectado por la declaración de la norma del Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH). Y si realmente se evidencia una carencia de justicia material que, frente a los derechos del procesado, afecta en mayor medida a las víctimas de sucesos de connotación internacional. Este factor se utiliza en el presente capítulo para verificar que, incluso en los desarrollos recientes relativos a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad (Ley 1719 de 2014), no es posible atarlos a los crímenes anteriores a su vigencia y menos aún a la del Estatuto de Roma de 1998 (Vigencia, nov. 1º 2002-ER).

Frente a esto último se podría objetar que al momento de los hechos, no existía la figura del bloque de constitucional y que adicionalmente se reitera la indeterminación de los delitos objeto de persecución. De igual forma, habría lugar a refutar que en el momento en que se presentaba frente a este presupuesto la definición interamericana de lesa humanidad y de imprescriptibilidad, este fundamento no se realizaba propiamente frente a delitos, sino a violaciones de derechos humanos, asunto que no corresponde con el sistema penal. Bajo tales presupuestos se aborda la discusión frente a los límites que hacen necesaria la intervención constitucional respecto del principio de legalidad.

Examinar los fundamentos tanto provenientes de los derechos humanos como del sistema dogmático en materia de legalidad, parece distinto de los alcances penales, sin embargo, al interpretar los problemas analizados se llega hasta este último factor, en el que las instancias judiciales tendrán que decidir si nuestro principio merece ser intervenido con una cláusula de derechos humanos, para salvaguardar los derechos de las víctimas y confrontar los crímenes del pasado. Sin duda se trata de resolver una situación anómala de nuestro sistema jurídico, en virtud de todos los sucesos que se presentaron en una de sus etapas de evolución, la cual trasciende hasta la actualidad. Por el contrario, de no hacerlo, o continuar con la interpretación formal tradicional, ello implicaría esperar la finalización de todos estos hechos sin resolución y dejar dicha tarea a las actuaciones administrativas, si es que proceden. En todo caso esta opción es distinta del concepto de legitimidad del sistema penal tradicional de tipo intra-sistémico y más bien se expone en su pertenencia constitucional.

También se analiza cómo, la solución a la discusión planteada, parece erigirse en un punto medio entre el sistema penal y los derechos humanos. A partir de allí, la propuesta presentada implica la creación de un argumento que sirve de contacto y fusión entre las dos normatividades para identificar que el problema rebasa las fronteras del sistema penal y del sistema de derechos humanos. En este sentido parece inclinarse la propuesta de la jurisprudencia examinada que a partir de ello implica fundamentos de modulación del sistema penal, mas no de relativización. Esto obedece a que la pretensión del presente estudio es verificar, dentro del sistema, las posibilidades y fenómenos expuestos en el principio de legalidad, debido a que el cuestionamiento principal es precisamente las transformaciones y límites del mismo alrededor de todos los fenómenos analizados en capítulos anteriores.

Ahora bien, a partir del factor de legitimidad se estudia la forma en que el sentido de protección se orienta, básicamente, hacia factores identificados como de ausencia de prevalencia de los derechos humanos, como uno de los componentes definidos en su estructura.

Para finalizar se examina si se afectan los límites temporales del principio de legalidad, para lo cual no basta con la subsunción. Adicionalmente, para entender el fenómeno de la imprescriptibilidad es necesario acudir al test de ponderación y proporcionalidad, con el fin de observar los principios que prevalecen y aquellos que resultan afectados en favor de la justicia material. Luego de esto se arriba al juicio de legitimidad del Estado, en virtud de los casos específicos afectados. De esta forma, se pretende identificar la presencia de dos fenómenos: los actos ilegítimos del Estado y los actos cubiertos por el fenómeno de legalidad aparente. Estos dos elementos afectan la legitimidad del Estado, debido a que ocasionan lesiones a los elementos dentro de este contexto, tales como: la seguridad jurídica, la prevalencia de derechos humanos, la no impunidad, la justicia material y la legalidad penal. A partir de la propuesta anterior, se desarrolla la presente investigación, cuyas conclusiones se exponen a continuación.

PRIMERA PARTE

El principio de legalidad en materia penal, desde su evolución y formación dogmática hasta la influencia de los instrumentos y la justicia internacional.

Capítulo I

Evolución en las concepciones de legalidad como factor de legitimidad de la ley penal, desde las primeras formas hasta la primera concepción moderna del contrato social

Introducción al Primer capítulo

1. Las Bases iniciales del principio de legalidad.

1.1. El principio de legalidad. Los fenómenos objeto de análisis frente a la garantía criminal y de enjuiciamiento

1.2. La noción de legalidad penal desde sus orígenes primarios y su reflejo en las primeras formas de legitimidad

2. El principio de legalidad. Primeros acercamientos de legitimidad a partir de un concepto de enjuiciamiento penal.

2.1. El principio de legalidad desde la Ilustración. La Revolución Francesa e Inglesa bajo el contrato social como formas de legitimidad penal.

2.2. Aportes del lusnaturalismo como Factor de legitimidad del principio de legalidad penal.

Conclusiones capítulo I

Capítulo I

Evolución en las concepciones de legalidad como factor de legitimidad de la ley penal, desde las primeras formas hasta la primera noción del contrato social.

Introducción Primer Capítulo.

En la historia de la humanidad, diversos acontecimientos han construido los elementos básicos del principio de legalidad penal, para advertir, desde las más primigenias sociedades hasta las actuales, que existen factores que rigen y prevalecen para prevenir los atentados contra la sociedad e imponerles sanciones.

En este capítulo se abordará el origen del principio de legalidad, el cual consolida diversos acontecimientos que determinan sus factores de construcción; estos últimos, a simple vista, parecen advertir el principio que hasta hoy nos gobierna. Es decir, si bien se trata de un producto de la modernidad, fruto de los alcances ilustrados, también contiene unos orígenes remotos especiales que pueden tener alcance hasta la actualidad. Es decir, a partir de estos elementos se comienza a elaborar el proceso histórico de evolución del principio analizado para confrontar las bases que dieron origen al principio de legalidad y la consecuente relación bajo el concepto de legitimidad.

En este sentido, se evidencia un concepto de legitimidad que se pretende demostrar en el presente capítulo, basado en principio en el factor teológico o religioso que se representaba en el concepto de la ley para determinar el castigo. Posteriormente se convierte este factor en la ley durante el imperio Romano y finalizada esta etapa se advierten varios procesos de transformación. Por ejemplo, en el medioevo se funda este origen de la legalidad en el poder de la iglesia y a partir de esta se otorga a los hombres, luego en el Estado Absolutista este poder de decretar la ley para el castigo de crímenes pasa al poder del Rey y finalmente con el advenimiento de la Revolución Francesa en el poder del Contrato Social. Sin dejar de lado el antecedente de Inglaterra, que a través de la Carta Magna de 1215, propició adelantar muchos de los procesos referidos. En cada episodio señalado se concibe un concepto de legitimidad de la legalidad penal que finalmente sienta sus bases en el contrato social.

Por esta razón, se hace necesario marcar episodios anteriores que permitieron el fundamento de legalidad penal en la actualidad. Este origen por una parte, es fruto de la Carta Magna en Inglaterra, de donde se desprende el concepto de enjuiciamiento legal y, de la otra, tiene sus raíces en la Revolución Francesa—⁵⁵. El mismo ocasionó el desarrollo de toda una teoría dogmática penal y de una concepción de la sanción penal que se debate entre la retribución justa y la prevención en la comisión de conductas punibles, todo enmarcado en el escenario de un juicio justo.

Todo este desarrollo tuvo que sufrir episodios desastrosos para la humanidad, por ejemplo, el nacional-socialismo que representó un retroceso en la concepción penal, o los regímenes autoritarios que pregonaban leyes penales pero que no podían considerarse en estricto sentido como justicia penal. En otras palabras, podían considerarse legales, pero no eran derecho en términos de justicia material, tan solo en su base formal.

Finalmente, los giros de este principio han generado cada vez más formas diversas y precisas para la interpretación de las conductas penales, así como de la imposición de la sanción; un asunto que en la actualidad se enmarca por la presencia del “garantismo penal” y la defensa de los derechos humanos como nuevo paradigma de la protección por parte del sistema penal y por ende del principio de legalidad penal. A partir de este fundamento y previo al análisis de los antecedentes históricos del principio de legalidad, se plantea en forma inicial el problema y variables objeto de estudio en el presente trabajo como se expone a continuación.

1. Las bases iniciales del principio de legalidad penal

El principio de legalidad constituye, en términos contemporáneos, un postulado que parte de la concepción del Estado Social y democrático de derecho, que ha tenido lugar en su

⁵⁵ El derecho penal moderno tiene sus orígenes ideológicos en la filosofía de la ilustración, en la segunda mitad del siglo XVIII y está fuertemente unido a las transformaciones políticas del Estado posteriores a la revolución Francesa de 1789. La nueva visión del derecho penal se caracterizó por una premisa básica hasta entonces extraña al mismo: *El carácter necesario e irrenunciable de la aplicación de las penas*, pues el anterior derecho concentraba esta función en manos del monarca. Así, dejaba un amplio margen de excepciones y renuncias más o menos discrecionales cuando la crueldad resultaba innecesaria. Estas excepciones eran decididas no sólo por el Rey, a través del consejo de cámara, sino también por los jueces en sus visitas a las cárceles. “Pues quien hace la ley bien puede perdonar su aplicación”. Esta institución entró en crisis debido al iluminismo francés del siglo XVIII. BACIGALUPO, Enrique. Justicia penal y derechos fundamentales. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002, PÁGS. 9-10.

definición, previa decisión política de carácter limitativo del *ius puniendi* del mismo, bajo sus elementos de ley cierta, estricta, previa, no retroactiva, proscrita de analogía excepto si es *in bonam parte*, etc. Sobre este punto es importante la postura que realiza Zaffaroni⁵⁶, en especial porque esta decisión política señala únicamente su función, debido a que todos estos presupuestos no solo son inacabados en su realización, sino también abiertos en su enunciación. La pretensión de taxatividad fue fundada en el presupuesto del *derecho subjetivo de punir*, cuyo titular sería el Estado. No obstante, reitera Zaffaroni, se ha visto que este *juspuniendi* no existe, sino que se trata de una *potentia puniendi* necesitada de contención y reducción. En consecuencia, estos principios no pueden enumerarse taxativamente, pues nuevos conflictos, tecnologías, pretextos, violaciones, discursos, aportes de otras disciplinas, como también por efecto de su propio avance realizador, demandan su permanente actualización⁵⁷.

En este orden de ideas, se revela un primer postulado como lo es el factor Estado de Derecho que significa el sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, que se traduce en los límites precisamente trazados por el principio de legalidad.

En segundo término, el factor Estado Social de Derecho, sirve para legitimar la función de prevención, con miras a proteger a la sociedad, lo que trae consigo la necesidad social de intervención penal⁵⁸. Por último, desde el Estado Democrático, significa poner al Derecho Penal en función del ciudadano, lo que genera ciertos límites que se asocian al respeto de principios como dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano⁵⁹.

Sin duda, lo que se plantea realmente es el punto de discusión sobre la verdadera función del principio de legalidad como se deriva de su fundamentación, de tal suerte que es innegable que dicho principio dirige el destino y los destinatarios del sistema penal y, por

⁵⁶ ZAFFARONI Eugenio. *et. al.* Tratado de derecho Penal, Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Edit. Ediar, 1997. pag. 111.

⁵⁷ *Ibíd.*, pag. 111.

⁵⁸ En el caso de la Argentina, el principio se construye siguiendo esta orientación en el denominado *tipo normativo de ley penal constitucional* que sirve para eliminar las restantes (leyes penales ilícitas). El principio se consagra en la CN (arts. 18-19 y mediante el inc. 22 del art. 75; arts. 9 de la CA y 9 del PIDCP). *Ibíd.* pag. 112.

⁵⁹ MIR PUIG Santiago. Derecho Penal Parte General. 5ª Edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2003. pag. 74.

lo tanto, debe acoger las diferentes tendencias que se producen en la sociedad para que, a partir de allí, se ajuste la finalidad de la legislación y no al revés⁶⁰.

Si la sociedad no participa en este proceso de definición legal, en cuyo caso el sistema penal puede originarse aislado de su contexto y de las personas donde causa sus efectos. En este sentido, es importante el proceso legislativo promovido, toda vez que la legalidad estricta se viola cuando la ley penal es solo un mandato para que el juez agote la voluntad punitiva y termine la obra del legislador⁶¹. Esta legalidad no estricta –o directiva más o menos genérica – no es más que la expresión de una voluntad punitiva estatal, con desconocimiento del respeto al principio de reserva legal que indica que solo está prohibido lo que la ley proscribire y no lo que a cualquier juez se le ocurre. La legalidad, entonces, no se consigna para que el Estado manifieste su voluntad punitiva –que es su sentido autoritario, propio de textos como el italiano de 1930–, sino para que el ciudadano conozca su espacio de autonomía social. Debe, por ende, excluirse toda posibilidad de manipulación autoritaria de la propia idea de legalidad, exigiendo la *estrictez legislativa*⁶²

Conforme a lo anterior, Luigi Ferrajoli (2009) propone los siguientes axiomas del garantismo penal o de estricta legalidad del sistema penal, desarrollados igualmente por Zaffaroni (1997) y otros teóricos, los cuales generan un modelo límite que resulta de la adopción de diez principios fundamentales no derivables entre sí⁶³. El autor citado denomina a estos principios, además de las garantías penales y procesales por ellos expresadas, tal y como se describe a continuación:

⁶⁰ En este proceso, independientemente del diálogo social del tema y según se desprende del anteproyecto del Código Penal Argentino, se enuncia en la exposición de motivos que no basta con la legalidad, sino que es necesario exigir que sea *estricta*, o sea, que el legislador agote los recursos técnicos para que los tipos penales definan claramente la conducta delictiva. ZAFFARONI Eugenio, *et. al.* Presidente. Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto PAG.E.N. 678/12). Art. 1º Principios. Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina. Buenos Aires, 10 de diciembre de 2013. pag. 59 y 356.

⁶¹ ZAFFARONI Eugenio, *et. al.* Presidente comisión legislativa, Anteproyecto código penal. Ob. Cit. pag. 59

⁶² *Ibíd.*, pag. 59.

⁶³ Ferrajoli las denomina en latín de la siguiente forma: A1 *Nulla poena sine crimine*. A2 *Nullum crimen sine lege*. A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*. A4 *Nulla necessitas sine iniuria*. A5 *Nulla iniuria sine actione*. A6 *Nulla actio sine culpa*. A7 *Nulla culpa sine iudicio*. A8 *Nullum iudicium sine accusatione*. A9 *Nulla accusatio sine probatione*. A10 *Nulla probatio sine defensione*. FERRAJOLI Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Novena edición. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Editorial Trotta, 2009. pag. 93.

“1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación”, etc.⁶⁴

Estos diez principios, ordenados y conectados sistemáticamente, según Ferrajoli, definen -con cierto forzamiento lingüístico- el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal. Todo este objeto de estudio fue elaborado sobre todo por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal absoluto y han sido ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno Estado de Derecho⁶⁵.

1.1. El principio de legalidad y los fenómenos objeto de análisis frente a la garantía criminal y de enjuiciamiento

Las bases del principio de legalidad penal, más allá de la problemática puntual objeto de estudio, si se revisa la configuración tanto de los delitos como de las penas, en la actualidad se observa que los principios tradicionales se pueden agrupar en cuatro familias especiales de principios y garantías que monitorean todo el sistema de legitimidad penal y desarrollan la política criminal del Estado tanto a nivel interno como internacional. Esto último, teniendo en cuenta que el principio de legalidad penal es una suerte de “principio de principios” frente a la limitación del castigo penal en el Estado Moderno⁶⁶.

Este desarrollo constitucional del principio de legalidad penal involucra, en primer lugar, la garantía criminal que se refiere al tradicional principio de legalidad penal; la garantía penal que tiene que ver con la sanción imponible y el logro de sus fines. A continuación, aparece la garantía de ejecución de la pena y finalmente se encuentra la garantía de

⁶⁴ Ibíd. pag. 93.

⁶⁵ Ibíd. pag. 93.

⁶⁶ VIVES ANTON Tomás. Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal. Estudios de Filosofía del Derecho Penal. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006. pag. 297

enjuiciamiento, que se refiere al juicio justo que comprende todos los elementos procesales del principio de legalidad penal que deben ser protegidos y aplicados en la actuación penal.

Para efectos del presente trabajo se analizará únicamente la garantía criminal que se define a partir de la descripción precisa de los delitos sujetos a la sanción y límites temporales, de vigencia e interpretativos⁶⁷. No obstante, se hará alguna mención a las relaciones que guarde con la garantía de enjuiciamiento (juicio justo) que obliga al juzgador a encontrar la verdad de los hechos en el proceso, el cual debe prever todos los presupuestos establecidos, para el logro de la decisión y realización de la justicia material. En este caso, los dos fundamentos anteriores que se reservan a la ley exclusivamente para su protección efectiva, en nuestro estudio, pueden estar sometidos a un fenómeno de extensión y transformación en materia de límites del principio de legalidad penal, con mayor vigor en las dos garantías mencionadas⁶⁸.

En este orden de ideas, las garantías señaladas, al parecer, hacen parte de la visión integral del principio de legalidad penal que se presenta inicialmente como una necesidad actual; asunto que se pretende demostrar en el proceso de transformación objeto de estudio. Además, todo esto obedece a que tales fundamentos son los que realmente se han afectado por virtud del proceso indicado el cual debe relacionar precisamente las variables de legitimidad y legalidad penal.

Antes de iniciar el análisis de estos factores, se procederá a reconstruir las bases históricas más relevantes que dieron lugar a los fundamentos materia de examen de la presente investigación, tal y como se vislumbra a continuación. Este aspecto es pertinente y necesario para el análisis crítico que sugiere modelos de transformación por las diversas etapas que han transcurrido en materia de legalidad penal y legitimidad constitucional,

⁶⁷ *Garantía criminal*: Colombia, Código Penal. Ley 599 de 2000. Art. 6º C.PAG. *ARTICULO 6o. LEGALIDAD*. 'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados. La analogía sólo se aplicará en materias permisivas'. Disponible en <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html>. [Consultada el 5 de mayo de 2014]. FERRE OLIVE Juan *et. al.* Derecho Penal Colombiano. Parte General, Principios Fundamentales y Sistema. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2010. pag. 77

⁶⁸ *Ibíd.* pag. 77.

fundamentos que seguramente, corresponden a graves afectaciones a las bases del sistema penal sobre todo en el principio de legalidad penal.

1.2. La noción de legalidad penal desde sus orígenes primarios y su reflejo en las primeras formas de legitimidad

En la antigüedad, la primera relación que existió entre el crimen y el castigo tenía como objeto la imparcialidad, incluso antes de determinar su legitimidad. Así, por ejemplo, si una persona cometía un acto delictivo al interior de una tribu, se producía una disputa que incluía la venganza de sangre y la expulsión de la comunidad. En consecuencia, los castigos debían ser públicos. Así, el talión era fin y medida y permitió el paso al periodo de la “pena tasada”, que a su vez dio origen al derecho penal como poder ilimitado de estas formas primarias de sociedad, regidas por algún tipo de poder público⁶⁹.

En efecto, en los siglos que antecedieron al medioevo y a la modernidad, como referentes de la cultura occidental, pueden identificarse al menos tres sistemas de leyes antiguas (Israel-Biblia, Atenas y Roma) que en aspectos penales implicaban, para el inicio de una causa, la iniciativa procesal de la persona agraviada o de su familia, siesta había sido asesinada⁷⁰. En Roma (Monarquía), para este primer momento en que regían las supuestas leyes reales, el delito se caracterizó por la violación de las leyes públicas⁷¹. En consecuencia, el orden protegido y la pena a imponer se consideraban como una reacción pública contra el delito cometido, es decir, en este primer momento se consumaba la

⁶⁹ JIMÉNEZ DE ASUA Luis. Principios de Derecho Penal. Tercera Edición. Buenos Aires: Editorial Sudamericana-Abeledo Perrot, 1958. Reimpresión. 1997. pag. 31.

⁷⁰ JHONSON HERBERT, Alan; TRAVIS WOLFE, Nancy y JONES, Mark. History of criminal justice. New Jersey: Matthew Bender & Company, Inc. Lexis Nexis Group. Kindle E-Book. Newark, 2008. pag. 29

⁷¹ En este momento es preciso señalar que se da cuenta de antecedentes remotos de la legalidad que establecían en Roma, normas sobre la compensación por el asesinato en forma accidental. Todo ello hacia el año 713 al 673 antes de cristo. Después aparece la lex contra el Parricidio (año 578 al 534 Antes de Cristo) y la lex Valeria sobre los límites de la sentencia en el caso de la pena de muerte (Año 509 antes de cristo) hasta la lex de las 12 tablas que constituye la promulgación de un primer codex en materia penal (año 451 al 450) Lo mismo sucede en Grecia puesto que se establecen leyes sobre la permanencia de magistrados a 10 años (753-752 A.C.) De los años 659 al 510 se establece la primera época de los Tiranos. En el año 621 se expiden las leyes criminales draconianas. En el año 594 se establecen los preceptos de Solón. En el 594 al 593 se establece la posibilidad de apelación a los magistrados en sus decisiones. Del 487 al 422 se establece un tribunal con jurados y en el año 410 al 404 se permite la revisión de las leyes de Nikomakhos. Finalmente, en el 300 al 245 se introducen las reglas para examinar las evidencias. Ibídem Pag. 29

diferencia entre Derecho y Religión, entre *Jus* y *fas*, para asegurar la pena pública⁷². Este procedimiento penal, de todas formas, perpetuó el sistema primitivo de la venganza, en cual el representante del gobernante no actuaba como fiscal, sino como una balanza de comprobación, con un poder soberano de dispensación del castigo. Hasta cierto punto, el perdón de la persona o la familia en el enjuiciamiento podía servir para reducir las penas impuestas por una infracción⁷³.

Durante esta primera etapa lo que se observa es el origen de un sistema que promueve la obediencia hacia un concepto de ley, junto con el origen de un sistema de juzgamiento frente a un acto agravioso para una persona. Estas formas bien regladas o no y con orientaciones teológicas⁷⁴, impusieron, en un primer momento, una orientación hacia los criterios fundados en hechos que violaran la ley y un juicio que por primitivo que pareciera, tenía por objeto hacer justicia. De acuerdo con esto último se presentan los primeros referentes que constituyen el objeto central de este trabajo, sentados en los elementos de la legalidad que se derivan de un hecho considerado como violatorio de la ley con sus características y descripciones, así como también de una ley y un juicio que tuviese por fin un castigo⁷⁵. Lo legítimo, para esas sociedades, era el castigo originado por

⁷² VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal. Traducido de la 18ª Edición alemana y adicionado con la Historia del Derecho Penal en España, por Quintiliano Saldaña. Tomo Primero. Madrid: Editorial Hijos De Reus, 1914. pags. 70-71. En todo caso según Emilce González de Cancino esta relación tuvo dificultades en sus comienzos puesto que el derecho se identificaba como una unidad con la cosa de la cual se predicaba. En los orígenes ambos vocablos se usaban sin distinción para calificar una conducta como justa de acuerdo con un valor comunitario de justicia de probidad de aceptación. Con el tiempo el *fas* se considera como conjunto de ritos de marcado carácter religioso con fundamento en la moral y el *ius* como soluciones basadas en la justicia y en la equidad a cuya ejecución el estado o el grupo contribuyen con la fuerza. **GONZALEZ DE CANCINO EMILSEN**. Manual de Derecho Romano. Edit. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 1996. Pags. 81 y 82.

⁷³ JHONSON HERBERT Alan; TRAVIS WOLFE, Nancy y JONES, Mark. History of criminal justice. Ob. Cit., pag. 30.

⁷⁴ Por ejemplo Israel con sus reconstrucciones bíblicas, Atenas con las leyes draconianas (año 621 a.C.) y los preceptos de Solón (año 594 a.C.), hasta las codificaciones romanas (Ley de las 12 tablas 451-450 a.C., compilaciones de la ley Romana de Justiniano 527-565 d.C.). A lo cual se suma que, en el desarrollo de la ley ateniense, Solón se convierte en magistrado y, a partir de ese momento, las personas pueden ejercer la apelación ante Magistrados (año 504, 593, a.C.), Clístenes expande la ciudadanía ateniense (año 508, 507 a.C.), los casos son juzgados por un jurado (año 487, 422 a.C.), hasta que se produce la revisión de las leyes de Nikomakhos. *Ibid.*, pags. 22-23.

⁷⁵ Frente a este punto de partida, el derecho continental, la filosofía griega y el derecho Romano constituyeron puntos de análisis de suma importancia para fundamentar este tipo de normas y otorgar claridad a las leyes y a sus destinatarios. Por ejemplo, Mauricio Beuchot sitúa las primeras reflexiones sobre la filosofía del Derecho frente a la ley en la época presocrática, que se centraba más en las leyes de la ciudad, y luego en Sócrates, cuya enseñanza se encuentra en Platón y posteriormente en Aristóteles. Esta reflexión en torno a las enseñanzas de estos autores respecto del concepto de normas, desemboca, mediante los estoicos, en la época imperial de Roma con Cicerón, desde la mirada continental. Bajo este trasegar de autores, según Beuchot, se da una reflexión y discusión sobre la ley natural. Entre los sofistas, algunos la negaban y solo admitían la ley

un crimen. Así se puede afirmar la primera concepción de legitimidad del principio de legalidad en esta era antigua, bien desde lo teológico o simplemente a partir de las normas de la organización, por primitiva que fuese.

Bajo esta perspectiva se puede observar cierto origen griego del principio de legalidad, especialmente si se toman en cuenta las fuentes que descansan en la obra de Andócides, *Sobre los misterios*⁷⁶. Según estos documentos, este principio era conocido y aplicado en el año 402 a. C., en respuesta a los Treinta Tiranos que justificaban sus abusos apelando a normas no escritas⁷⁷, situación que motivó a la democracia griega a expandir o restablecer la aplicabilidad del principio, con el fin de asegurar los derechos de los ciudadanos y así evitar los abusos del poder público⁷⁸. Este alcance de la aplicabilidad del principio y el rechazo de la validez de las normas no escritas se convirtió en un punto de constantes discusiones y controversias. Durante este tiempo, puede señalarse el significado político de la distinción entre ley y costumbre, que consiste en que el Derecho reglado se formula mejor mediante su aprobación y se conoce mejor a través de su publicación⁷⁹.

positiva; otros admitían la ley natural, pero la colocaban en el más fuerte; Sócrates, Platón y Aristóteles dedicaban esfuerzos para clarificar lo que es la ley natural, además de la ley positiva; mientras los estoicos le dan un gran desarrollo al cosmopolitismo debido a la época del imperio que les tocó vivir. Este tipo de reflexiones sirvieron de modelo para construir, en estos primeros momentos, el hecho de que existiese una ley y que la misma resultara importante sobre todo para fundamentar el castigo. BEUCHOT PUENTE, Mauricio. Filosofía del Derecho, Hermenéutica y Analogía. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad Santo Tomas, 2006. pags. 13-14.

⁷⁶ Andokides (440 - 390 a.C.) Traducción Andócides. Célebre orador griego, su obra aparece en sus discursos, los cuales mencionan ciertos sucesos relevantes en la historia de Atenas, en la cual tuvo destacada actuación. En su discurso acerca de los misterios (párrafos 11 – 109) enumera muchísimos delitos, leyes y decretos, y alude a la modificación de los mismos según las circunstancias. Señala, en el párrafo 103, lo siguiente: “En efecto señores, me hicieron una denuncia con base en una ley establecida pero la acusación con base en un decreto que antes había, relativo a otros”. RAMÍREZ TREJO, Arturo. Reseña del texto. Andócides. Discursos, Traducido por RAMÍREZ VIDAL, Gerardo. México, D.F.: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1996. pag. 200. También en LÓPEZ EIRE, Antonio. Estilo y Vida en el orador Andócides. Disponible en <<http://ddd.uab.cat/pub/faventia/02107570v3n1/02107570v3n1p59.pdf>> [Consultado el 30 de mayo de 2014].

⁷⁷ DEDES, Christos. Sobre el origen del principio «NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE». Trad. de Alastuey Dobón, Carmen. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.^a Época, no. 9, 2002. pags. 141-142. Disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/list.php?collection_pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-9>. [Consultado el 07 de diciembre de 2012].

⁷⁸ DEDES, Christos. Ob. Cit. pag. 142.

⁷⁹ Ibíd. pag. 142.

En resumen, de acuerdo con *Christo Dedes*, uno de los precedentes conocidos del principio de legalidad se puede atribuir a esa función política que se vincula con la divulgación de las reglas que se realizaban en la Antigua Grecia, mediante la inscripción de la norma en las tablas que estaban ubicadas cerca del ágora para que todos los ciudadanos de “*la polis*” pudieran conocer las leyes⁸⁰. En este punto se observa cierto grado de madurez con respecto al concepto de leyes, pese a los giros intempestivos de sus modificaciones, y dado el carácter de la democracia griega.

En cuanto al proceso romano, en su segunda fase (Roma republicana), se determinó, mediante *las quaestiones*, el procedimiento tanto de la determinación del crimen como del castigo, lo cual conformaría la estructura del Derecho Penal Romano. Esto se aplicaba tanto para delitos de la situación senatorial dominante considerados de importancia política, como para los delitos comunes (Reforma de Sila, Leyes Corneliae, Juliae de Cesar y Augusto, condensadas en el Digesto -del 529 al 529 d.C.)⁸¹, para continuar con la tradición de situaciones especiales de delitos de carácter público, junto con los desarrollos especiales para los delitos privados⁸².

En ese orden, los delitos privados se perseguían ante la justicia civil con una demanda del lesionado, mientras que los delitos públicos claramente identificados establecían unas leyes particulares, según las cuales, para cada hecho existía una pena legítima (casi siempre de interdicción)⁸³.

⁸⁰ Ibíd. pag. 142.

⁸¹ Constituye todo el derecho condensado en el conjunto del *Digesto* o *Pandectas*, recopilado de todo el derecho antiguo por la autoridad de nuestro señor sacratísimo Justiniano Augusto (Tercer Tomo). En el colofón en griego, se lee: “El príncipe Justiniano compuso este libro que armó Triboniano para el Gran Emperador Universal como un muy ornado Escudo de Hércules, en el que Brillan las figuras todas de la ley. Los de Asia y la reconquistada África, los de Europa, súbditos son de quien gobierna el universo mundo”. Además, en el *Digesto* de Justiniano se establece, en el título IV, que “La ley Julia de lesa majestad que define este delito como aquel que se comete contra el pueblo romano o contra su seguridad”. Así mismo, establece en el título V la Ley Julia sobre la represión de los adulterios; en el título VI la Ley Julia de la violencia pública; en el título VII la Ley Julia de la violencia privada y en el título VIII la Ley Cornelia sobre sicarios y envenenadores. JUSTINIANO. El Digesto de Justiniano. Tomo III. Libros 37, 50. Versión Castellana por A. D’ORS. HERNANDEZ TEJERO F., PAG. FUENTESECA. M. GARCIA-GARRIDO y BURILLO. J. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1975. pag. 678 y ss.

⁸² VON LISZT, Franz. Ob. Cit. pags. 73 y ss.

⁸³ VON LISZT, Franz. Ob. Cit. pag. 74. Desde los orígenes y hasta fines de la República, se clasificaron los delitos entre públicos y privados. Los delitos públicos eran de perjurio, incendio, prevaricación del juez, falso testimonio, entre otros. Los más importantes son el parricidio y el *perduellio* o ataque contra el Estado, que incluía traición a la patria. Por parricidio se entendía la muerte de cualquiera persona, no en el sentido actual limitativo. En tanto que los delitos privados eran la injuria, el *furtum* y el *damnum iniuria datum*. ERRAZURIZ

Sobre el particular, es importante destacar la conjugación entre los crímenes y el proceso, toda vez que la denuncia pertenecía al pueblo en los delitos públicos, en cuyo caso el *dolus* era exigible, así como también la tentativa y la complicidad, las cuales eran castigadas. Así mismo los jueces estaban llamados a resolver sobre la culpabilidad y la inculpabilidad⁸⁴. Sobre este aspecto Teodoro Mommsen señala que no existía propiamente un concepto de tentativa, pues la consumación o intención vulneraba las leyes romanas. La codelincuencia era el mecanismo de participación bien de instigación, de participación directa o de colaboración posterior. En cuanto a la culpabilidad no se trataba de un mecanismo subjetivo elaborado, como el posterior de la teoría del delito sino de una medida en la intensidad frente a la violación moral de las leyes. Se trató de una evolución en tiempos de la república en el sentido de interpretación de las mismas⁸⁵. Mommsen señala en este sentido que cuanto más se complicaban las relaciones sociales y más estrechamente se trata de acomodar la ley moral en ley penal se exige que se fijen de un modo positivo los elementos de un hecho delictuoso y esta fijación se sujeta al arbitrio⁸⁶.

Vale la pena destacar que en Roma los reatos públicos afectaban a toda la sociedad y al Estado, por lo tanto, se castigaban con una pena en beneficio de la sociedad; en contraposición, los delitos privados afectaban solo a la víctima del delito y a su familia, y la pena se establecía únicamente en beneficio de ellos⁸⁷.

De igual forma, en este periodo de la época clásica (La República), se mantiene la distinción entre delitos privados y públicos pero se amplía su número. De estos últimos, se

EGUIGUREN, Maximiano. Manual de Derecho Romano. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. Tomo II.,1987. pag. 321.

⁸⁴ VON LISZT, Franz. Ob. Cit. pag. 74.

⁸⁵ MOMMSEN Teodoro. Derecho Penal Romano. Editorial Temis. Segunda Edición. Bogotá D.C. 1999. P.P. 62 a 69.

⁸⁶ IBIDEM P. 62.

⁸⁷ Dentro de la evolución de los delitos en Roma, conviene distinguir tres momentos: el primero va desde los orígenes (753 a.C.) hasta fines de la República; el segundo corresponde a la época clásica y se extiende desde fines de la República hasta los tres primeros siglos del Imperio; el tercer período de la historia de Roma va desde el siglo IV d.C., en el cual comienza el Bajo Imperio, hasta Justiniano (siglo VI d.C.). ERRAZURIZ EGUIGUREN, Maximiano. Ob. Cit. pag. 321.

castigan los atentados contra el emperador o la República; el adulterio; a los que van armados con dardos para matar a una persona; al que mata a un descendiente o ascendiente; al que falsifica un documento público, un testamento u otro documento, entre otros. Se mantienen como delitos privados, la injuria, el *furtum* y el *damnum injuria datum* o daño en propiedad ajena, etc.⁸⁸

Finalmente, en una tercera época del derecho penal en Roma, que corresponde al Imperio, subsiste la oposición entre los *crimina pública* y *delicta privata*, desaparecen algunos crímenes públicos, se adicionan otros como el *crimen majestatis*, y se mantienen las leyes *Cornelia* y *Juliae*. Este es un periodo de incremento severo de las penas y de la disminución de la determinación y claridad del concepto del delito⁸⁹. En otras palabras, subsiste el criterio de la ley como factor de juzgamiento pero su contenido comienza a disgregarse de la claridad inicial de las épocas anteriores. Durante este período en particular, y a partir del Bajo Imperio hasta Justiniano, volvió a ampliarse el número de delitos públicos y, a su vez, en los delitos privados, se aprobó perseguir judicialmente al delincuente y reemplazar la sanción pecuniaria por una pena corporal⁹⁰.

Luego de este período, que transcurre desde las leyes antiguas del Imperio Romano hasta su decadencia, se ha mencionado brevemente a tres culturas que tienen injerencia directa con la civilización occidental, sobre todo en sus conceptos de legalidad frente a lo que se consideraba como crimen y frente a sus primeros elementos de legitimidad, más que todo vinculados al poder del Rey, del César o del emperador. Sin embargo, finalizando la era del imperio comenzaron a presentarse tensiones entre las leyes que regían todas las relaciones dentro de las áreas geográficas que antes pertenecían al imperio y las leyes que se aplicaban únicamente a los individuos específicos habilitados por nacimiento o por asociaciones tribales; esta fue una de las situaciones típicas que llevó al colapso del imperio romano de occidente⁹¹. El fenómeno consistió en que muchas tribus, por ejemplo, los germanos se trasladaron a Italia y al resto de las provincias que

⁸⁸ Ibíd. pag. 322.

⁸⁹ VON LISZT, Franz. Ob. Cit. pag. 77.

⁹⁰ Esto se debía a que muchas veces el reo era insolvente y nada se entregaba a la víctima de un hurto toda vez que el delincuente generalmente no tenía bienes. ERRAZURIZ EGUIGUREN, Maximiano. Ob. Cit. pag. 322.

⁹¹ JHONSON HERBERT, Alan, *et. al.* Ob. Cit. pag. 1262.

anteriormente estaban en manos de Roma. Esto ocurrió a partir del 476 d.C., que es considerado como el año del fin del imperio, trayendo inicialmente cambios en las leyes y la adición del derecho consuetudinario.⁹² En algunos casos, se eliminó el derecho romano y se aplicó su propio derecho consuetudinario en todo el territorio conquistado. En otros, se permitió el uso del derecho romano por parte de los Romanos que continuaban viviendo en sus tierras, pero se aplicaron las costumbres tribales a su propio pueblo⁹³. Los francos fueron particularmente generosos a la hora de tolerar la persistencia de costumbres tribales a lo largo de la normativa del derecho romano y, en consecuencia, Francia (hasta la época de Napoleón Bonaparte) se rigió por el derecho romano en el sur y por una variedad de leyes consuetudinarias del norte⁹⁴.

Inglaterra, por su parte, fue parcialmente influenciada por el Derecho Romano y derivó sus principios de derecho también de otras fuentes locales sobre una base territorial, fundándose en gran medida en el derecho consuetudinario normando y anglosajón⁹⁵. Esto

⁹² Poco después de la caída del Imperio Romano, se tenían como pueblos germanos a los burgundios procedentes del Báltico, establecidos en las riveras de los ríos Main (277 d.C.) y Rin (siglo V. d.C.). Por otro lado, aparecían los lombardos, pueblo germánico oriental establecido en el Danubio hacia el siglo VI e instalado, por el propio Justiniano, en la Panoia (546 d.C.). Se dirigieron a Italia entre el 568 y el 573 d.C. y ocuparon la llanura del Po, Milán y la Liguria, región a la que llamaron Lombardía. En cuanto al reino de Germania, los pueblos afines a esta cultura ocupaban las regiones de Alemania, Baviera y Sajonia, Franconia y Turingia; sin embargo, su consolidación se produce con el Tratado de Verdun en el año 843 d.C., con el primer Rey, Luis el Germánico (843 al 876 d.C.) Por su parte, el derecho lombardo permitió al Rey Rotario la emisión del *Edictum* (643 d.C.) que ha sido considerada como la más completa de las leyes bárbaras. Esta obra contiene una individualidad propia que mezcla una influencia latina con una orientación germana bien acentuada. Por ejemplo apelaba el principio de personalidad del derecho que no se aplicaba inicialmente a los súbditos romanos. No obstante, allí se notaban las diferencias entre un derecho evolucionado románico y un derecho incipiente y pragmático germánico. ESPITIA GARZÓN, Fabio. Historia del Derecho Romano. Segunda edición. Bogotá. D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006. pags. 510 y ss. JHONSON HERBERT, Alan. *et. al.* Ob. Cit. pag. 1262.

⁹³ Debido a los constantes conflictos se llegó a un acuerdo para que cada uno, el germánico y el romano, hiciesen juramentos conforme a sus leyes. Todo esto obedecía a las férreas costumbres germánicas y a la cristianización lombarda que dieron lugar a un mosaico legislativo bajo el gobierno de Liutprando (713-735 d.C.). Finalmente el derecho germánico alemán continuó siendo esencialmente consuetudinario con celosa guarda de las pequeñas identidades territoriales. GARZON ESPITIA, Fabio. Historia del Derecho Romano. Ob. Cit. pag. 533.

⁹⁴ JHONSON HERBERT, Alen; TRAVIS WOLFE, Nancy y JONES Mark. History of criminal justice. Ob. Cit. Chapter 2. pag. 1262.

⁹⁵ Contrario a lo que sucedió en casi todos los países de la Europa Continental y pese a que la ocupación romana, iniciada por Claudio en el año 43 de nuestra era, duró más de 300 años hasta el 407, fecha del abandono de los romanos de la Isla, la influencia del derecho romano en la formación del Derecho Inglés fue escasa. Es decir, la romanización de Inglaterra no fue tan profunda como en otras provincias del imperio, por lo cual, a la salida de los romanos, los pueblos que ocupaban el territorio tuvieron un desarrollo independiente y la cultura latina casi cayó en el olvido. Tan solo los britanos del sureste fueron los que más asimilaron la cultura romana, debido al fácil acceso y fertilidad de estas tierras, mientras que en territorio celta nunca se presentó dominación romana. Lo anterior significa que nunca fue permanente la influencia romana en ningún

obedece, en buena parte, a que la dominación romana se produjo en la gran isla de Bretaña en el año 43 d.C., en una población celta poco desarrollada en el norte, con un régimen monárquico y en el sur en otra población en fase oligárquica⁹⁶. Dadas las condiciones de la Isla, en algunos territorios ocupados por los anglos, los celtas, los normandos, los sajones, los jutos y los daneses, se mantenían sus costumbres y autonomía, más allá de la Ley Romana⁹⁷. Por ejemplo, la conquista nunca se extendió a los Celtas de Hibernia (Irlanda) y de Caledonia (Escocia), más bien estos pobladores originarios resultaron impermeables a la influencia cultural romana. En general, la isla de Bretaña correspondía más a un país rural que no se romanizó tan a fondo como España o las Galias⁹⁸. Sin duda este hecho produjo un derecho distinto del continental, dadas las mezclas entre las costumbres originarias y las instituciones jurídicas romanas. Sin embargo, el logro de la autonomía local implicó que las leyes anglosajonas de la isla siguieran el principio de la personalidad del derecho en su aplicación, el cual fue sustituido al final por el de territorialidad, un factor que dejó al descubierto que los pobladores estaban en el proceso de creación de una entidad territorial cuando apareció la invasión de los normandos⁹⁹. Indudablemente esta construcción obedeció a la relación de múltiples

territorio de Inglaterra. MORINEAU, Marta. Una Introducción al *Common Law*. El derecho inglés. Primera Edición 1998, primera reimpresión 2001. México, D.F.: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. pags.10-11.

⁹⁶ PIRENNE, Jacques. Historia Universal. Las grandes corrientes de la historia. Volumen I. Desde los orígenes hasta el ISLAM (Siglos XXX A.J. al VI D.J.). Traducción de la Cuarta edición francesa de Julio López Olivan, José Plá y Manuel Tamayo. Barcelona: Editorial Éxito, S.A., 1974. pags. 320-321

⁹⁷ En el siglo VI, pese a la cristianización, las leyes en la isla de Bretaña se seguían escribiendo en otra lengua distinta al latín: en la lengua anglosajona, aspecto que marca diferencias con el continente. En síntesis, el derecho en Inglaterra se desarrolló de manera autónoma, a diferencia del proceso de codificación continental, por lo tanto tiene una continuidad histórica invariable en los principios del *common law* y la *Equity*. Del mismo modo, a la salida de los romanos (siglo V) no hubo una unidad territorial ni una unidad jurídica, por lo que los diferentes pueblos tribales de origen germánico se asentaron en la isla. De esta forma se establecieron los sajones, los jutos, los anglos y los daneses; cada uno de los cuales tenía su derecho formado por leyes de carácter consuetudinario, de tal modo que las leyes sajonas –que llegan hasta nuestros días– se derivan de las interpretaciones producidas después de la invasión normanda. Estos grupos de leyes se conocen, durante el primer periodo que va del 596 al 696 d.C., como las leyes de los Reyes de Kent, Edelberto y sus sucesores. En estas subsiste la costumbre no escrita declarada por los tribunales del lugar como derecho aplicable. El segundo período corresponde a las leyes sajonas occidentales del rey INE del año 688. También Alfredo el Grande (890 d.C.) realizó una compilación de leyes existentes, conocidas como las Leyes de Alfredo el Grande. Después aparecen las leyes de Eduardo el Viejo (901 d.C.) y de Eduardo El Confesor, que fueron compiladas luego de la conquista normanda. Finalmente aparecen las leyes de Canuto Rey de Inglaterra y Dinamarca en 1035, quien promulgó un código para su aplicación a sajones y daneses. MORINEAU, Marta. Una Introducción al *Common Law*. El derecho inglés. Ob. Cit., pags. 13-14.

⁹⁸ *Ibíd.* pag. 321.

⁹⁹ MORINEAU Marta. Ob. Cit. pag. 14.

corrientes jurídicas con muchas excepciones, lo que propició la aplicación de los principios mencionados (territorialidad y personalidad). En todo caso se observa una autonomía especial de la jurisdicción desde su construcción y un respeto a las costumbres del derecho común, lo que generalmente otorgaba unidad para las partes y por ende la concepción de legitimidad del derecho.

Pese a lo anterior, la única excepción fue la exención del clero inglés de la ley criminal real, toda vez que al igual que en la Europa continental, a éste se le permitió el derecho a un juicio en los tribunales eclesiásticos, de acuerdo con las normas de derecho canónico¹⁰⁰. En particular, este fuero eclesiástico se originó en la concepción del poder de la Iglesia, sobre todo a partir del Papa Gregorio VII (1073-1085), según el cual, dicho poder sería válido en tanto proviniera del jefe de la Iglesia, toda vez que Dios otorgó al papa el poder de desatar y atar en la tierra, afirmando de este modo la superioridad de la Iglesia sobre el Estado¹⁰¹.

Este punto fue importante, debido a que la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos, durante la edad media, era tan amplia como el poder de la Iglesia, en cuyo caso dichos tribunales, por ejemplo, en Inglaterra no fue solamente especial para los clérigos sino también para los laicos, especialmente en temas de moralidad (blasfemias, difamación, alcoholismo) matrimonio, defunción, etc.¹⁰². Bajo estos conceptos se formaba la legitimidad del derecho en general. En la práctica, la estructura de los tribunales eclesiásticos ingleses continuó siendo la misma, a pesar de la reforma propugnada por Enrique VIII, a través de la abolición de una especie de recurso de apelación (Derecho Final de Apelación) que se efectuaba ante la curia papal. Sumado a esto, el derecho que se aplicaba –como se mencionó inicialmente– no correspondía al *common law*, sino al derecho romanizado proveniente del derecho civil (*civil law*) de Europa y del derecho canónico de la Iglesia¹⁰³. Es decir, podían coexistir dos fuentes de enjuiciamiento penal legítimas: la propia del *common law* y el derecho romanizado de la Iglesia.

¹⁰⁰ Esto en la práctica dio lugar al "beneficio del clero", y propició también a la ilegalidad por parte del clero ordenado. JHONSON HERBERT, Alan. *et. al.* History of criminal justice. Ob. Cit., pags. 1268 y ss.

¹⁰¹ NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Undécima Edición. Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 2010. pag. 190.

¹⁰² JAMES, Philipag. Introducción al Derecho Inglés. Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 1996. pags. 42-43.

¹⁰³ JAMES, Philipag. Introducción al Derecho Inglés. Ob. Cit., pag. 43.

Dejando de lado esta excepción, en cuanto a los principios de personalidad o territorialidad, hay aspectos positivos y negativos tanto de la ley territorial como del derecho personal. En especial porque este fundamento de personalidad estableció conceptos como el de normas, mientras que los sistemas basados en el principio territorial, implicaban que todas las personas situadas en la comarca gobernada, ya fueran nativos o extranjeros, estaban sujetas a las mismas leyes, no interfería el principio de personalidad para variar el criterio de las normas¹⁰⁴. En alguna medida, los criterios de justificación se regían por elementos mínimos a los cuales la sociedad obedecía y eran considerados fuentes normativas. Por otro lado, si deseaban romper las leyes territoriales, podían hacerlo con impunidad, tomando como alternativa ir a un territorio donde no se aplicaran dichas normas. En los sistemas de derecho de las personas, las reglas dentro de un país determinado diferían entre sí, debido a que cada persona podía tener derecho a un conjunto diferente de leyes consuetudinarias. Sin embargo, la persona sujeta al derecho consuetudinario llevaba su ley con ella, y por lo tanto podía estar sujeta a un castigo donde quiera que se encontrase¹⁰⁵.

Derivada de la tradición de estas formas de Estado, del reino o del lugar, de alguna manera permaneció una costumbre de vigencia de una ley que otorgaba legitimidad a todas las relaciones sociales, incluso al crimen y al castigo. En el medioevo, este fenómeno obedeció a una idea de *Lex Naturalis* que resultaba superior a las propias formas de Estado; incluso, a través de esta, se tenía la noción de que sus reglas estaban por encima del Papa, del Emperador, del gobernante o del pueblo soberano, en fin, por encima de los mortales¹⁰⁶.

Sobre este aspecto se puede observar que el criterio legitimador afirmado presenta una evolución inicial hacia la concepción de la ley, que tuvo como epicentro en la Baja Edad Media la discusión entre la *lex divina*, la *lex naturalis* y la *lex positiva*. En la primera (*lex divina*), que tuvo primacía casi hasta el siglo XIV, la ley divina otorgaba el poder al papa y este derivaba el poder temporal a los príncipes. En la segunda, surgió la ley natural de prevalencia frente a los hombres, los reyes y el mismo pontificado; esta noción se

¹⁰⁴ JHONSON HERBERT, Alen, *et. al.* History of criminal justice. Ob. Cit., pags. 1268 y ss.

¹⁰⁵ *Ibíd.* pags. 1268 y ss.

¹⁰⁶ SAGÜES, Néstor Pedro. Teoría de la Constitución. 1ª Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004. pags. 2-3.

desarrolló y sirvió como factor de cohesión en el medioevo para indicar que esta era, incluso, anterior al reino, como se indicó anteriormente. Es decir, entre la ley divina, la ley natural y la ley positiva junto con el poder del Papa y el proceso de otorgamiento a los señores feudales, se concibió el concepto durante este tiempo que va a generar la legitimidad del crimen y el castigo.

En este contexto, la distinción entre el ámbito natural y sobrenatural de la vida colectiva (Santo Tomás, siglo XIII) implicaba que la ley natural estaba por encima de todos los mortales y a ella debían acogerse tanto el poder temporal como la ley positiva¹⁰⁷. Con estos fundamentos se regulaban las instituciones jurídicas tales como el castigo judicial, lo cual se puede considerar como el primer límite orientador para este momento, en términos, al menos reconocibles, para regular como se indicó el delito y sus fuentes de legitimidad en la sociedad¹⁰⁸.

¹⁰⁷ En este sentido, Tomás de Aquino sostiene que lo natural es universal e inmutable y se pueden establecer premisas como por ejemplo que es de equidad natural devolver lo prestado. Esto en la naturaleza humana puede fallar. En cambio el derecho divino abarca cosas que son justas por naturaleza pero su justicia está oculta a los hombres. No le pertenece al hombre su definición como en la primera situación. Allí aparece una distinción de tipo espiritual. Continúa señalando que también hace parte de esto las cosas que lo son por institución divina como algunas mandadas porque son de suyo, buenas, y otras prohibidas porque son de suyo, malas. Aquí también se observa la esfera espiritual del Derecho Divino, con lo cual se acrecientan las diferencias anotadas por el Aquinate. Ahora, el derecho positivo se deriva de hacer aquello que sea justo y que de por sí no repugne la justicia natural. En este caso, este factor de justicia, basado en la voluntad humana, sí le pertenece a los hombres. Legal es lo justo siempre y cuando no repugne la ley natural. En todo caso, el Aquinate define el derecho o lo justo natural, refiriéndose a la ley natural como aquello que es o está adecuado o conmensurado con el otro. De tal forma que una especie de esta ley natural se concibe en el derecho de gentes constituido por la razón natural, observada entre todos los hombres de las naciones. En este campo tales diferencias señalan, sobre la realidad, la manera en que se ejerce la justicia y –dependiendo de su alcance– a los hombres, corresponde bien a la ley natural o al derecho positivo. Sin embargo, aquellas cosas que están ocultas al ser humano no corresponden a ninguna sino a la ley divina. DE AQUINO, Tomás. Tratado de la justicia. México: Editorial Porrúa, 2004. pags. 151-152.

¹⁰⁸ En este sentido hay que tener en cuenta, en primer lugar, que en la obra de Tomás de Aquino se acude a la ley natural, aunque el castigo tiene un origen teológico al indicar que parte del pecado y luego se juzga como acto que debe corresponder a la justicia de los hombres. Sin embargo, los fundamentos indican, según el tomismo, que no se puede juzgar si la ley escrita contiene algo contrario al Derecho Natural porque es injusta y no tiene fuerza obligatoria. También es contraria al derecho natural si la ley es deficiente. Ante esta situación no se puede juzgar conforme a la letra de la ley sino conforme a la equidad pretendida por el legislador. Ahora, con respecto al castigo, se sostenía que si una acción injusta era voluntaria, era más grave que la simple injusticia y así equivalía a un daño mayor. Por eso se debía castigar más gravemente, tomando en cuenta no precisamente una diferencia subjetiva sino objetiva. Además el pecador no es distinto del hombre justo y por lo tanto merece de un juicio público para que quede claro si es necesaria la muerte para el bien común. En todo caso, la justicia tiene una razón de bien común, no debe afectar a los demás. Esta justicia corresponde a los príncipes terrenos y no a los clérigos que tienen un ejercicio espiritual. Los castigos no deben ser aplicados por ellos sino por otros según su autoridad. DE AQUINO, Tomás. Tratado de la justicia. México: Editorial Porrúa, 2004. pags. 185 y ss.

Si se observa este breve recuento, la primera crisis en la orientación que debía tener el derecho penal en su sistema jurídico, se había originado con la caída del imperio romano que más o menos tenía unificado el sentido jurídico del delito y del castigo. Después de este régimen, se desarrollaría un concepto de autonomía y territorialidad (estando ya en vigencia el Medievo), según el cual cada nuevo burgo o enclave iba tomando fundamentos que implicaban que cada sistema de derecho, dependiendo de las costumbres del lugar, podía modificar el concepto de orden jurídico¹⁰⁹, más aún, del derecho penal.

En esta primera génesis se advierte el surgimiento de dos tipos de orientación: en primer lugar, el derecho de la Francia del sur que conserva en gran medida el derecho romano, junto con el derecho canónico, entidades que van a conformar el sistema europeo continental; y, en segundo lugar, aquellos sistemas derivados de las costumbres normandas y anglosajonas que van a tomar un camino diferente en el sistema del *common law*. Este último aspecto será decisivo para que, a partir de las dos vertientes citadas, surja el concepto de legalidad penal, en medio de los cambios ocurridos; hasta que en el período moderno se establezcan, sin oposición, los criterios tanto de la legalidad de los delitos como de las penas.

Del otro lado aparece el concepto continental derivado del derecho romano que será fuente de la ley, dentro del criterio del proceso inquisitivo canónico y eclesiástico, como factores de legitimación del crimen y del castigo que también se representan en la justicia secular. Con base en las dos visiones paralelas se desarrolló la concepción del juicio que determinó la legitimidad penal para este tiempo, atendiendo, como se dijo, al concepto de Ley que giraba en torno a la discusión entre la ley divina, natural y positiva que oscilaba en su fundamentación, bien en la delegación del poder de Dios en el Papa y de este a los príncipes terrenos o bien en la visión del derecho natural, de separación de la ley divina, del poder temporal y por lo tanto de la ley natural y del derecho positivo para los hombres y del poder de las leyes divinas para la Iglesia¹¹⁰. Finalmente, esta tesis durante el Renacimiento, fue reemplazada por la doctrina absolutista del príncipe, que luego se

¹⁰⁹ JHONSON HERBERT, Alan, *et al.* History of criminal justice. Ob. Cit., pags. 1268 y ss.

¹¹⁰ SAGÜES, Néstor Pedro. Teoría de la Constitución. Ob. Cit., pags. 2-3.

convirtió en la fuente de la ley y en factor legitimador del crimen y del castigo¹¹¹. Más adelante se analizará su evolución en el caso de la Ilustración.

2. El principio de legalidad. Primeros acercamientos de legitimidad a partir de un concepto de enjuiciamiento penal

La consolidación de un principio orientador para la búsqueda de la legitimidad penal puede abordarse mediante los factores previos al Renacimiento, por ejemplo, a través del contexto y los precedentes a la Carta Magna de 1215. Estos revelan, entre otros factores, el fin del apoyo de la Iglesia a las ordalías, suceso que creó un vacío en todos los sistemas jurídicos europeos de entonces y en los métodos para determinar las cuestiones de hecho y de culpabilidad o inocencia de los acusados¹¹².

Con los nuevos procedimientos que ya estaban en desarrollo, tanto en el continente europeo como en Inglaterra, junto con las medidas del Cuarto Concilio de Letrán en los procesos penales, ya no existía un método transnacional uniforme aprobado mediante el apoyo de la Iglesia occidental. En este momento de la historia, el procedimiento penal inglés y el continental llegaron a un punto en el cual cada uno tomó caminos diferentes¹¹³,

¹¹¹ Ibíd. pags. 2-3.

¹¹² En este sentido, por ejemplo se determina la separación entre los asuntos de la justicia del clero y la justicia secular. Concretamente en el canon 42 del Concilio IV de Letrán se establece: "42. Clérigos y laicos no deben usurpar los derechos de los demás, Así como deseamos a laicos no usurpar los derechos de los clérigos, debemos desear a clérigos a no reivindicar los derechos de los laicos. Por lo tanto, prohibimos a todos los clérigos de ahora en adelante extender su jurisdicción, con el pretexto de la libertad eclesiástica, en perjuicio de la justicia secular. Más bien, que sea satisfecho con las constituciones y costumbres escritas hasta ahora aprobados, por lo que las cosas de César pueden ser prestados al César, y las cosas de Dios pueden volverse a Dios por un derecho de distribución". Texto de los Cánones del Concilio de Letrán. Original en Inglés. Traducción libre. Disponible en <<http://www.ewtn.com/library/councils/latran4.htm>>. [Consultado el 10 de agosto de 2014].

¹¹³ JHONSON HERBERT, Alan, *et al.* History of criminal justice. Ob. Cit., pag. 1564. Lo relevante en este punto es que con la reprobación de la Carta Magna en el Concilio de Letrán, Inglaterra observó su autonomía para proseguir su vida institucional, no precisamente sujeta a la Iglesia Católica Romana, de allí su baja influencia que permitió independencia incluso desde este punto de vista jurisdiccional. Por otro lado, los cánones plasmados en el Concilio de Letrán beneficiaban los desarrollos que se realizaban en la Isla desde el enjuiciamiento penal. Por ejemplo, el Canon 8 prescribía: "La persona sobre la que se realiza la investigación debería estar presente, a menos que se ausenta de contumacia. Los artículos de la investigación se deben mostrar a él para que pueda ser capaz de defenderse a sí mismo. Los nombres de los testigos, así como sus declaraciones han de ser dados a conocer a él para que tanto lo que se ha dicho y por quién será evidente; y las excepciones y las respuestas legítimas deben ser admitidos, para la supresión de nombres lleva a los atrevidos que traen falsas acusaciones y la exclusión de las excepciones conduce a falsas declaraciones que están realizando. Por tanto, un prelado debe actuar más diligentemente en la corrección de las infracciones de sus súbditos en la proporción en que sería digno de condena dejarlos sin corregir. Casos notorios de lado, que

sobre todo en sus formas de juzgar los crímenes, lejos de las pruebas místicas que realmente no adicionaban elementos razonables para juzgar y condenar a un acusado¹¹⁴. Sumado a lo anterior, la abolición de las pruebas divinas, también pudo ser vista como una señal de progreso en los procesos judiciales de hechos y la disminución de la confianza en la intervención divina (o milagros) en los asuntos de los hombres. En este sentido, la gente estaba empezando a sustituir la confianza ciega que se tenía en estos métodos de superstición y azar, por la razón y el juicio informado.

En este orden, el décimo octavo canon del Cuarto Concilio de Letrán, en el caso de las ordalías, puso fin a un sistema de ensayo basado en la superstición y la magia¹¹⁵. El

pueden proceder en contra de ellos de tres maneras: a saber, por la acusación, la denuncia y la investigación. Deje cuidadosa precaución, sin embargo, deben tomarse en todos los casos, no sea grave pérdida se incurra por el bien de una pequeña ganancia. Por lo tanto, al igual que un cargo en forma lícita debe preceder a la acusación, por lo que una advertencia de caridad debe preceder a la denuncia, y la publicación de la carga debe preceder a la investigación, con el siempre está observando el principio de que la forma de la sentencia deberá concordar con las normas de procedimiento legal. No creemos, sin embargo, que este fin debe ser observado en todos los aspectos en cuanto a clientes habituales, que pueden ser más fácilmente y libremente removidos de sus oficinas por parte de sus propios superiores, cuando el caso lo requiere". Texto de los Cánones del Concilio de Letrán. Original en Inglés. Traducción libre. Disponible en <<http://www.ewtn.com/library/councils/latran4.htm>>. [Consultado el 10 de agosto de 2014].

¹¹⁴ En el propio Texto de los Cánones del Concilio de Letrán de 1215, se establecen reglas para la indagación (pesquisas) que pueden dar lugar a lo que hoy se conoce como un juicio justo: "En el Canon 8º se establece: Si la gravedad de las demandas de materia, entonces la culpa del delincuente debe ser sometido a la pena canónica. Sin embargo, el superior debe llevar a cabo el deber de su oficina no como si fuera el acusador y el juez, sino más bien con el rumor que proporciona la acusación y el clamor de los denunciantes. Si bien esto se debe observar en el caso de los sujetos, tanto más cuidado en caso de que se observa en el caso de los prelados, que se establecen como blanco a la saeta. Los Prelados no pueden complacer a todos, ya que están obligados por su cargo no sólo de convencer, sino también para reprender ya veces incluso de suspender y de obligar. Así que con frecuencia incurren en el odio de muchas personas y emboscadas de riesgo. Por lo tanto, los santos padres han decretado sabiamente que las acusaciones contra prelados no deben ser admitidos fácilmente, sin que se adopten disposiciones cuidado de cerrar la puerta no sólo a falso, sino también a las acusaciones malintencionadas, no sea que con las columnas que se están sacudidos el propio edificio se derrumba. De este modo, deseaban garantizar que los prelados no son acusados injustamente, y sin embargo, que al mismo tiempo se cuidan de no pecar de una manera arrogante, la búsqueda de un medicamento adecuado para cada enfermedad: a saber, una acusación penal que conlleva la pérdida de la condición, que es decir la degradación, no será en ningún sabio se permitirá a menos que esté precedida por una carga en forma lícita. Pero cuando alguien es tan famoso por sus delitos que un clamor sube que ya no puede ser ignorada sin escándalo o tolerarse sin peligro, sin la menor vacilación deja que se tomen medidas para investigar y castigar a sus delitos, no por odio, sino en lugar de la caridad. Si el delito es grave, a pesar de que no impliquen su deterioro, que sea retirado de toda la administración, de acuerdo con lo que dice el evangelio que el mayordomo se va a quitar de su administración si no puede dar una explicación adecuada de la misma". Texto de los Cánones del Concilio de Letrán. Original en Inglés. Traducción libre. Disponible en <<http://www.ewtn.com/library/councils/latran4.htm>>. [Consultado el 10 de agosto de 2014].

¹¹⁵ Textualmente en el Canon 18 del Concilio se señala que a "[...] nadie le confieren un rito de bendición o consagración en una purgación por ordalía de ebullición o agua fría o del hierro al rojo vivo, no obstante las prohibiciones previamente promulgadas en relación con combates individuales y duelos [...]". Texto de los Cánones del Concilio de Letrán. Original en Inglés. Traducción libre. Disponible en <<http://www.ewtn.com/library/councils/latran4.htm>>. [Consultado el 10 de agosto de 2014].

cambio dejó un vacío que sería llenado en Europa continental por el ascenso de la inquisición judicial (una forma de investigación) y en Inglaterra por la institución del jurado del juicio¹¹⁶. Además, en este Concilio se trató de someter la guerra privada a rigurosas reglas jurídicas, aspecto que después fue desarrollado por el Papa Gregorio IX (1227-41) quien prohibió el empleo de arcos y demás armas arrojadizas, por ser consideradas como mortíferas¹¹⁷.

Con base en lo anterior se infiere que en estos primeros tiempos la mística religiosa y el poder de la Iglesia gobernarán todas las actividades de la vida en el medioevo¹¹⁸. No obstante, es importante tener en cuenta que en lo concerniente a la legalidad penal, el fundamento más relevante lo ocupa el juicio, aunque también la Santa Iglesia como organismo legitimador, lo que se traduce por ejemplo en el canon 42 del Concilio de Letrán que también hace alusión a la Justicia Secular¹¹⁹. En todo caso, detrás de toda esta estructura, que justificaba el poder para legitimar el castigo, subyace el problema que se suscitaba entre los poderes espiritual y temporal. Así, en la posición del papa Inocencio IV, ante la cuestión de los principados y dominios de los infieles, la legitimidad se reconocía por el derecho natural; sin embargo, había una supremacía de doctrinas de la transferencia del poder divino y temporal al papa sobre el de los reyes, pese a las doctrinas tomistas del equilibrio armónico entre estos dos poderes¹²⁰.

Finalmente, a partir de este episodio del fin de las pruebas supersticiosas que en Europa e Inglaterra marcó los dos cursos diferentes para acceder al procedimiento penal, puede

¹¹⁶ JHONSON HERBERT, Alan, *et al.* History of criminal justice. Ob. Cit., pag. 1570.

¹¹⁷ PIRENNE, Jacques. Historia Universal. Las grandes corrientes de la historia Volumen II. Desde el Islam hasta el Renacimiento. Traducción de la Cuarta edición francesa de Julio López Olivan, José Plá y Manuel Tamayo. Barcelona: Editorial Éxito, S.A., 1974. pag. 166.

¹¹⁸ Este hecho se observa en el texto de los Concilios de Letrán del I al IV, en el cual se establecen reglas para regular todos los episodios al interior y exterior de la vida feudal, como por ejemplo la organización de las cruzadas o la definición de situaciones de fe, como el error del Abad Joaquín respecto a Pedro Abelardo, o la herejía de los cátaros, etc. Texto de los Cánones del Concilio de Letrán. Original en Inglés. Traducción libre. Disponible en <<http://www.ewtn.com/library/councils/latran4.htm>>. [Consultado el 10 de agosto de 2014].

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ En todo caso, al final de la Edad Media, con el crecimiento de las grandes monarquías occidentales, este punto se va resolviendo a favor del rey, y con esto se produce la variación en la legitimación de la ley. TRUYOL Y SERRA, Antonio. Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. De los orígenes a la baja edad media. Cuarta edición. Madrid: Editorial, Manuales de la Revista de Occidente, 1970. pags. 367 y ss..

observarse que el uso de métodos ideados por la Iglesia para combatir la herejía, permitió, en naciones continentales como Francia, la construcción de un sistema inquisitivo diseñado para proporcionar una investigación exhaustiva en la búsqueda de la verdad frente a una denuncia de la actividad criminal. Gradualmente, los métodos ordinarios de la Inquisición dieron paso al procedimiento extraordinario, situación que hizo hincapié en la negación de la información para los acusados, el aislamiento de los abogados y el uso de la coerción (incluida la tortura) para asegurar una confesión¹²¹.

A diferencia del método inquisitorial, en el cual el juez era el investigador principal, el sistema inglés conservó el carácter contradictorio del procedimiento anterior, con base en una especie de Consejo que podía asimilarse a un gran jurado. En este caso, el proceso inglés ideó un sistema de juicio constituido por dicho jurado para que decidiera las cuestiones de hecho. Las propias partes presentaban las pruebas para ser consideradas por el jurado del juicio¹²². En estos momentos todavía no se menciona un esbozo del principio de legalidad en sus dos fases (sustancial o procesal), tan solo se habla de juicios marcados con procedimientos; igualmente, la teoría del delito es primitiva y solamente se identifican crímenes como el robo, el asesinato, el pillaje, la felonía, etc.¹²³

En todo caso, si bien en la Edad Media se demostró que en estos primeros tiempos de legalidad penal, el fundamento más relevante lo ocupa el juicio, aquí en el comienzo de los sucesos anteriores a la Modernidad, es decir, desde el concilio de Letrán y la Carta Magna (1215) hasta el renacimiento (1550), se logra determinar que el juicio era un factor de justicia criminal relevante y público. De igual forma, con el fin de las ordalías se dividen los sistemas jurídicos tanto el inglés como el continental, lo que produce toda una

¹²¹Además de la prohibición expresa de las ordalías en el Concilio de Letrán mencionado anteriormente, este fenómeno trajo consigo un cambio de los juicios de Dios, a los procesos de confesión que eran obtenidos mediante los Tormentos. de esta forma, durante el siglo XIII se implantó en occidente el modelo inquisitivo para los juicios ordinarios, como para los eclesiásticos con su *Regina probationum*. La Confesión. Todo esto se explica con las medidas entre feudales, reyes y papas que generó una burocracia entrenada en la solución de conflictos. Según Daniel Rafecas, estas características imponían en este proceso "los tormentos (tortura)" como un procedimiento de carácter público. Esto se mantuvo y acrecentó su vigencia durante la Edad Media, hasta llegar el siglo XVIII, en el que mediante reformas jurídicas la repudiaron y le quitaron toda legalidad en Cartas Constitucionales, aunque, empero, no se logró extinguir su ocurrencia. RAFECAS, Daniel Eduardo. La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2013. pags. 15 y ss. JHONSON HERBERT, Alan, *et al.* History of criminal justice. Ob. Cit., pag. 2076

¹²² Ibid. pag. 2081.

¹²³ Ibid. pag. 2081.

orientación hacia el concepto de justicia penal que trasciende hasta nuestros días¹²⁴. Sobre el particular es de destacar que, en virtud de la Carta Magna, el Rey tenía jurisdicción en todo el país, la cual se ejercía por mediación de jueces ambulantes en colaboración con jurados de notables. En 1285 se creó en Inglaterra la apelación de las causas criminales y la jurisprudencia, lo cual permitió, mediante decretos del rey, disponer de un derecho nacional coherente¹²⁵. En todo caso la Carta Magna no fue promulgada sino hasta 1353, cuando aparece por primera vez en inglés, y en lugar de la expresión *per legem terrae* que había sido inscrita en la versión inicial de 1215 se varió por la expresión *due process of law*. Con respecto a este aspecto, el punto 39 del documento revela el intento de los barones ingleses de someter la voluntad del soberano al imperio de derecho¹²⁶, el cual corresponde a la moderna expresión de que nadie puede ser condenado sin el debido proceso de ley como primera fuente del principio de legalidad, tal y como se observa en el texto original de la Carta Magna que se muestra a continuación¹²⁷:

¹²⁴ Lo que realmente señalaba la costumbre del juicio era un fenómeno deducible de formas exteriores, como por ejemplo la sangre que corría de las heridas del cadáver cuando se obligaba al acusado a tocarlo o la prueba de la criba. Igualmente hubo civilizaciones en las que se abandonó la ordalía y en su lugar predominaron las ideas del Derecho Romano. En este momento de separación, las formalidades y la costumbre van a generar elementos para decidir las pruebas, con la ayuda del advenimiento del derecho canónico. MITTERMAIER, Carlos José Antón. Tratado de la prueba en materia criminal. Exposición comparada. Principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc. Adicionado y puesto al día por Antonio Quintano Repolles. Novena Edición. Madrid: Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones, 1959. pag. 23.

¹²⁵ PIRENNE, Jacques. Historia Universal. Las grandes corrientes de la historia Volumen II. Desde el Islam hasta el Renacimiento. Ob. Cit. pag. 141.

¹²⁶ El texto original de la Carta Magna no estaba dividido en artículos o capítulos como las leyes modernas. Para tal efecto, el texto de la Carta ha sido dividido así según Bianchi para facilitar su estudio. El autor, además del imperio de la ley, manifiesta que el punto 39 reseñado establecía: "En lo sucesivo, ningún bailío llevará a los tribunales a un hombre en virtud únicamente de acusaciones suyas, sin prestar al mismo tiempo a testigos directos, dignos de crédito sobre la veracidad de aquellas". BIANCHI, Alberto. Control de constitucionalidad. Tomo 1. Génesis de Control Legitimidad de los Jueces. Dimensión Política. El caso judicial. 2ª Edición actualizada, Reestructurada y aumentada. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 2002. pags. 39 y ss. También Cfr. REY CANTOR, Ernesto, Ob. Cit. pag. 537. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/24.pdf>>. [Consultado el 26 de marzo de 2013].

¹²⁷ El texto reproducido está escrito en inglés antiguo. Las posteriores traducciones actualizaron el texto al inglés moderno la acepción comentada. Documento disponible en <<http://www.legislation.gov.uk/aep/Edw3/28/3>>. [Consultado el 26 de marzo de 2012].

Statutum de anno vicesimo octavo Reg' E. terciij.

*Ex magno Rot. Stat. in
Turr. Lond. m. 14.*

Item, q̃ nul hōme, de quel
estate ou condicion qil soit, ne
soit oste de fre ne de teñ, ne
pris, nemprisone, ne deshite, ne
mis a la mort, saunz estre mesne
en respons p due pces de lei.

De otra parte, es preciso destacar que la separación de los dos sistemas que conformaron la legalidad penal, no necesariamente se debe al hecho de la prohibición en el Concilio de Letrán IV (1215 – 1216) de las ordalías, pues en muchos casos se siguió la tradición de este tipo de pruebas. Lo que sucede es que en algunos casos se abandonó paulatinamente esta práctica y, con el advenimiento del derecho canónico, se comenzó a generar un principio del procedimiento inquisitivo en la Europa Continental, que obligó al juez a buscar la verdad por todos los medios posibles, lo que implicaba una verdad material frente a la cual los sistemas de ordalías o juicios de Dios eran inadmisibles¹²⁸. Mientras tanto en Inglaterra el juicio seguía su evolución a partir de la Carta Magna citada.

Entonces el sistema inquisitivo va a tener unas repercusiones, que incluso son actuales, sobre la investigación de la causa criminal en manos del juez, sobre todo por el predominio de los jueces eclesiásticos que se van a constituir en verdaderos magistrados y van a juzgar conforme a la ley¹²⁹.

Entretanto el sistema inglés derivado de la influencia normanda, anglosajona y romana se va a caracterizar por el sistema adversarial, y por el establecimiento del jurado. Este

¹²⁸ MITTERMAIER, Carlos José Antón. Tratado de la prueba en materia criminal. Exposición comparada. Principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc. Ob. Cit. pags. 23-24.

¹²⁹ Ibíd. pag. 24.

último aspecto se va a caracterizar porque cada parte dispone de las pruebas que debe presentar ante este órgano colegiado naciente para su decisión. Hasta este punto de la historia, aún no se analizaba el delito desde sus fronteras internas, ya que esto solo se pudo originar en el Estado de derecho, que para aquel entonces no existía.

Paralelo a esta construcción para desarrollar el juicio, la legalidad penal, el castigo, etc., es de notar que uno de los acontecimientos más importantes para el derecho penal de la Edad Media fue además de la irrupción del derecho bárbaro y el canónico, el resurgimiento del derecho romano por medio del fenómeno conocido como la recepción (siglos XII a XV) que fue posible gracias a las recopilaciones españolas (*Las siete partidas* de 1256)¹³⁰ y alemanas (*La Carolina* de 1532), en las que se retoma la legislación justinianeas¹³¹. También de allí surgieron las instituciones analizadas anteriormente (Juicio, legalidad, castigo), aunque para esa época, estos conceptos se tenían de manera general y en ocasiones fundidos en una misma orientación que permitieron la configuración de un concepto de legalidad penal nuevo. Todo esto, sin dejar de lado el desarrollo por etapas de la legalidad procesal en materia penal que desde el Reino Unido se erige a partir de la Carta Magna¹³² y el Concilio de Letrán en 1215. Así mismo es viable citar la posterior revolución de Oliver Cromwell en Inglaterra (1653)¹³³; los escritos de los contractualistas y

¹³⁰ Por ejemplo, en la *Séptima Partida* se lee lo siguiente, respecto a los tormentos y las penas: "[...] Setena Partida. Título XXX. De los Tormentos. Cometten los omes a fazer grades yerros e malos encubiertamente, de manera qe no puede ser sabidos nin prouados. E porende touieron los fabios antiguos que fizieffen tormentar a los omes porque pudieffen faber la verdad ende dellos [...] Ley V. Quando el Judgador ouiere a mandar tormentar a muchos a quales dellos deuen tormentar primero. Título XXXI. De las penas. Escarmentados deuen ser los omes por los yerros que fazen, afsi como diximos en las leyes de los títulos ante defte porque los que yerran son todos equales [...]". Las siete partidas. Glosadas por el Licenciado Gregorio López. Madrid: Edición de Salamanca de 1555. Boletín Oficial del Estado Español, 1974. pags. 88 y ss.

¹³¹ Esta tarea fue desarrollada por los glosadores o juristas cuya labor se limitaba a interpretar o aclarar el *Corpus Iuris Civilis* y hacerles glosas (1100 – 1250), confrontando con el derecho vigente. VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General. 5ª Edición. Bogotá, D.C.: Ediciones Jurídicas Morales, 2013. pags. 230-231.

¹³² BIANCHI, Alberto B. Ob. Cit. pags. 39 y ss.

¹³³ Luego del derrocamiento y ejecución del Rey Carlos I, vale la pena destacar el gobierno de Oliver Cromwell, cuya influencia en el parlamento, con sus innovaciones republicanas, aportaron entre 1649 y 1660 nuevas formas de ejercicios del poder. Por ejemplo, en 1653 Cromwell disolvió el parlamento largo, instauró uno unicameral, se autodenominó Lord Protector, estableció un voto cualificado, etc. En todo caso, las disputas políticas desataron un caos de tal magnitud que la República tuvo que dar paso a la restauración de la Monarquía con el hijo del anterior rey Carlos II y, aún más, el movimiento no tuvo fuerza después de la muerte de Cromwell en 1658. Lo relevante, en materia penal, lo constituyó la creación de espacios de discusión política; lo que puede interpretarse como un camino hacia la democratización de la monarquía Británica, como forma de legitimar la ley. Así mismo, la libertad de conciencia y perdón del rey por las ofensas a los revolucionarios, junto con la promulgación de la ley de *habeas corpus* en 1679, son un legado constitucional de garantías en materia penal. Ibíd. 47 y ss.

pragmatistas ingleses como John Locke, Jeremy Bentham, el *Bill of Rights* y el *Petition of Rights*, etc. Tales acontecimientos, sin lugar a dudas, constituyen el aporte inglés y norteamericano¹³⁴, sobre el que se erigen las leyes para los delitos, a través de formas legítimas de castigo, mediante la perspectiva de un juicio. Esto último, también representa la evolución anglosajona. Lo anterior cobra aún más importancia si se tiene en cuenta que los delitos sin juicio, para esta última concepción, no tienen valor legal, teniendo presente el papel del parlamento en esta función de expedir las leyes con instrumentos tales como la ley de *habeas corpus* de 1679, entre otros documentos trascendentales en este aspecto¹³⁵.

Junto con los anteriores acontecimientos se dio el tránsito de la escolástica a los reformadores, quienes consideraban que no había un puente entre la *lex eterna* y la *lex humana*. De esta forma comenzó la secularización del derecho natural de la época moderna de tipo iluminista, siguiendo el modelo de Rene Descartes (1596 – 1650), Francis Bacon (1561-1626), y de los empiristas John Locke (1632-1704) y David Hume (1711-1776). Con esto la legitimidad comenzó a tener variaciones hacia la concepción laica del poder y por tanto de la legalidad penal. Tales aportes luego tendrían su fundamento definitivo en la Ilustración, como veremos a continuación. Sin embargo, se mantuvo el concepto bajo el cual el derecho natural es absoluto, universal y supra histórico. Es decir, es válido sobre el derecho positivo legislado por el hombre y vale para todos los hombres¹³⁶. Más adelante se observa su evolución (con la modernidad propiamente dicha) hacia el derecho penal, pero desde ya se revela un cambio profundo en las instituciones y concepciones europeas.

Por otro lado, además de esta transformación en las concepciones científicas de la época, el aspecto social de Europa también era revelador y reclamaba cambios urgentes. En efecto, alrededor de este contexto previo al establecimiento del principio de legalidad, el renacimiento del comercio en el sur de Europa sentó las bases para un cambio de la población y un movimiento hacia las zonas urbanas. Así mismo esto involucró el aumento

¹³⁴ Ibíd. pags. 38-39.

¹³⁵ Ibíd. pag. 49.

¹³⁶ KAUFMANN, Arthur. Filosofía del Derecho. Villar Borda, Luis y Montoya, Ana (trad.). Bogotá, D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1999. pags. 67-68.

de la tasa de criminalidad, debido a una mayor oportunidad para la delincuencia relacionada con la propiedad y el aumento de la probabilidad de la violencia interpersonal¹³⁷.

De igual forma, la estructura de clases sociales jugó cada vez más un papel protagónico en la administración de justicia penal. Así, el auge de ciertos sectores privilegiados como el clero o la nobleza, en el caso de algunas ciudades-estado italianas, tuvo un impacto significativo en el volumen y la naturaleza de la delincuencia¹³⁸. En ese momento se produjo un claro aumento en delitos como la falsificación, el robo, la defraudación en el juego, entre otros; todo lo cual dependía de la educación o el estatus social del autor¹³⁹. Este episodio marcó una tendencia a observar no solo el juicio sino también el crimen, a partir de la cual se puede plantear la hipótesis de que esta inusitada influencia, originada por el mercantilismo y el renacimiento, tal vez generó las futuras urbes europeas¹⁴⁰, y con

¹³⁷ JHONSON HERBERT, Alan, *et al.* History of criminal justice. Ob. Cit. pag. 2087. En este sentido, también conviene citar a Leo Huberman, quien en *Los bienes terrenales del hombre* señala que en el medioevo se fueron dando cambios profundos, por ejemplo en ciudades italianas como Florencia y Venecia o en Flandes a raíz del comercio, para unir los territorios de los Alpes europeos. En este orden de ideas manifiesta que el fenómeno de crecimiento se fue dando paulatinamente (a comienzos de la Edad Media), mediante los mercados locales semanales de pequeños negociantes que ofrecían algunos artículos para la agricultura, y después con la celebración de las ferias entre los siglos XII al XV en donde se observaban enormes celebraciones en las que se intercambiaban artículos de diferente procedencia mundial. Para citar un caso se alude a las ferias de Champagne. Según este autor, uno de los efectos más importantes era el origen de un burgo donde se unían dos caminos o dos ríos que facilitaban el intercambio. Allí los comerciantes buscaban refugio, pues había una catedral, el burgo propiamente, para descansar después del trayecto, aunque este no estaba exento de peligros y caminos llenos de ladrones y salteadores. HUBERMAN, Leo. *Los bienes terrenales del hombre*. Bogotá, D.C.: Ediciones Génesis, 2005. pags. 20 y ss.

¹³⁸ Este fenómeno obedeció, entre otros aspectos, al surgimiento de las ciudades-estado; por ejemplo en Italia nació de la anarquía derivada de las luchas entre el imperio y el papado, sin un modelo y sin una tradición. Surge después del derrumbamiento del reino de los longobardos y carolingios que culmina con el ascenso del *popolo* (pueblo) al poder. En este proceso comenzaron a formarse centros de comercio entre Asia y Europa, como el que se conformó en Florencia, que servía de puente entre Oriente y Occidente. Se desarrollaron las plazas de intercambio internacional, como una nueva forma de vida de las ciudades italianas. Este proceso se inició a consecuencia de las cruzadas y constituye la estructura social dentro de la cual se va a desenvolver el Renacimiento, que tiene como origen el derrumbamiento del papado que pierde su poder sobre la esfera social y las ciudades-estado cada vez más asumen el humanismo del mundo antiguo junto con las costumbres propias de este tiempo que representa un círculo de cultura que se va ensanchando poco a poco. WEBER, Alfred. *Historia de la cultura*. Recasens Siches, Luis (trad.). Primera edición en Alemán 1935. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1969. pags. 225 y ss.

¹³⁹ JHONSON HERBERT, Alan, *et al.* History of criminal justice. Ob. Cit. pag. 2087.

¹⁴⁰ El hombre pasa a ser un sujeto individual, espiritualmente ligado a sí mismo. En el período de 1400, por ejemplo, ya aparecen ciudades estado como Florencia con libertad espiritual y por lo tanto con libertad política. Sin embargo este periodo enfrenta una profunda tensión por la Influencia de los grandes Papas Paganos que desde Alejandro Borgia, Julio II y León X (1503 – 1515 y 1521) van a generar un movimiento nacional que se orienta desde Roma, y por supuesto en su intención de crear una gran potencia comienzan a desconocer el poder de las ciudades estado. WEBER, Alfred. *Historia de la cultura*. Ob. Cit. pags. 230 y ss.

ello las características de los futuros delitos. Este aspecto también implicó muchos cambios sociales que influyeron en la Europa del siglo XVII y XVIII, y en el derecho penal.

Toda esta serie de cambios generó fundamentos posteriores para el movimiento ilustrado, cuya influencia permanece hasta nuestros días. Sobre todo, a partir de este momento surgió el denominado derecho penal liberal, fundado en el principio de legalidad objeto de estudio con sus elementos característicos, como se muestra a continuación.

2.1. El principio de legalidad desde la Ilustración. Las Revoluciones Francesa e Inglesa, bajo el contrato social como formas de legitimidad penal.

Luego de este breve acercamiento al desarrollo de las corrientes originarias de la ley, la justicia y el castigo como fundamentos, tanto en la Europa continental como en el Reino Unido, podemos decir que el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*) se originó gracias a dos hechos. El primero, la conquista de la modernidad, que se traduce en la ideología liberal de los siglos XVIII y XIX y el paso de una concepción absolutista del Estado a uno liberal¹⁴¹; el segundo, una limitación del poder punitivo que expresó la reacción ilustrada contra el *ius incertum*, la inseguridad jurídica y la arbitrariedad del viejo régimen¹⁴². En su aspecto formal, el principio de legalidad refleja una de las conquistas centrales de la Revolución Francesa y del proceso constitucional inglés¹⁴³. Sólo a partir de

¹⁴¹ En este momento, advierte Jorge Alejandro Amaya, el liberalismo se constituye como una doctrina filosófica y política, según la cual el individuo, y no los grupos, constituye la verdadera esencia. Esta es una posición intelectual que se basa en la fuerza de la razón y la posibilidad de interpretar los fenómenos. En este sentido, John Locke, considerado el padre del liberalismo, propone la soberanía que emana del pueblo, y que la propiedad, la vida, la libertad y el derecho a la felicidad son derechos naturales anteriores a la constitución de una sociedad. En este orden de ideas, el Estado se encarga de proteger esos derechos, así como las libertades individuales de los ciudadanos. AMAYA, Jorge Alejandro. Control de constitucionalidad. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2012. pags. 31-32.

¹⁴² DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. El principio de legalidad penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, "Colección los delitos", 2004. pag. 14.

¹⁴³ John Locke señala, en el *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*, que el Estado se conforma por tres poderes, a saber: el ejecutivo, el legislativo y el federativo (este último no se identifica bien con el judicial y parece una mixtura entre el ejecutivo y el legislativo). En el mismo se concibe un Estado de Naturaleza en el cual existe la necesidad de que los crímenes sean juzgados por el Magistrado y no por el príncipe, puesto que este consiste en violar la ley y apartarse de la recta norma de la razón. En este punto advierte que esto se deriva del derecho de castigar a quien ha cometido el delito, con el fin de contenerlo y evitar que vuelva a cometerlo. Igualmente del derecho de reparar el daño cometido. LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Tercera edición. Madrid: Editorial Alianza, 1998. pags. 40-41. Según Alejandro Amaya, Locke influyó en las ideas de la Revolución Gloriosa de Inglaterra de 1688 (Guillermo de Orange) y en la declaración de derechos británica de 1689. Su ascendencia también influyó en la Declaración de Independencia de Estados Unidos de América, cuyo texto se atribuye a Jefferson, la Constitución de Filadelfia de 1787 y la

la ideología liberal impulsada por estos dos elementos históricos, con la consagración política del contrato social, se concibe la legalidad penal como limitación del poder punitivo del Estado dotada del sentido de garantía para la libertad del ciudadano¹⁴⁴.

Estos pasos se suceden tanto en la Europa continental como en las islas británicas con alcances y consecuencias distintas. Sin embargo, existen factores de coincidencia, centrados en que es necesario un orden legal que no dependa del poder personal de un rey, sino que exprese la voluntad de unos representados y así mismo constituya un marco legal para todos¹⁴⁵. En este escenario se observa el propósito de lograr la primacía de la ley sobre el poder del rey. Dicho poder que sustituye al del Rey, se erige en la norma e involucra el proceso para la formulación, persecución y castigo de los delitos que contiene los factores que rodearon su evolución, junto con la aparición de los siguientes presupuestos¹⁴⁶.

En efecto, el principio enunciado aparece en la Modernidad con la Constitución de Maryland, bajo la perspectiva de la no retroactividad (1776): en los siguientes términos “That retrospective laws punishing facts committed before the existence of such laws, and

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. AMAYA, Jorge Alejandro. Control de constitucionalidad. Ob. Cit. pag. 32.

¹⁴⁴ Art. 8. Declaración de los Derechos del Hombre del 26 de agosto de 1789 y de la Constitución de 3 de septiembre de 1791. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 5ª Edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2003. pag. 75.

¹⁴⁵ De esta forma, el reflejo de esta limitación del poder se consagra en el principio de legalidad que implica que la autoridad pública está sometida al ordenamiento jurídico y que la voluntad del pueblo, expresada a través de sus representantes, es la que gobierna y que supone el imperio de la ley y por supuesto de la constitución con todas sus formas de control del poder del Estado. BIANCHI, Alberto B. Control de constitucionalidad. Tomo 1. Génesis de Control Legitimidad de los Jueces. Dimensión Política. El caso judicial. Ob. Cit. pags. 37-38.

¹⁴⁶ En primer lugar, puede aseverarse, con respecto al origen del “principio de legalidad”, que si bien en el Derecho Romano se observaron algunas aplicaciones, según Juan Bustos, estas tienen sus antecedentes en la Magna *Charta Libertatum* de Inglaterra (1215), como se comentó inicialmente. Dentro de sus cláusulas se señala: “Ningún hombre libre será tomado o aprisionado o despojado o proscripto o destruido de cualquier manera, ni pasaremos sobre él ni enviaremos por él, salvo por el juicio legal de sus pares o por la ley del país”, quien reconoce que en esta época la orientación del principio analizado también se centra en el juicio legal, para poner límites al soberano, pero solo respecto de los pares. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Derecho Penal Tomo I. Fundamentos del Derecho Penal y teoría del delito y el sujeto responsable. Bogotá, D.C.: Editorial Leyer, 2008. pag. 193. Según Ernesto Rey Cantor, a través de la Carta Magna el soberano Juan Sin Tierra hizo concesiones sobre las libertades citadas a los nobles de Inglaterra y reconoció que solo el Consejo, denominado después Parlamento (1216), podría dictar Leyes penales. REY CANTOR, Ernesto. Principio de Legalidad y Derechos Humanos. PAG. 537. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/24.pdf>>. [Consultado el 26 de marzo de 2013].

by them only declared criminal, are oppressive, unjust and incompatible with liberty; wherefore not ex post law ought to be made”¹⁴⁷. Zaffaroni anota sobre este proceso independentista, que el “principio de legalidad” recibido después en la Constitución de los Estados Unidos (1787)¹⁴⁸, permite observar su origen derivado de la Carta Magna de 1215, pues en la misma solamente se observa la fase procesal del principio examinado, así como las provisiones de la legislación *ex post facto* y no la fase sustancial dadas las características del sistema anglosajón¹⁴⁹.

Por último, Juan Bustos afirma que en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) el principio de legalidad establecido se refiere a un aspecto material, el de necesidad de la pena, y a un aspecto formal, la irretroactividad¹⁵⁰. En este sentido, lo más relevante de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789), con respecto al principio de legalidad, aparece en los siguientes artículos: Art. 5: “La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones perjudiciales a la sociedad”, “todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido”. “Nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena”. Art. 8: “Nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida o promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada”¹⁵¹.

Por otra parte, en el proceso de desarrollo del principio de legalidad se logra la conquista del imperio de la ley y de la supremacía del legislativo sobre los otros poderes del Estado, de la legalidad de la actuación administrativa y la salvaguarda de los derechos y

¹⁴⁷ Las leyes retrospectivas que castigan hechos cometidos antes de la existencia de tales leyes y de ellas se declararon crímenes, son opresivas, injustas e incompatibles con la libertad. La ley no debe hacerse *ex post*. Traducción Libre. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Derecho Penal Tomo I. Fundamentos del Derecho Penal y teoría del delito y el sujeto responsable. Ob. Cit. pag. 193.

¹⁴⁸ Disponible en <<http://www.editorialestudio.com.ar/index.htm>>. [Consultado el 11 de febrero de 2011].

¹⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho Penal, Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1997. pags. 131 y ss.

¹⁵⁰ Bustos reproduce en francés la expresión “La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu’ en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Derecho Penal Tomo I. Fundamentos del Derecho Penal y teoría del delito y el sujeto responsable. Ob. Cit. pag. 193.

¹⁵¹ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789). Disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>>. [Consultado el 14 de agosto de 2014].

libertades individuales¹⁵². Este principio surge de la confluencia de dos postulados básicos de la ideología liberal: de una parte, de la intención de establecer un gobierno de leyes, no de hombres, de carácter igualitario, objetivo y previsible para todos (*government of laws, not of men*), con el fin de rechazar las decisiones subjetivas y arbitrarias del monarca; y por la otra, del postulado de la ley como expresión de la soberanía popular, como principio democrático de la soberanía en manos del pueblo, la cual se expresa en cabeza de sus representantes parlamentarios en la ley¹⁵³.

Para lograr instaurar la noción de legalidad oponible a todos, fue necesario, inicialmente, establecer el fundamento democrático del sistema político creado en virtud de la Ilustración, toda vez que de allí surge el poder que le da fuerza coercitiva al ejercicio del *ius puniendi*, que ante todo corresponde en este régimen al ejercicio de la actividad de los jueces¹⁵⁴.

El anterior criterio, fundado en el imperio de la ley, no pudo originarse sino a partir de los procesos revolucionarios del siglo XVIII que sentaron las bases del sistema, en el ejercicio de la separación de poderes. Esta noción, puede identificarse en primer lugar en Inglaterra, en donde se planteaba una separación entre el poder constituyente y el poder legislativo, en el acuerdo o pacto popular (*agreement of people*) promulgado por Oliver Cromwell en 1653, bajo el título de *instrumento de gobierno*. La idea pretendía concebir una ley fundamental, más allá del alcance del parlamento para limitar sus poderes y no declararse perpetuos. Esta concepción, trataba de señalar que los gobiernos pueden limitarse en sus poderes por un contrato originario en el cual descansa la legitimidad no solo del poder o de la autoridad sino de las leyes que rigen a los hombres. Sobre esta

¹⁵² DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. El principio de legalidad penal. Ob. Cit. pag. 14.

¹⁵³ SIERRA PORTO, Humberto. Concepto y tipos de ley en la Constitución Política Colombiana. Primera edición. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1998. pag. 154.

¹⁵⁴ Según Bacigalupo, este principio en la teoría moderna determinó, por un lado, la vinculación del juez a la ley impuesta por el principio de legalidad que tiene la finalidad de "garantizar objetividad". Es decir que "el comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ya ocurridos, pero todavía no juzgados, ni contra autores ya conocidos, sino previamente y de una manera válida en general, mediante una determinada ley promulgada con anterioridad al hecho". BACIGALUPO, Enrique. Principios Constitucionales del Derecho Penal. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. pag. 49.

base se desarrollaría la teoría de Locke, Hobbes, etc., y los demás contractualistas, en relación con la constitución y los poderes públicos¹⁵⁵.

Posteriormente el abate *Emmanuel Sieyes*, siguiendo la teoría del pacto o contrato social en un proceso más extenso, sin anular del todo el principio de soberanía popular, esgrime la necesidad del gobierno como representación del pueblo, para el ejercicio de los poderes políticos, lo cual constituye la tercera etapa del proceso¹⁵⁶. Por esta razón, fue muy importante diferenciar al poder constituyente de los poderes constituidos, toda vez que mediante esta teoría se da inicio a la era contemporánea de la que surgen los derechos del hombre y del ciudadano¹⁵⁷. Además, esta noción permite estructurar los conceptos que después encarnan la idea de poderes públicos y la teoría respecto de su equilibrio y separación en el sistema democrático, que tiene su fundamentación indudable en la teoría de la división de poderes que *Montesquieu* desarrolló en su obra *El espíritu de las leyes*, bajo una concepción liberal del estado¹⁵⁸.

Como se puede observar, este principio heredado de la Revolución Francesa plantea que es necesario que “el poder frene al poder”, con el fin de que no se pueda abusar de este por parte de ninguno de sus representantes. De esta forma, las constituciones pueden establecer que nadie se vea constreñido a hacer algo que la ley no le obliga u obligado a

¹⁵⁵ NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Ob. Cit. pag. 219. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. El poder Constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino. Buenos Aires: Editorial bibliográfica Argentina, 1957. pags. 231 y ss.

¹⁵⁶ *Ibíd.* pag. 236 y ss.

¹⁵⁷ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. El poder Constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino. Ob. Cit. pags. 236 y ss.

¹⁵⁸ Al respecto, Montesquieu manifestó lo siguiente: “En cada Estado hay tres clases de poderes: el legislativo, el ejecutivo de las cosas pertenecientes al derecho de gentes, y el ejecutivo de las que pertenecen al civil. Por el primero, el príncipe o el magistrado hace las leyes para cierto tiempo o para siempre, y corrige o deroga las que están hechas. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadores, establece la seguridad y previene las invasiones; y por el tercero, castiga los crímenes o decide las contiendas de los particulares. Este último se llamará poder judicial; y el otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado [...]. Cuando los poderes legislativo y ejecutivo se hallan reunidos en una misma persona o corporación, entonces no hay libertad, porque es de temer que el monarca o el senado hagan leyes tiránicas para ejecutarlas del mismo modo. Así sucede también cuando el poder judicial no está separado del poder legislativo y del ejecutivo. Estando unido al primero, el imperio sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, por ser uno mismo el juez y el legislador y, estando unido al segundo, sería tiránico, por cuanto gozaría el juez de la fuerza misma que un agresor. En el Estado en que un hombre solo, o una sola corporación de próceres, o de nobles, o del pueblo administrase los tres poderes, y tuviese la facultad de hacer las leyes, de ejecutar las resoluciones públicas y de juzgar los crímenes y contiendas de los particulares, todo se perdería enteramente”. MONTESQUIEU BARON DE, Charles Louis de Secondant. Del espíritu de las leyes. Barcelona: Ediciones Altaya, 1993. pags. 115-116.

dejar de hacer algo que la ley le permite, más aún si se trata de definir crímenes e imponer sanciones y penas por este motivo, en cabeza del poder judicial¹⁵⁹.

Este es el punto de partida de la teoría de los frenos y contrapesos, que se traduce en que para que exista un equilibrio en el Estado, sus principales facultades deben recaer en tres manos distintas que se controlan entre sí, lo que denomina Werner Maihofer como la democracia constitucional. Esta última, involucra la democracia en libertad, es decir, aquella que se plantea como tarea constitucional la obligación de que las instituciones estatales legitimen su ejercicio del poder, aspecto que fue percibido por Rousseau como la división de poderes estatales prevista por Montesquieu¹⁶⁰.

En resumen, este criterio de separación de poderes, erigido a partir de las teorías de John Locke y Montesquieu, ha dominado la historia política de Inglaterra desde la mitad del siglo XVII, toda la historia constitucional de los Estados Unidos desde 1776 y la de Francia desde 1789; de hecho, a partir de este se puede observar el factor legitimador de la ley, más si se trata de la ley penal. Este concepto evolucionó en la doctrina conocida en el medio anglosajón como la de *checks and balances*, y ha permitido su promoción en los países liberales y democráticos. En últimas, desde las declaraciones solemnes de derechos, la separación de poderes es un requisito indispensable para la libertad¹⁶¹.

Esta postura coincide con el criterio de George Burdeau que indica, precisamente, que la teoría de Montesquieu de la separación de poderes se deriva del examen de las funciones del Estado: hacer la ley y zanjar las controversias a la luz de esta. Así, basta con atribuir a cada uno de ellos tres órganos distintos para que los derechos de los ciudadanos queden

¹⁵⁹ MAINHOFER, Werner, *et al.* Manual de Derecho Constitucional. Segunda Edición. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001. pags. 237-238.

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ Como se observa en la literatura del derecho constitucional francés, la teoría de la separación de poderes era una máquina de guerra contra los privilegios reales; al privarse al rey de algunos de los poderes se estaba abriendo el camino de la libertad y la democracia. En el orden histórico, la monarquía absoluta perdió primero el poder legislativo y luego el judicial. Al ejercicio de la función ejecutiva quedarían ligadas las monarquías a través de la evolución del régimen parlamentario. VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas. Séptima Edición. Bogotá, D.C.: Legis Editores S.A., 1998. pag. 117.

garantizados. Burdeau reitera que, con esto, cada órgano permanecerá en el ámbito de su función y así “el poder frenará al poder”¹⁶².

Como se observa, en principio no hay discusión frente a la teoría nacida en la Ilustración, pues constituyó uno de los principios sobre los que se erigió el Estado contemporáneo. Sobre todo, en el campo penal donde se impide el ejercicio de la arbitrariedad a partir del principio de legalidad que regula tanto los delitos como las penas y su imposición procesal; en un juicio también reglado y determinado, desde este momento, por el imperio de la ley vigente al acto imputable en este campo. Sobre el particular, Carré de Malberg señala que el acto jurisdiccional busca determinar el derecho que resulta de las leyes, con el fin de aplicarlo a cada uno de los casos por parte de los jueces. El cometido de los Tribunales es, por consiguiente, aplicar las leyes, es decir, asegurar el mantenimiento del orden jurídico establecido, de allí también que se califique a los jueces como los guardianes de las leyes. Para este momento, se aseguran también las teorías sobre el imperio de la ley como fundamento del derecho y legitimidad de la legalidad y la jurisdicción¹⁶³. Es decir, el contrato social junto con la prevalencia de la ley como factores que aseguran la legitimidad del delito y del castigo.

Pues bien, en este sentido reside la legitimidad del principio de legalidad durante los primeros episodios del Estado Moderno. Acá se puede observar que el concepto de libertad tributaria de la Revolución Francesa y de la separación de poderes son necesarios para que el ciudadano, en materia penal, tenga certeza acerca de la naturaleza del crimen y la pena que le puede corresponder, por ejemplo, en materia criminal. Para Sierra Porto, este criterio es el factor que permite la aparición del principio de legalidad y de reserva legal, en torno a la idea de precisar tales materias a través de una ley, sin que el ejecutivo pueda participar en su regulación¹⁶⁴.

¹⁶² BURDEAU, George. Derecho constitucional e instituciones políticas. Falcón, Ramón (trad.). Madrid: Editora Nacional, 1981. pag. 196.

¹⁶³ Esto último, teniendo en cuenta los diversos cuestionamientos sobre la división de poderes que queda asegurada en el Estado Moderno, para el caso de la función jurisdiccional, en sus bases materiales funcionales y formales, más aún en materia penal. CARRÉ, De Malberg. Teoría General del Estado. Política y Derecho. Primera Edición en Francés 1922. Primera Edición en Español 1948. Segunda Reimpresión. Editorial Facultad de Derecho Universidad Nacional Autónoma de México. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 2001. pag. 635.

¹⁶⁴ SIERRA PORTO, Humberto. Concepto y tipos de ley en la Constitución Política Colombiana. Ob. Cit. pag. 172.

De igual forma, este desarrollo del principio analizado puede verificarse en las Constituciones de Filadelfia de 1774, Virginia y Maryland de 1776; y en Europa, a través de la ley “Josephina” de Austria de 1787, y sobre todo de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789, proclamada en su artículo 8º, como ya se indicó¹⁶⁵.

En este primer momento del principio de legalidad en materia penal, el mismo se produce como consecuencia de los aportes recibidos por el iusnaturalismo de autores como Hobbes y Spinoza, quienes destacaban las características antianárquicas del derecho. Este fue un factor de orden muy importante para el comportamiento social que se consolidaba con la pretensión de un gobierno fuerte, el cual, a su turno, concedía por su propia voluntad ciertas libertades a los ciudadanos. En síntesis, se desarrollaba el carácter antidespótico del derecho en posturas como las de Locke y Montesquieu, entre otros contractualistas¹⁶⁶.

Este presupuesto anterior originó un concepto de autonomía que permitió al juez, en el terreno penal, definir y determinar las sanciones, fundado en su capacidad de decidir por sí mismo, únicamente con los límites impuestos por la ley. Esto tuvo su origen en el proceso de secularización del derecho natural que había comenzado tímidamente con el holandés Hugo Grocio, para quien el derecho natural, si bien tiene su origen en la voluntad divina, era determinado por la voluntad humana¹⁶⁷.

Este proceso laico del derecho natural, posiblemente, permitió adoptar posiciones más libres a los jueces, hecho que se enfatiza con Thomas Hobbes. Sobre el particular, Mauricio Beuchot advierte que el alcance de la teoría de Hobbes se observa en la distinción entre derecho natural y ley natural. Por el derecho natural se permite al hombre usar ilimitadamente la guerra para defender la vida y demás lucros que se puedan; no

¹⁶⁵ “La ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias y nadie puede ser castigado sino es en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente”. DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. El principio de legalidad penal. Ob. Cit., pag. 20.

¹⁶⁶ Esto implicaba que, en la medida en que se reconociera la autoridad gubernamental, se impedía la expansión de la anarquía. BODENEHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho. Sexta edición. México, D.F.: “Colección Popular”, Fondo de Cultura Económica, 1979. pag. 191.

¹⁶⁷ BEUCHOT PUENTE, Mauricio. Filosofía del Derecho, Hermenéutica y Analogía. Ob. Cit., pag. 58.

obstante, la verdadera ley natural es la ley de la razón, la cual indica que hay que huir de esa destrucción y lograr la convivencia pacífica. Por estos motivos, no se trata del iusnaturalismo anterior que surge de la naturaleza del hombre, sino del conjunto de reglas que le hacen pasar del estado de naturaleza al estado civil¹⁶⁸.

2.2 Aportes del iusnaturalismo como Factor de legitimidad del principio de legalidad penal

En términos de Bodenheimer, después del establecimiento de la modernidad –con el desarrollo de los procesos revolucionarios de Francia, Inglaterra y Estados Unidos– la escuela iusnaturalista consiguió esclarecer los elementos constitutivos y los ingredientes indispensables de todo sistema jurídico maduro y desarrollado, propio de la cultura occidental¹⁶⁹. En la política, esta escuela creó los instrumentos jurídicos que contribuyeron a la abolición del vasallaje y la servidumbre, además elaboró los principios generales del derecho internacional, entre otros aspectos¹⁷⁰.

Frente al tema en concreto, uno de los logros más importantes del iusnaturalismo lo constituye el movimiento en pro de la legislación, el cual fue relevante en el tema punitivo dado su carácter de vigencia y validez. En consecuencia, a mediados del siglo XVIII se produjo un movimiento que generó como primer fruto el Código de Federico de Prusia (Allgemeines Landrecht), promulgado en 1794 por el sucesor de la filosofía jurídica de Christian Wolf¹⁷¹. En este proceso, el aporte más significativo de la escuela del derecho natural fue el Código de Napoleón de 1804. Austria promulgó el código en 1811. En Alemania entró en vigencia el Código Civil de 1896 y en Suiza en 1912. La característica esencial de las normas promulgadas residía en la esfera de libertad otorgada al individuo con los poderes de adquirir propiedad, contratar con sus congéneres y fundar una familia, entre otros¹⁷². Frente a estas consecuencias derivadas del *iusnaturalismo*, es importante

¹⁶⁸ Ibíd. pag. 61.

¹⁶⁹ También ayudó a destruir los gremios y las restricciones al comercio y la industria. Libró la propiedad territorial de las cargas feudales. Creó la libertad de circulación y de elección de profesión, libertad religiosa y espiritual. BODENEHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho. Ob. Cit. pag. 191.

¹⁷⁰ Ibíd. pag. 191.

¹⁷¹ Ibíd. pag. 193.

¹⁷² El iusnaturalismo no solo fue un factor poderoso en el período de creación de las instituciones políticas y jurídicas de Norteamérica, sino que ejerció también una influencia poderosa en el subsiguiente desarrollo de

destacar que, en el campo de la norma penal, la importancia del derecho penal liberal radicó en que purgó al derecho penal y a su procedimiento de sus defectos más importantes al abolir la tortura y humanizar el castigo¹⁷³. Sin embargo, procuró acabar con los procesos de hechicería y, finalmente, trató de conseguir la seguridad legal para todos al acoger el principio de igualdad ante la ley¹⁷⁴. En este caso, lo relevante para la vigencia de las instituciones penales es que el consenso es el principio legitimador de la sociedad política, a diferencia de cualquiera otra forma de sociedad natural (como la familiar o patriarcal), por lo tanto se puede ofrecer una voluntad general, más aún para este aspecto. Así mismo, se determina claramente al Estado moderno como base de la legalidad analizada, en el cual se ha producido el paso de Feudalismo a la monarquía absoluta y de esta al Estado representativo, etc.¹⁷⁵

Mientras que en Europa se presentaban estos movimientos, derivados de la modernidad, como factores del proceso de codificación penal, la jurisdicción como expresión del principio de legalidad en Norteamérica ocupaba el primer factor de evolución jurídica. Por esta razón, en el proceso de formación de la ley criminal de los Estados Unidos se advierte que mientras en el texto constitucional se permitía que el Congreso aprobara la ley penal de la nación, el mismo se negó a legislar sobre este asunto entre 1789 y 1860, período en el cual solamente se aprobaron algunas leyes que prohibían ciertos delitos y se establecieron algunas regulaciones mínimas sobre la guerra civil. De igual forma, no existía nada en el texto de la Constitución de EE.UU. que obligara llevar a cabo este proceso legislativo ni tampoco que impidiera la creación de un código nacional de derecho penal¹⁷⁶.

aquellas. Operó como fuerza latente o abiertamente reconocida en un gran número de decisiones judiciales estatales y federales. BODENEHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho. Ob. Cit. pag. 194.

¹⁷³ Justo con la consolidación del iusnaturalismo, Daniel Rafecas sostiene que la legislación favorable a la tortura, en el caso de España, unificó el modo de enjuiciamiento de los crímenes ordinarios con los eclesiásticos y se mantuvo hasta el siglo XVIII. Advierte que a partir de esta época comenzó su declinación, al hacerse evidentes las críticas que desde dos siglos atrás se realizaban en las cortes, en contra de la tortura y de otros tratos y penas infamantes. Esto desembocó en un proceso abolicionista que se expandió por toda Europa. RAFECAS, Daniel. La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos. Ob. Cit. pag. 25.

¹⁷⁴ BODENEHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho. Ob. Cit. pag. 194.

¹⁷⁵ BOBBIO, Norberto. Thomas Hobbes. Segunda edición. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1992. pag. 16.

¹⁷⁶ DALE, Elizabeth. Criminal justice in the United States, 1789-1939. New York: Cambridge University Press. University of Florida, 2011. pages. 148 y ss.

Por otra parte, aunque no existía claridad sobre la legislación de conductas criminales, en el texto constitucional se estableció, desde un comienzo, la legislación en torno a la jurisdicción federal. Asimismo, en virtud del *Judiciary Act.* de 1789¹⁷⁷, se crearon nuevos mecanismos que permitieron la configuración de los tribunales federales y los organismos de justicia penal. Además, a la Suprema Corte de EE.UU. se le otorgó la facultad de revisar los asuntos judiciales del Estado, incluyendo los de derecho penal, asunto que propició las peticiones sobre la ley federal o demandas de tipo constitucional¹⁷⁸.

Esta legislación fue el fruto del desarrollo del artículo III, Sección 2ª, de la Constitución de los EE.UU., que indica expresamente que los tribunales federales podrían tener jurisdicción sobre todos los casos en derecho y en equidad, que pudieran incluir el derecho penal¹⁷⁹. También rigió a condición de que todos los casos penales (salvo los casos de juicio político) fueran juzgados ante un jurado, lo que sugiere que los tribunales federales podrían conocer de los casos penales. Tampoco había nada en el artículo I que describiese facultades del Congreso incompatibles con la interpretación amplia del poder federal. Este artículo le dio al Congreso la facultad de legislar en el ámbito penal sobre leyes específicas, en particular, la falsificación y la piratería en alta mar.

Al mismo tiempo, otros apartados del artículo I señalaban los alcances de la legalidad penal; por ejemplo, la directiva de que el Congreso no aprobara ninguna ley *ex postfacto*, e imponía restricciones a la facultad de suspender el *habeas corpus*, lo cual parece indicar que el Congreso podría aprobar leyes relacionadas con otros tipos de delitos y castigos¹⁸⁰. En síntesis, en Norteamérica se pudo dar un proceso más encaminado a definir las reglas procesales y a tratar de regular, en alguna medida, los delitos. Esto,

¹⁷⁷ En 1789 el Congreso aprobó el *Judiciary Act.* para dividir el país en trece distritos judiciales y a su vez establecer la Corte Suprema. El *Judiciary Act.* permitió la designación de seis magistrados, el presidente del Tribunal Supremo y cinco jueces asociados. A medida que el país creció y se formaron nuevos estados, el Congreso aumentó el número de magistrados para que coincidiera con el número creciente de los circuitos judiciales. En 1807 el número de jueces fue cambiado a siete, nueve en 1837 y diez en 1863. El Tribunal Supremo fue dotado de poder sobre los desacuerdos entre estados o entre un Estado y los Estados Unidos. La ley estableció las competencias de la Corte Suprema de Justicia, como la jurisdicción sobre casos relacionados con las apelaciones de decisiones de los tribunales federales y los casos relacionados con los derechos y las leyes creadas en virtud de la constitución. CONSTITUTIONAL LAW: The quick Guide. New York: Charles Rives Editors. Vook Inc., 2011. pag. 24.

¹⁷⁸ DALE, Elizabeth. Criminal justice in the United States, 1789-1939. Ob. Cit. pag. 153.

¹⁷⁹ *Ibíd.* pag. 141.

¹⁸⁰ *Ibíd.* pag. 147.

hasta cierto punto, y teniendo en cuenta las diferencias sustanciales frente al derecho continental, se asemejó al proceso de codificación europeo. No obstante, en el caso de Estados Unidos, se estaban gestando figuras que posteriormente se consagrarían como garantías fundamentales, sobre todo del proceso penal¹⁸¹.

Por otra parte, en cuanto al proceso europeo, el racionalismo alemán –desde los antecedentes analizados– logró erigir en el orden continental el principio de legalidad¹⁸², que fue descrito adecuadamente por Paul Johan Anselm Ritter Von Feuerbach, quien enunció dicho principio en 1801 con la formulación latina: “*nulla poena sine lege* (no hay pena sin ley), *nulla poena sine crimine* (no hay pena sin crimen) *nullum crimen sine poena legalis* (a todo hecho criminal le corresponde una pena legal)”¹⁸³. A estos principios se le añade posteriormente la no retroactividad de la ley y la prohibición de analogía, salvo *in bonam* parte a favor del procesado, garantías que se sustentan en el amplio conjunto de derechos fundamentales que lo conforman actualmente¹⁸⁴.

¹⁸¹ En el sistema de Estados Unidos, según la décimo cuarta enmienda (1868), ningún Estado privará a persona alguna de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido proceso legal; ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la protección de las leyes en un plano de igualdad. Esta enmienda amplió las facultades de los Tribunales Federales para invalidar las leyes estatales. FRIEDMAN, Michael Jay. *Semblanza del Sistema Jurídico de EEUU*. Introducción. González Ruiz, Ángel Carlos (trad.). Bogotá, D.C.: Edit. Congressional Quarterly Inc., Oficina de Programas de Información Internacional, Departamento de Estado de los Estados Unidos, 2004. pag. 16. En cuanto al sistema, el procedimiento actual, en el que se desarrollan las garantías mencionadas, consiste en lo fundamental del sistema acusatorio: un debate, público oral continuo y contradictorio. Los jueces que integran el tribunal perciben los medios de prueba, los fundamentos y las pretensiones (alegatos) que ambas partes introducen y deciden según estos elementos (*secundum allegata et probata*). La valoración de la prueba obedece a la íntima convicción y la sentencia es el resultado de los votos del jurado, de acuerdo con una mayoría determinada o la unanimidad de los jueces. MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Fundamentos. Segunda edición. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. pags. 443 y ss.

¹⁸² Frase latina acuñada por Feuerbach para denominar el principio de legalidad. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal*. Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 2002. pag. 58. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. Cit. pag. 140.

¹⁸³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal Tomo I. Fundamentos del Derecho Penal y teoría del delito y el sujeto responsable*. Ob. Cit., pag. 193.

¹⁸⁴ Ferrajoli cita en este aspecto la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que señala que nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor con anterioridad al hecho (cfr. Art. 25, Constitución Italiana). Sobre todo por la extensión de la pena que se advierte si se mira en forma retroactiva el delito, antes de su vigencia. En cuanto a la analogía, Ferrajoli cita a Francis Bacon, quien sostenía en aquel tiempo: “No está permitido extender las leyes penales a delitos no contemplados expresamente y es cruel atormentar el texto de las leyes para que estas atormenten a los ciudadanos”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. Novena edición. Madrid: Editorial Trotta. 2009. pag. 381-382.

Este fundamento, que hace parte de nuestra tradición continental trazada desde los contractualistas (Montesquieu, Locke, Tocqueville, etc.)¹⁸⁵, logró –gracias a los aportes del *iusnaturalismo*– tener hoy en día como valor esencial el amplio espectro determinado en instrumentos internacionales, principalmente del Derecho Internacional proveniente de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Estatuto de Roma de 1998, entre otros. Estos derechos y garantías mínimas, establecidas desde la Revolución Francesa, permitieron determinar el concepto democrático de los delitos, junto con las penas y los mecanismos de protección para el ciudadano, de tal forma que su violación genera un grave atentado interno e internacional; igualmente hace parte del mínimo común universal aceptable como objeto de protección, desde el punto de vista punitivo.

De igual forma, de la corriente *iusnaturalista* surgió el desarrollo de las teorías modernas sobre las penas, que conciben estas como instrumentos cuya principal finalidad es la reforma o reinserción del delincuente, las cuales encuentran su reflejo en las legislaciones penales contemporáneas. Al respecto, en la obra del Marqués Cesare Bonesana Beccaria, *De los delitos y las penas* (1763), se observa una consideración incuestionable sobre la dignidad humana, consistente en una teoría de humanización y fundamento principal del sistema penal contemporáneo, sobre todo en materia de legalidad cierta y expresa de la ley¹⁸⁶. El Marqués de Beccaria se mostraba contrario a la imposición de penas crueles e injustas. Afirmaba que la pena a asignar para cada delito debía ser lo bastante dura como para que la persona la valorara en relación con las ventajas que el delito le pudiera reportar, pero no más¹⁸⁷. En definitiva, su teoría constituye un punto de partida para la modernización del derecho penal y el origen de los fundamentos del derecho penal liberal, bajo unos supuestos claramente definidos como, por ejemplo, la certeza de los delitos y las penas, los procedimientos a favor del ser humano, los derechos y las garantías de la persona, etc., fundamentos vigentes en materia de

¹⁸⁵ JAEN VALLEJO, Manuel. La crisis del principio de legalidad. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2008. pags. 20 y ss.

¹⁸⁶ La obra del jurista italiano del siglo XVIII, el Marqués Cesare Beccaria, constituye uno de los puntos de partida de la humanización del derecho penal, en contra de los tratos crueles inhumanos y degradantes que se practicaban en la época. BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Barcelona: Editorial Altaya, 1994. pags. 28 y ss.

¹⁸⁷ AGUDELO BETANCUR, Nodier. Estudio Preliminar de la obra de Beccaria como crítica y control del poder punitivo del Estado. En BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Segunda edición. Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 1990, pags. 35 y ss.

legalidad¹⁸⁸. Es de destacar que, para este momento, es más importante la justicia centrada en la dignidad del hombre, en sus libertades y derechos mínimos, en el campo penal liberal señalado. En cambio, aún no se analizan formas colectivas de protección frente a amenazas internacionales que tuvieran interés supranacional¹⁸⁹.

Según Rosario de Vicente Martínez, el principio de legalidad alcanzó su rango legal más relevante con el Código Penal Bávaro (parágrafo 1º), elaborado por Feuerbach; además este fue un modelo para el Código de 1871¹⁹⁰. Con el triunfo de la Revolución Francesa, el principio de legalidad se convirtió en uno de los pilares del Estado Liberal; después de la segunda Guerra Mundial, dicho principio fue consagrado en las principales declaraciones internacionales¹⁹¹, así como en muchas constituciones y codificaciones penales. Para el caso, la doctora De Vicente cita, entre otros, al código alemán, el código francés y el código español¹⁹², los cuales coinciden con la preexistencia de la ley y la determinación precisa de los delitos.

¹⁸⁸ Los postulados de la obra de Beccaria, en este sentido, se resumen en los siguientes postulados: el control social como fundamento del derecho a castigar; el principio de legalidad del delito y de la pena como factor relevante para el tema objeto de estudio. Principio de separación de poderes, necesidad de la existencia de magistrados para el juzgamiento, elementos que hacen parte del principio de legalidad en sus efectos procesales. Prohibición de la interpretación de la ley por parte del magistrado. La pena tiene unos fundamentos, fines y requisitos de eficacia, que podrían asimilarse a la legalidad de las penas (*nullum poena sine lege*). Rechazo de la pena de muerte y la tortura, factor que implica la humanización del castigo. Rechazo de las acusaciones, las pruebas secretas y publicidad de los procesos. Participación de los ciudadanos en el poder, en la elaboración de las leyes y en las decisiones de justicia, etc. BECCARIA, Cesare. Ob. Cit. pags. 28 a 40; 45 – 66; 71 – 88; 99 - 112.

¹⁸⁹ Tan solo se mencionaban amenazas internacionales como por ejemplo el crimen de piratería, que en el siglo XVIII se cernía como uno de los peligros en los mares, por parte de los corsarios; junto con la erigia, que prácticamente era un delito contra la humanidad. SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. Jurisdicción universal penal y derecho internacional. Valencia: Tirant Monografías 301. Editorial Tirant Lo Blanch, 2004. pags. 37-38.

¹⁹⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. El principio de legalidad penal. Ob. Cit., pag. 21.

¹⁹¹ Se pueden citar: Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948 art. 11.2 – Convención Europea de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 art. 7.1. – Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 art. 15 y Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 9º.

¹⁹² El código penal alemán, según la doctora de Vicente, señala: “[...] No hay Pena sin Ley” (*Keine Strafe ohne Gesetz*, Parágrafo 1º); “Un hecho sólo puede ser penado si la pena se hallaba determinada por ley antes de que el hecho fuese cometido”. Así mismo se recoge en el nuevo código penal francés, en su artículo 111-2: “La ley determina cuáles son los delitos graves y menos graves, y fija las penas aplicables a sus autores”. DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. El principio de legalidad penal. Ob. Cit. pag. 21. En el mismo sentido, SANDOVAL MESA Jaime A. Principio de legalidad y lesa humanidad en el Estatuto de Roma de 1998. Edit. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá D.C. 2012. Pags. 48 a 50

En resumen, los principios sobre los que se funda este modelo garantista clásico, derivado del precedente de la Revolución Francesa y de la evolución anglosajona, permitieron, consagrar la estricta legalidad, la materialidad, lesividad de los delitos y la responsabilidad personal. Frente al factor anglosajón se puede mencionar al juicio oral, el contradictorio entre partes, la presunción de inocencia y el jurado; estas figuras, sin lugar a dudas, son el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal. Además, este proceso maduró a partir del siglo XVIII, a través de múltiples corrientes, como por ejemplo las doctrinas de los derechos naturales, las teorías contractualistas, la filosofía racionalista y empirista, las doctrinas políticas de la separación de poderes y de la supremacía de la ley, entre otros aspectos que posteriormente dieron paso al positivismo jurídico con sus consecuencias en materia penal¹⁹³. De igual forma, todo este desarrollo también obedeció a las concepciones utilitaristas del derecho y de la pena.

Sobre este proceso, Luigi Ferrajoli comenta que incluso muchas de estas corrientes no eran filosóficamente homogéneas entre sí, ni tampoco unívocamente liberales. Por ejemplo, las filosofías utilitaristas pudieron fundamentar posteriormente, en las doctrinas de la Escuela Clásica italiana de Beccaria a Carrara, una concepción de la pena como mínima aflicción necesaria, pero al mismo tiempo, también pudieron informar tecnologías penales autoritarias y antigarantistas, como la prevención especial o la defensa social, encaminadas al objetivo de la máxima seguridad posible. Y el positivismo jurídico posterior, si por un lado estaba en la base del principio de estricta legalidad, por el otro también permitió modelos penales absolutistas, caracterizados por la ausencia de límites al poder normativo del soberano, al igual que es por completo neutral respecto de todas las demás garantías penales y procesales¹⁹⁴.

En todo caso, Ferrajoli reitera que, más allá de la heterogeneidad y de la ambivalencia de sus presupuestos teóricos y filosóficos, es cierto que los principios mencionados, tal y como se han consolidado en las constituciones y en las codificaciones modernas, forman en su conjunto un sistema coherente y unitario¹⁹⁵; todo lo cual, de manera inobjetable, genera legitimidad en los estados democráticos actuales. Es decir, de allí surge nuestra

¹⁹³ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Editorial Trotta, 1995. pags. 33-34.

¹⁹⁴ *Ibíd.* Pag. 33

¹⁹⁵ *Ibíd.* pag. 93.

noción de estado moderno y contemporáneo, en donde la expresión del principio de legalidad también constituye un factor de libertad en el estado democrático actual y sin duda se afianzan los factores de legitimidad del delito y el castigo bajo este tipo de Estado. En América, no hay que olvidar que el proceso para determinar la definición del delito y el castigo, hasta arribar al Estado democrático, se produjo mediante la conquista y colonización (siglos XV y XVI). Estos acontecimientos constituyeron la imposición física y cultural de un pueblo sobre otro; de allí que fuese un pueblo de recepción del Derecho Europeo y con ello de las instituciones de la Inquisición¹⁹⁶.

Conclusiones Primer Capítulo

1. En esta primera etapa se considera la legalidad bajo un concepto de origen mítico o religioso al que llamaban ley. A su vez la legitimidad de un sistema de juzgamiento frente a un acto agravioso para una persona era de tipo religioso en principio, de allí que entre sus antecedentes principales se pueda citar para la tradición occidental a la Biblia, después a las normas griegas y romanas. Posteriormente, en el medioevo, de la suma de múltiples tradiciones de pueblos anglosajones e incluso del derecho Romano, aparece la ley en la isla de Bretaña con el antecedente más importante de legalidad penal representado en la Carta Magna (1215). En este momento se encuentran fusionadas todas las actividades del régimen tanto que legitimidad del castigo y del delito y la ley pueden entenderse en una misma esfera de actuación. Sin embargo, el gran avance lo constituye tanto la construcción romanista del derecho como los avances de la Carta Magna en las islas. Los dos pilares pueden erigir un primer concepto de legalidad y legitimidad.
2. En este aspecto, bajo la Carta Magna (1215) y el Concilio de Letrán IV (1215), se definen los contenidos iniciales del principio de legalidad penal. La legitimidad la representaba la Iglesia y sus cánones emanados de los concilios. Así mismo fue importante la reprobación de la Carta Magna inglesa por parte del Papa en el Concilio mencionado (1215), pues le otorgó independencia y autonomía para el desarrollo de las instituciones judiciales de la isla. Además, en este concilio se prohibieron las ordalías tanto para clérigos como para jueces, lo cual significa la

¹⁹⁶ MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal. Ob. Cit., pags. 328 y ss.

búsqueda de otros conceptos para hallar la verdad. De igual forma en el concilio referido se separó la justicia eclesiástica de la justicia secular, lo que da origen a la jurisdicción ordinaria. De un lado se fundó el juicio justo en el caso de las islas de Bretaña y en el caso europeo se desarrolló el juicio inquisitivo junto con la Santa Inquisición.

3. En la tradición continental el principio de legalidad se erige posteriormente en la Declaración de 1789 en la revolución Francesa. En la misma se desarrolla el concepto de imperio de la ley; los fundamentos democráticos de los derechos que permitieron un derecho laico separado del derecho natural de corte religioso y por lo tanto una inscripción de la legalidad penal en la cultura de la modernidad. En este caso, la ley y el consenso reemplazan la legitimidad basada en el poder absoluto del rey que a su vez había desplazado al poder de la Iglesia.
4. Otro resultado de investigación indica que el iusnaturalismo propició el movimiento de codificación europeo siguiendo las bases de la revolución francesa. Mientras tanto en Norteamérica, en su proceso de consagración de la legalidad criminal, lo relevante se presentó en Estados Unidos, toda vez que en virtud de las instituciones fundadas en su revolución de independencia (1776), se produjo el surgimiento de figuras que posteriormente se van a consagrar como garantías fundamentales sobre todo del proceso penal (Debido Proceso 5ª enmienda 1791; Derechos del Acusado 14ª Enmienda 1868). Estas garantías posteriormente van a ser parte de la legalidad procesal.
5. Del factor derivado de la Revolución Francesa, el principio de legalidad, consagra - la estricta legalidad, la materialidad, lesividad de los delitos y la responsabilidad personal. Del factor anglosajón, se desarrolló el juicio oral, el contradictorio entre partes, la presunción de inocencia- el jurado etc., figuras que sin duda son el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal. Así mismo, se deriva de lo anterior los aportes del iusnaturalismo que sirvieron de base a este primer esbozo de legalidad penal y que permitieron los movimientos en pro de la codificación y humanización del castigo.

Capítulo II

Elementos del principio de legalidad penal a partir del positivismo. La confirmación de la seguridad jurídica como factor de justicia

Introducción al Segundo Capítulo.

1. El principio de legalidad y sus antecedentes en el proceso hacia el positivismo jurídico a partir de Hobbes

- 1.1. El avance en el pensamiento anglosajón en virtud del contractualismo inicial de Hobbes.
- 1.2. El iuspositivismo inicial siguiendo las corrientes de Hobbes en el pensamiento continental.
- 1.3. El desarrollo hacia el Positivismo jurídico normativista.
 - 1.3.1. La concepción de Kant y su influencia en el concepto de legalidad penal
 - 1.3.2. La propuesta en el desarrollo de la legalidad penal de Hegel
- 1.4. La síntesis en la configuración de la legalidad penal

2. El positivismo y la estructuración de la dogmática penal como desarrollo de la legalidad penal. Factor de legitimidad hacia dentro del sistema penal

3. Dogmática y escuelas del Derecho Penal. Factores de desarrollo y legitimidad del principio de legalidad actual.

- 3.1. Las escuelas dogmáticas. Bases de un sistema de legalidad penal normativo. Proceso reflejado en la legitimidad jurídica Estatal (De la Escuela Clásica hasta el Funcionalismo).
- 3.2. La nueva interpretación del principio de legalidad, en el nuevo orden penal bajo un concepto de legitimidad constitucional.

Conclusiones Capítulo II

Capítulo II

Elementos del principio de legalidad penal a partir del positivismo. La confirmación de la seguridad jurídica como factor de justicia

Introducción al Segundo Capítulo

En el presente capítulo se pretende demostrar como el principio de legalidad penal sirvió de objeto para proyectar y dar legitimidad al sistema dogmático de la teoría del delito. El mismo a través del desarrollo del positivismo jurídico siguió basado en los parámetros creados en el siglo XIX, sin cambios significativos en sus instituciones (Ley previa, escrita, estricta, cierta, no retroactiva, prohibición de analogía, etc.).

De Igual forma, los principios del sistema que se orientaron a verificar la lógica de dicho sistema en el terreno de la validez, atendiendo un factor de autonomía penal, edificaron un factor de legalidad de tipo intra jurídico e intra sistemático. Así mismo también se pretende demostrar como mediante esta concepción de la legalidad penal, las construcciones elaboradas en dicho sistema dogmático, permitieron el concepto de seguridad jurídica al ciudadano, lo que produjo su evolución y perfeccionamiento.

1. El principio de legalidad y sus antecedentes en el proceso hacia el positivismo jurídico a partir de Hobbes

Una vez sentadas las bases liberales que dieron origen al principio de legalidad, en virtud de la revolución francesa y los aportes del derecho anglosajón, el mismo tuvo que sufrir los cambios en la teoría del derecho. Lo anterior, debido a que la escuela del *iusnaturalismo*, desde mediados del siglo XIX y hasta comienzos del XX, fue desplazada por el historicismo y el positivismo jurídico, en razón de que los juristas positivistas y analíticos trataron de limitar el campo de la teoría jurídica a un análisis técnico del derecho positivo, establecido y aplicado por el Estado¹⁹⁷. Uno de los pilares para este cambio se da precisamente en las teorías de Kant y Hegel principalmente, que originaron las corrientes jurídicas posteriores y en el campo del derecho penal, propiciaron la

¹⁹⁷ Los historicistas negaban la posibilidad de un derecho racional e inmutable, escrito en las estrellas; en contraposición, trataron de explicar el derecho por referencia a su origen y desarrollo histórico. BODENEHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho. Ob. Cit. pag. 191.

evolución del principio de legalidad centrado en la seguridad jurídica que se otorgó desde el positivismo normativista a la teoría del delito¹⁹⁸.

El cambio en la orientación del derecho comenzó con Hobbes, cuando propugnó por un iusnaturalismo contractualista que se había iniciado con *Hugo Grocio* y que se vio influenciado por la guerra civil que vivió. A su vez lo llevó a abogar por un derecho como límite de la destrucción bélica. Según este autor, lo primero que dicta la razón es conservar y defender la propia vida; para cuyos efectos se requiere del poder que necesita la fuerza suficiente para hacer valer los pactos, es decir la ley positiva, para que se cumpla con la ley natural acorde con esta razón humana que consiste en procurar la paz¹⁹⁹.

La fuerza del derecho como factor de legalidad y legitimidad tiene fuertes rasgos contractualistas, en virtud de la teoría Hobbesiana. También se caracteriza por una fuerte construcción, basada en deducciones que se desprenden de principios racionales rígidos e inmutables, hasta en sus aplicaciones más detalladas enmarcadas en criterios de la ley. Se trata de un tránsito del iusnaturalismo anterior al iusnaturalismo contractualista.²⁰⁰ Estas ventajas que busca el derecho para el individuo, sobre todo en materia de seguridad, son los derechos subjetivos en el contexto de los iusnaturalistas modernos y por ello se apoyan en el derecho positivo. De lo anterior se observa una primera separación entre derecho y moral, pues la ley natural en Hobbes siempre obliga al fuero

¹⁹⁸ Es decir, en Kant se da una visión ideal del derecho que se traduce también en la legalidad penal. Según Batiffol, todo esto se deriva de la consideración teórica de Kant que concibe separar el Ser del deber ser. Con base en esto, y teniendo presente la razón práctica, se deduce *a priori* la conciencia moral que revela la existencia del deber y de la libertad. De allí la necesidad de conciliar las libertades y por consiguiente las obligaciones del contrato social. En otras palabras se parte de un *a priori*, que debe determinar la construcción jurídica, sin recurrir a la experiencia. En Kant se destaca la influencia sobre la escuela de la exégesis, del legalismo, el voluntarismo, etc. BATIFFOL, Henri. Filosofía del Derecho. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial EUDEBA, 1972. pag. 60.

¹⁹⁹ BEUCHOT PUENTE, Mauricio. Filosofía del Derecho, Hermenéutica y Analogía. Ob. Cit. pag. 61.

²⁰⁰ El paso del Derecho Natural de la Edad Media al Derecho Iusnaturalista contractualista se produce –según Batiffol– con la Escuela del Derecho Natural y de Gentes que, entre los siglos XVII y XVIII, varió la base teológica anterior mediante fundamentos cartesianos y racionalistas. En otras palabras, dicha escuela buscó construir el derecho mediante razonamientos que desarrollasen la coherencia lógica y la idea de controlar, a partir de un sistema universalmente válido. Así aparecieron personajes como Puffendorf (1632 – 1694), quien pretendía incluir en su construcción racional el procedimiento y la organización Judicial. Wolff (1679 – 1754), quien desarrolló un código de la razón. Por ejemplo, en el caso de Grocio, la construcción se ordenó a partir de los derechos naturales del individuo y de si estos habían sido enajenados o no en el contrato social de manera integral. Hobbes lo afirmaba. BATIFFOL, Henri. Filosofía del Derecho. Ob. Cit. pags. 53-54.

interno, pero no al externo, por esto se centra en el derecho positivo que sí va a realizar las necesidades de protección del individuo. Por tal razón, la reivindicación de los derechos individuales, frente a las pretensiones del poder, se manifestó como la fuerza de la acción que culminó en la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, comentada en el capítulo anterior²⁰¹.

En definitiva, para *Mauricio Beuchot*, todo lo anterior permite identificar en Hobbes, el camino para las siguientes posiciones iuspositivas posteriores²⁰². Este punto tendrá injerencia en la valoración de la imposición de la ley en el derecho penal, para expresar su legitimidad, vale decir, desde estos derechos individuales subjetivos y desde la protección del Estado mediante el contrato social²⁰³.

Según Vives Antón, el principio de legalidad –concebido en estos términos– representa un límite formal al poder punitivo y un límite material del Estado que, en el derecho moderno, deriva de un proceso de diferenciación que le permite independizarse de las concepciones morales y religiosas; al tiempo que se ciñe al derecho a castigar las perturbaciones más graves de la vida en sociedad²⁰⁴. De acuerdo con lo que sostiene Hobbes, únicamente es justo lo que es ordenado, por el simple hecho de estar ordenado; en consecuencia, esta necesidad de ordenación surge del estado de naturaleza en donde todos están a merced de todos debido a que no existen leyes que lo ordenen o lo prohíban²⁰⁵.

En la postura de Hobbes, todo esto queda de manifiesto, pues si no existe un poder común que mantenga a los hombres controlados se genera un estado de guerra, similar a

²⁰¹ BATIFFOL, Henri. Filosofía del Derecho. Ob. Cit. pag. 54.

²⁰² BEUCHOT PUENTE, Mauricio. Filosofía del Derecho, Hermenéutica y Analogía. Ob. Cit. pag. 61.

²⁰³ De esta forma, los derechos son el conjunto de normas que, en autores como Oudet, deberían transformarse en leyes positivas. Es un ideal al que debe tender el derecho. Parece que los derechos positivos se formaron empíricamente sin método. Pero la razón procede metódicamente hacia lo que sería necesario realizar. Se trata de un ideal que se basta a sí mismo y que constituye un sistema completo diferente al de los derechos positivos que tuvieron un camino paralelo. BATIFFOL, Henri. Filosofía del Derecho. Ob. Cit. pag. 54.

²⁰⁴ VIVES ANTON, Tomás. Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal. Estudios de Filosofía del Derecho Penal. Ob. Cit. pag. 298.

²⁰⁵ BATIFFOL, Henri. Filosofía del Derecho. Ob. Cit. pag. 44.

un período de voluntaria confrontación declarada²⁰⁶. En este sentido, mientras no haya una ley que prohíba los actos que proceden de estas pasiones, el hombre no podrá salir de su estado de naturaleza, el cual puede estar motivado por dichas pasiones o por la razón. Por lo tanto, la primera ley que debe emitirse para salir de ese estado de naturaleza es la búsqueda de la paz, que el mismo Hobbes denomina leyes de la naturaleza²⁰⁷; una vez se consiga la paz, surge la justicia, el Estado y por lo tanto el derecho positivo²⁰⁸.

Lo relevante de Hobbes es que logra calificar el estado de naturaleza como aquel donde el hombre es enemigo del hombre, situación que es sustituida por el estado de paz logrado por las leyes de la naturaleza que la propician. Sin embargo, luego de constituido el Estado, lo relevante son los mandatos que imponen las leyes civiles que, si bien restan libertad al estado de naturaleza, generan cumplimiento y orden. Hobbes advierte además que las leyes naturales se constituyen por la equidad, la justicia, la gratitud y las demás virtudes morales que disponen a los hombres a la paz y la obediencia. Así mismo señala que las leyes civiles, una vez que el Estado ha sido constituido, pueden ser generales o particulares, pueden estar en una ordenanza y se erigen para limitar la libertad particular de los hombres²⁰⁹.

Este último orden de las leyes civiles, que se deriva de la teoría expuesta, contenga o no elementos de las leyes naturales, es el que rige para los hombres. Tales elementos comienzan a estudiar los fundamentos iusnaturalistas y pretenden sustentar su postura *iuspositivista*, dado el carácter contractualista de la orientación de Hobbes²¹⁰.

²⁰⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatan* (I). Mellizo, Carlos (trad.). Barcelona: Ediciones Altaya S.A., 1994. pags. 106 y ss.

²⁰⁷ *Ibíd.* pag. 109.

²⁰⁸ Para Tomas Hobbes, mientras se vive en estado de naturaleza no hay derecho válido ni justicia. Cuando surge el Estado nace la justicia, pero nace contemporáneamente con el derecho positivo, así que donde no hay derecho tampoco hay justicia y donde hay justicia quiere decir que hay un sistema constituido de derecho positivo. BOBBIO, Norberto. *Tomas Hobbes*. Ob. Cit. pag. 44.

²⁰⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatan* (I). Ob. Cit. pags. 216-217.

²¹⁰ En esta línea también aparecen John Locke, quien en su tesis contractualista menciona un estado de naturaleza de guerra, potencial o actual, que a su vez genera un estado de inseguridad. Frente a ese estado en que se encuentra el derecho natural aparece la ley de la razón que aconseja restringir la libertad de los hombres para cuidar su propiedad y sus bienes. BEUCHOT PUENTE, Mauricio. *Filosofía del Derecho, Hermenéutica y Analogía*. Ob. Cit. pags. 64-65.

1.1. El avance en el pensamiento anglosajón en virtud del contractualismo inicial de Hobbes.

La orientación de Hobbes se asimiló en la visión del derecho anglosajón, desarrollada posteriormente a través del pensamiento de David Hume y Jeremías Bentham, según la cual, la tendencia *iuspositivista* propicia el pensamiento de John Austin, William Blackstone, entre otros.

En el caso de Jeremías Bentham, fue importante su fundamentación sobre los hechos relevantes en el caso penal; según su criterio el negocio del gobierno es promover la felicidad de la sociedad mediante el castigo y la recompensa²¹¹. En tal sentido, la parte del negocio que consiste en el castigo, corresponde más al derecho penal. En este sentido, cuando un acto tiende a perturbar la felicidad, tiene lugar la demanda que asigna un castigo. Esto debido a que la felicidad consiste en el disfrute de los placeres y la seguridad de los dolores²¹². Es decir, la tendencia de un acto es determinado por sus consecuencias, lo que equivale a decir que la tendencia general de un acto más o menos pernicioso se obtiene a partir de la suma total de sus consecuencias. La diferencia entre la suma de actos buenos y la suma de actos malos, implica que solo las consecuencias materiales deben ser consideradas, de modo que siempre que se hable de tales consecuencias solo aparecerán los hechos como circunstancias materiales. En este sentido se concluye que las consecuencias de cualquier acto (su multitud y variedad) necesariamente deben ser infinitas²¹³.

De lo anterior se puede inferir, teniendo en cuenta la postura de Jeremy Bentham, que los actos materiales deben tener consecuencias en la realidad y crear la posibilidad de castigo definido legalmente. Es decir, todo esto debe ser advertido, desde la acción que va a ser considerada, el acto como tal, las circunstancias, la intencionalidad y sus consecuencias²¹⁴. Este principio tiende a examinar la realidad como factor que motiva la ley y no al revés, pues en el derecho continental –al menos desde la Revolución

²¹¹ BENTHAM, Jeremy. The principles of morals and legislation. Library of Congress Catalog Number: 88-60151. New York: Prometheus Books, 1988. Capag. VII. pags. 1562.

²¹² *Ibíd.* pag. 1562.

²¹³ BENTHAM, Jeremy. The principles of morals and legislation. Ob. Cit. pags. 1562 y ss.

²¹⁴ *Ibíd.* pag. 1584.

Francesa— la ley determina los actos humanos. El factor anterior siempre va a marcar la pauta en la definición del delito y de las penas en los dos sistemas (Continental y de *common law*), toda vez que precisamente la controversia surge allí donde nace la ley como factor de coerción y castigo; esto define el origen distinto de cada sistema y permite orientar en forma diferenciada a cada uno de ellos. Adicional a esta controversia, un factor que permitirá definir el origen del castigo surge, en este momento, de la teoría estatista del poder, lo cual va a generar la legitimidad del inicio estatal de las normas penales.

Por su parte, William Blackstone, no solo reconstruye las bases del origen del *Common law* en Inglaterra con sus diferentes influencias, sino que propone el sentido del derecho natural inglés con su orientación filosófica entre la búsqueda de la felicidad y la corrección del daño, hecho que corresponde a la justicia. En este sentido describe las diferencias entre las leyes escritas, las no escritas, la costumbre y el precedente judicial como fundamentos del derecho válido²¹⁵. Blackstone clasificó los derechos individuales de las personas para, posteriormente, desarrollar todo el esquema punitivo de los crímenes y su persecución. Bajo este panorama, el jurista británico determinó que el objeto de las leyes de Inglaterra se dividía en cuatro diferentes tipos de derechos: 1) Los derechos de las personas y los medios que los aseguran, ya sean adquiridos o perdidos. 2) Los derechos de las cosas, con los medios también de la adquisición y su pérdida. 3) Los males privados o lesiones civiles, con los medios de corregirlas por la ley. 4) los males públicos, o los delitos y faltas, con los medios de prevención y castigo²¹⁶.

Con respecto a la naturaleza general de los delitos y su castigo mediante la ley, la persona lesionada por cada infracción del derecho público perteneciente a esa comunidad, permite, en todos los casos, adoptar la medida adecuada para cada delito público. De lo anterior se deriva el conocimiento de esta rama de la jurisprudencia que enseña la naturaleza, alcance y grados de todos los crímenes, y que a su vez se encarga

²¹⁵En el caso de Blackstone, su teoría permite sentar las bases de las conductas criminales y su valoración en el caso inglés frente al precedente judicial y a la ley. BLACKSTONE, William. Commentaries on the laws of England. Book 1st y Book Fourth. Printed of Clarendon Press. Oxford, Inglaterra, 1765. Disponible en <http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp#book4>. [Consultado el 25 de septiembre de 2014].

²¹⁶ Ibíd. pags. 119-23065.

de ajustar a ella la pena adecuada. En suma, representa el grado de importancia en su imposición para todos los individuos en el Estado²¹⁷.

1.2. El iuspositivismo inicial siguiendo las corrientes de Hobbes en el pensamiento continental.

En el caso de Europa, el proceso de sistematización del positivismo jurídico que repercutió en la legalidad penal se realizará a través de las corrientes que se van adicionando en Pufendorf (1623-1694), Christian Thomasius (1655-1728), Christian Von Wolf (1679-1754), y por supuesto en los desarrollos de sus principales representantes posteriores de Kant (1724-1804) y Hegel (1770-1831)²¹⁸.

En esta línea se sienta el *iuspositivismo* posterior a la revolución francesa, que se analizará en el siguiente apartado, el cual, mediante sus variaciones respectivas, regirá y orientará la legalidad penal durante mucho tiempo, tanto en el derecho anglosajón como en el continental europeo, con un esquema rígido en la interpretación y un tono más unívoco que permeable a múltiples variaciones. En este sentido conviene examinar la línea posterior de Kelsen (1881-1973) en la que se observa el problema de que el derecho sea también justo. Para el jurista austríaco, los ideales de justicia eran subjetivos e irracionales, por lo tanto, el problema de la justicia era ético y muy diferente al problema jurídico de la validez²¹⁹. A partir de allí se tendría una noción de objetividad del derecho, la cual imprimió elementos de seguridad en la norma del derecho que determinaría su legitimidad en el sistema, más aún en materia penal. De acuerdo con lo anterior, en Norberto Bobbio todo ello implica que en la teoría positivista no existe otro criterio de lo justo y de lo injusto, más que el de la ley positiva²²⁰. La influencia anterior, ejerció notables cambios en el fortalecimiento de la orientación del derecho penal y, por lo tanto, en la

²¹⁷ *Ibíd.* pag. 23065.

²¹⁸ BEUCHOT PUENTE, Mauricio. Filosofía del Derecho, Hermenéutica y Analogía. Ob. Cit., pags. 66 y ss.

²¹⁹ KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia? Barcelona: Editorial Ariel, 2001. pags. 38 y ss.

²²⁰ BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Segunda edición. Madrid: Editorial Debate, 1993, pag. 44.

afirmación del imperio de la ley que propició un enfoque intrajurídico, producido en Centroeuropa alrededor de los años veinte (siglo XX)²²¹.

Para este momento la legitimidad del sistema se centró en la construcción dogmática, con fuertes rasgos del positivismo kelseniano, aunque también se configuró dentro de una base fuertemente normativa. Pese a su evolución y contexto, la legalidad penal sufrirá cambios significativos, en la medida en que se erigió como una suerte de “Principio de principios” que delimitó lo que podría llegar a prohibirse y que descansa en la seguridad jurídica según la concepción del Estado Moderno.²²² Así, no todo tipo de conducta puede convertirse en materia de prohibición, sino que la injerencia estatal ha de ceñirse a lo que resulte indispensable para tutelar la coexistencia externa de los árbitros individuales, según una ley general de libertad.²²³

Por otro lado, si bien el derecho comenzaba a tener esta forma dogmática, intra jurídica, cuyos efectos permearon la teoría penal que comenzaba a desarrollarse, la consideración de la legitimidad del poder punitivo, en este tiempo, irá haciendo camino hacia la estatalización del derecho. Es decir, el efecto de la formación, durante el estado moderno, generó que este último se convirtiera en un factor de monopolio y en el único centro productor de las normas jurídicas, por encima de los ordenamientos superiores e inferiores que venían desde el régimen feudal y del absolutista²²⁴.

Bajo este panorama, se erigió al Estado como el único órgano con el poder suficiente para promulgar normas de conducta válidas para todos los ciudadanos de la comunidad, e incluso con las potestades para hacerlas cumplir aun con el ejercicio de la fuerza (poder coactivo). Así, tanto el ejercicio del poder como el mismo Estado corrieron en sendas paralelas para constituir el único centro legítimo para promulgar las normas señaladas anteriormente. Según Bobbio, este proceso comenzó a tener fisuras en 1930, cuando

²²¹ En este texto se analiza la primacía de la acción como supuesto y objeto central del derecho penal. Dicha primacía de la acción reemplaza la idea del sujeto, centrada en la dogmática y como sistema propuesto por el positivismo jurídico enfocado en el sistema jurídico. JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. Artículo - Estudio Preliminar. Fundamentos del Sistema Penal. Acción Significativa y Derechos Constitucionales. 2ª Edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanche, 2011. pag. 65.

²²² VIVES ANTON, Tomás. Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal. Estudios de Filosofía del Derecho Penal. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006. pag. 297.

²²³ *Ibíd.* pag. 298.

²²⁴ BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Ob. Cit. pag. 21-22.

surgió el institucionalismo como reacción a la formación del poder en los Estados. Por ejemplo, a través de las tesis de George Renard (*Teoría de la institución*, 1930), bajo la influencia de las corrientes socialistas libertarias de Proudhon, o de las anárquicas o sindicalistas de Georges Gurvitch, etc. En todo caso, el ejercicio del poder punitivo, salvo los fenómenos de los regímenes totalitarios, se erigió bajo la concepción estatista del orden jurídico como el principal y único centro del monopolio²²⁵. Este concepto estatalista del Derecho confirma la tesis contractualista del positivismo normativista que le dio vigor a la legalidad penal desde los criterios formulados inicialmente por Hobbes.

1.3. El desarrollo hacia el Positivismo jurídico normativista.

Antes de Kant, Thomasius (1655-1728) introdujo en Alemania la doctrina del derecho que consumó la división entre Derecho y moral. Los juristas la han saludado frecuentemente como un gran adelanto, pues les dejaba abierto el campo de las cláusulas y párrafos jurídicos a una elaboración ajustada e inconcusa. Se daba así la posibilidad de las definiciones claras, de las combinaciones y cálculos exactos; en una palabra, se logró una “seguridad jurídica”, pues ya no podía intervenir ninguna fuerza incontrolable, como por ejemplo la apelación a la conciencia o al derecho natural. La consecuencia para la filosofía del derecho fue el positivismo jurídico, y en el gran público se tradujo en dos actitudes solo distintas en apariencia. Unos decían: “lo que solo es ley no tengo que hacerlo porque no es deber”. Los otros: “lo que solo es deber no lo tengo que hacer porque no es ley”²²⁶. Así se abandonó la jurisprudencia y se pasó a la ciencia del derecho, más conocida como filosofía del derecho, para conformar un iusnaturalismo formalista como manifestación del iusnaturalismo racionalista moderno.²²⁷

²²⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Ob. Cit. pags. 21-22.

²²⁶ Sobre la concepción fundamental del derecho en Kant, orienta rápidamente el breve escrito: *Idea de una historia universal con un sentido cosmopolita*, sobre todo proposiciones 4-7; y para ampliar más *La metafísica de las costumbres*, parte I y *Bases metafísicas de la teoría del derecho*. HIRSCHBERGER, Johannes. *Historia de la Filosofía*. Tomo II. Edad Moderna. Edad Contemporánea. Ob. Cit. pags. 168-169.

²²⁷ Kant (1724-1804) sigue a Hobbes, Montesquieu y Rousseau en torno a que, en el estado de naturaleza, si bien hay libertad, esta es insegura. En segundo término, está de acuerdo con la separación de poderes que debe ser ejercida por el pueblo, pero señala que el hombre pasa del Estado de naturaleza al civil, no por utilidad sino por obligación, deber o imperativo moral de la razón práctica que desecha la guerra y por lo tanto hay que lograr la paz mediante leyes. Por otro lado, Kant dice que todos los ciudadanos son libres pero distingue entre ciudadanos activos y pasivos, los primeros subsisten por sí mismos y los segundos dependen de otros como empleados, pupilos y mujeres. Lo relevante es que las leyes que se voten por los ciudadanos activos jamás sean contrarias a la libertad natural. Además los ciudadanos pasivos pueden, en algún

Por otra parte, la definición del concepto de libertad, tanto en el derecho como en la moral permitieron el desarrollo hacia la concepción del positivismo. Gracias a los aportes iniciales de Kant, se concibió al derecho como el conjunto de condiciones bajo las cuales se podía armonizar el arbitrio de uno, con el de otro, a partir de una ley universal de la libertad²²⁸. Según este planteamiento, el derecho es cuestión de medidas de fuerzas externas, tendientes a asegurar aquel orden social, sin una ulterior intención; por lo que se debe separar netamente de la moral, que mira exclusivamente a los deberes internos²²⁹. En consecuencia, las leyes no se alimentan de la ley única divina, como decía Heráclito; y esto último es consecuencia del empirismo en el que ya Hobbes, en su contrato político, había configurado la concepción convencionalista del derecho, que desembocaría finalmente en la teoría del derecho fundado en la fuerza²³⁰.

De acuerdo con lo anterior, Kant llama doctrina del derecho al conjunto de leyes cuando es posible una legislación exterior. Si una legislación semejante es real, entonces es doctrina del derecho positivo, y al jurisconsulto le corresponde el conocimiento del derecho natural de donde el mismo toma todos los principios inmutables de la legislación positiva²³¹. Ahora bien, se analizará en detalle esta propuesta en el siguiente apartado.

1.3.1. La concepción de Kant y su influencia en el concepto de legalidad penal

En primer lugar, es de destacar que para Kant los elementos que configuran el derecho²³² los define como las condiciones bajo las cuales pueden ser unidos el arbitrio de uno con

momento, llegar a la condición de activos y tener plenitud de derechos. BEUCHOT PUENTE, Mauricio. Filosofía del Derecho, Hermenéutica y Analogía. Ob. Cit. pag. 74.

²²⁸ KANT, Immanuel. La metafísica de las costumbres. Barcelona: Ediciones Altaya, 1993. pag. 39.

²²⁹ *Ibíd.* pag. 39.

²³⁰ HIRSCHBERGER, Johannes. Historia de la Filosofía. Tomo II. Edad Moderna. Edad Contemporánea. Barcelona: Editorial Herder, 2000. Pags. 168-169.

²³¹ KANT, Immanuel. La metafísica de las costumbres. Ob. Cit. pag. 37.

²³² Para Kant, El derecho hace parte de la discusión del autor sobre la crítica de la razón práctica o metafísica de las costumbres. Este sistema se divide en principios metafísicos de la ciencia del derecho y principios metafísicos de la ciencia de la moral. En el enfoque del autor, la ciencia del derecho como primera parte de la ciencia de las costumbres puede llamarse metafísica del derecho que tiene por base práctica la aplicación de casos que se presentan en la experiencia de manera diversa. Los principios se aplican a esta base práctica según el autor. Los imperativos planteados en esta perspectiva son a priori o hipotéticos para determinarlos en la práctica. **Kant Immanuel**, Ob. Cit. Pags 5 a 8

el arbitrio de otro según una ley general de libertad, que destaca tres elementos²³³: El arbitrio, la ley general de libertad y las condiciones de unión entre el arbitrio y la ley general de libertad²³⁴. Teniendo en cuenta el papel que ejercen las normas en Kant., para regular tanto la libertad como el arbitrio personal²³⁵, “las leyes pueden ser de libertad y se llaman morales para distinguirlas de las leyes naturales o físicas. Cuando no se refieren más que a acciones externas y a su legitimidad se llaman jurídicas. Pero si además exigen que las mismas leyes sean los principios determinantes de la acción, entonces se llaman éticas. La simple conformidad de una acción con las leyes constituye su legalidad mientras que la conformidad con la idea de deber que se deriva de la ley se llama moralidad”²³⁶. Este concepto impone la idea de legitimidad jurídica del derecho en Kant, con base en el cumplimiento de sus fines trazados en estos deberes que enmarcan la noción denominada moralidad.

La legislación que “erige una acción en deber y el deber en impulso es una legislación moral, mientras que aquella que admite un impulso diferente de la idea del deber es jurídica”. En este sentido se diferencia el concepto de legalidad y legitimidad que expone

²³³ Los principales elementos definidos por Kant, en la primera parte de los principios metafísicos de la doctrina del derecho son: La ley, la obligación, el concepto de derecho, la justicia, el derecho y la moral, el derecho natural y el derecho positivo, derecho y fuerza, ser y deber ser, legalidad y legitimidad. En la segunda parte se desarrollan los conceptos en las partes del derecho privado, del derecho público y del derecho de gentes. **KANT Immanuel**. Principios metafísicos de la doctrina del derecho de Immanuel Kant. Edit. Dirección General de publicaciones, Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México D.F. 1968. Pags. 7 a 47.

²³⁴ **Ibíd.** Pag 31. El análisis de estos elementos a profundidad aparece referido en: **ROJAS AMANDI Víctor Manuel**. Filosofía del Derecho de Immanuel Kant. Revista de la Facultad de Derecho de México, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, N°. 242, México D.F. 2004. Pag. 184.

²³⁵ Kant define el arbitrio de la siguiente forma: Al arbitrio se le llama la facultad de hacer o de no hacer a discreción. Todo ello en cuanto va unida a la conciencia la facultad de obrar para producir el objeto. En esta definición la voluntad determina el arbitrio a la acción que es la razón práctica misma. La voluntad comprende, el arbitrio como el simple deseo o facultad apetitiva. En este sentido el arbitrio que puede ser determinado por razón pura se llama libre albedrío. El arbitrio que no es determinable más que por inclinación es un arbitrio animal. El arbitrio humano por el contrario, es tal que puede ser afectado por móviles, pero no determinado y por consiguiente puramente por sí (sin un hábito adquirido de la razón): puede sin embargo ser determinado a la acción por una voluntad pura. La libertad del arbitrio es esta independencia de todo impulso sensible en cuanto a su determinación -noción negativa de libertad-. La noción positiva puede definirse: la facultad de la razón pura de ser práctica por sí misma mediante la sumisión de las máximas de toda acción a la condición de poder servir una ley general a un imperativo absoluto. Estas leyes de libertad se llaman morales pues se refieren a las acciones externas y a su legitimidad y por lo tanto se las llama jurídicas. Si además son principios determinantes de la acción se llaman éticas. Las leyes morales pueden ser consideradas *a priori*. En este sentido la libertad de las leyes jurídicas corresponde a la libertad en la práctica externa y las leyes morales corresponde a la libertad en el ejercicio exterior e interior del arbitrio, determinado por las leyes racionales. Kant. Immanuel. Ob. Cit. Pags 45 a 48

²³⁶ **KANT Immanuel**. Ob. Cit. PAG. 11.

el autor en el Derecho. “Para la primera es indispensable que el impulso interior de la acción quede comprendido en la ley. Para la segunda, en cambio lo esencial es la legalidad esto es, el acuerdo o desacuerdo de la acción con respecto a la ley.”²³⁷ A partir de esta base para Kant, se desarrolla el imperativo²³⁸ según el cual, la legalidad se constituye por su coerción exterior de acuerdo con una ley universal²³⁹ que establece:

“Obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal; es en verdad, una ley que me impone una obligación, pero que no exige de mí el que a causa de esta obligación deba yo sujetar mi libertad a estas condiciones mismas; únicamente la razón dice que este es el límite asignado a la libertad por su idea y que de hecho puede ser contenida en él por otro”²⁴⁰.

Este imperativo, señala el cumplimiento de leyes que tengan una naturaleza moral que observadas desde el sujeto, imponen la razón que a su vez presupone para el mismo, un conocimiento previo tomado de la experiencia. Lo anterior, “para hacer ver en ella las

²³⁷ **Ibíd.** Pags. 18 y 19. Con esta teoría Kant desarrolla los elementos que hacen del derecho una disciplina autónoma de la teología y sobre todo de la moral. Con ella comienzan el formalismo jurídico y el *iuspublicismo* que denotan al derecho moderno y a partir de ella el Estado deja de ser un simple hecho natural para convertirse en una entidad normada por el derecho. **CORDOVA Arnaldo.** Selección y prologo en la obra Principios metafísicos de la doctrina del derecho de Immanuel Kant. Edit. Dirección General de publicaciones, Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México D.F. 1968. Pags. XII a LV.

²³⁸ Para Kant “los imperativos son mandatos de hacer o de no hacer y los imperativos categóricos son absolutos o incondicionales. Se distinguen de los imperativos técnicos (reglas del arte), los cuales nunca se dan más que relativamente. Según estas leyes ciertas acciones son permitidas o prohibidas, es decir moralmente posibles o imposibles. Las primeras son moralmente necesarias, es decir obligatorias. El imperativo es pues una regla cuya representación hace necesaria la acción subjetivamente contingente y representa el sujeto en el deber de ponerse necesariamente en armonía con esta regla. El imperativo categórico (absoluto) es el que piensa e impone necesariamente la acción, no en cierto modo, mediatamente por la representación de un fin que por ella pudiera conseguirse, sino inmediata y como objetivamente necesaria por la simple representación de esta acción misma (de su forma)” KANT Immanuel. Ob. Cit. Pags. 29 y 30.

²³⁹ Estos conceptos giran en torno a la ley, el derecho, el arbitrio, la libertad y la obligación. En síntesis, para Kant “el conjunto de leyes susceptibles de una legislación exterior se llama teoría del derecho o simplemente derecho (jus). Cuando esta legislación existe, forma la ciencia del derecho positivo. En este sentido, la noción del derecho respecto de una obligación correspondiente (noción moral), no concierne más que a la relación exterior y aún práctica de una persona con otra, en cuanto a sus acciones como hechos pueden tener una influencia -mediata o inmediata- sobre otras acciones. Esta noción no indica la relación del arbitrio con el deseo (con la simple necesidad) de otro, como en los actos de beneficencia o crueldad, sino simplemente la relación del arbitrio del agente con el arbitrio de otro. En tercer lugar en esta relación mutua del arbitrio, es decir el fin que cada uno se propone, no se discute más que la forma en la relación del respectivo arbitrio de los contratantes considerada bajo el punto de vista de la libertad. Es decir que sólo hace falta saber si la acción de uno de ellos es o no un obstáculo a la libertad del otro según una ley general” **KANT Immanuel.** Principios metafísicos del derecho. Traducción G. Lizarraga. Edit. Librería de Victoriano Suárez. MADRID, España, 1873. PAG. 42

²⁴⁰ **Ibíd.** Pag. 43

consecuencias que se deducen de los principios universales de la moral, sin que por estos principios pierdan nada de su pureza y sin que se pueda por ello poner en duda su origen a priori²⁴¹. Estos elementos revelan la naturaleza del imperativo expresado, en la visión de la filosofía práctica que Kant establece en el derecho y que obedece a uno de sus aspectos analizados desde lo exterior y sus consecuencias; entre ellas los efectos en la moral del derecho en su visión práctica, es decir desde la moralidad de la acción frente a la ley²⁴².

De acuerdo con estos postulados en el terreno del derecho penal, Kant establece que las penas solo pueden ser retributivas y son un castigo por haber delinquido, pues el hombre nunca es medio sino fin, nunca puede ser un instrumento, no se puede pensar en su utilidad ni en la del Estado. Hay que castigarlo incluso con la pena capital, así no se ofende su dignidad. Al que ha matado únicamente se le puede castigar con la muerte, darle un castigo menor es tratarlo como objeto e ir en contra de su dignidad humana²⁴³. Frente a estos postulados, desde el factor de legitimidad de la ley, el aporte de Kant fue relevante en la medida en que proporcionó los elementos que le dan vida al derecho, como es la relación jurídica que parte, entre otros fundamentos, de la relación de un sujeto que tiene derechos y deberes con un sujeto que también tiene derechos y deberes, es decir una relación jurídica entre los sujetos de derecho²⁴⁴. Desde este punto de vista, el aporte de Kant revela elementos de coerción del derecho y cumplimiento de obligaciones.

²⁴¹ Ibíd. Pag. 22 a 24.

²⁴² La legislación moral erige en deberes lo actos internos, no excluye los externos; sino que al contrario reivindica todo lo que es deber en general. Pero precisamente porque la legislación moral contiene en su ley el móvil interno de las acciones (la idea del deber), y porque esta determinación no puede absolutamente influir en la legislación externa, la legislación moral no puede serlo, aun cuando fuera la expresión de la voluntad divina. Sin embargo, de lo cual admite como deberes y como motivos en su legislación, los deberes que nacen de otra legislación, la legislación externa. KANT Immanuel Ob. Cit. Pags. 25 y 26

²⁴³ En Kant se dividen los derechos en innatos y adquiridos, los primeros son independientes y naturales, los segundos dependen de un acto jurídico. Todos los primeros son naturales y los segundos pueden ser naturales o positivos, y como la ciencia del derecho únicamente toma en cuenta los naturales, de los adquiridos solo ve los que tengan esa propiedad. Los adquiridos son privados o públicos y se pasa del derecho privado al público, también por un imperativo categórico: "Tú debes, juntamente con los demás, en la relación de una coexistencia necesaria, salir del estado natural para entrar en un estado de derecho, es decir, estado de una justicia distributiva" BEUCHOT PUENTE, Mauricio. Ob. Cit. pag. 74

²⁴⁴ Igualmente este aporte constituye uno de los fundamentos de las teorías institucionalistas posteriores a las estatistas como fundamentos del orden jurídico. En este sentido, Bobbio anota que este proceso permite definir, posteriormente, el derecho como la relación *derecho-deber* que presupone siempre dos reglas de conducta, de las cuales la primera atribuye un poder y la segunda un deber. Así, la relación jurídica no se define por su contenido sino por la forma, es decir por estar regulada o no por una norma jurídica. BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Ob. Cit. pags. 26 y ss.

Lo que da lugar a las relaciones jurídicas entre las personas, más aún en factores relacionados por ejemplo con los deberes jurídicos que se deben afrontar lo que otorga legitimidad al derecho a la ley y a los deberes. Este aspecto es elemental en el derecho penal, dados los factores de protección de bienes jurídicos como sentido de coerción y de ejercicio de la relación jurídica fundada en los imperativos que se deducen de la ley que forman parte de la autonomía²⁴⁵. Además, el concepto de imputación permitió determinar la acción del sujeto conforme con estos deberes y representaciones exteriores de cumplimiento de la ley.

Este criterio bajo la influencia de Rousseau permitió a Kant definir el principio de autonomía, determinador del concepto de democracia²⁴⁶, basado en la idea de libertad que consiste en la obediencia a la ley que cada uno se ha prescrito²⁴⁷. Es decir, la capacidad de dictarse sus propias leyes y obedecerlas, como por ejemplo el castigo y el delito que surgirían de esta fuente de autonomía de Kant, basada en la libertad y por supuesto en la democracia²⁴⁸.

En fin, el ideal de Rousseau sería el ideal de legitimidad del derecho basado en la autonomía y en esta última forma de gobierno; sin embargo, lo cierto es que este criterio originó el proceso de legitimidad democrática verificable en los términos actuales del derecho. Empero, desde la raíz del pensamiento kantiano, esto significó el final de un

²⁴⁵ KANT Immanuel Ob. Cit. Pag. 48

²⁴⁶ En Kant, la misma resulta del conjunto de leyes que exigen una promulgación general para producir un estado jurídico. Constituye el derecho público que se representa en el sistema de leyes para un pueblo, es decir para una multitud de hombres o de pueblos constituidos de tal manera que requieren de un estado jurídico que los reúna en una Voluntad única. A esta voluntad única, Kant la llama Constitución a fin de ser partícipes en el derecho. Ese Estado de relación mutua Kant lo llama estado civil y el estado con relación a sus propios miembros lo llama ciudad. La misma a causa de su forma -unidad de ciudadano- por el interés común la llama *cosa pública*. Un pueblo con relación a otro se llama Nación (gens) a causa de su pretensión hereditaria. Respecto del contenido de la voluntad, Kant señala que cada ciudad encierra en sí tres poderes a saber: el poder soberano en la persona del legislador, el poder ejecutivo en la persona del gobierno y el poder judicial en la persona del juez. Estos tres poderes encierran en forma conjunta la voluntad universal expresada para la ciudad y comprenden las dignidades políticas en la relación de un superior universal. Ibíd. Pag. 165 a 167

²⁴⁷ Ibíd. pag. 70.

²⁴⁸ De esta forma, posteriormente se pudo distinguir entre los dos tipos de regímenes contrapuestos: el democrático y el autocrático. En el primero se concibe el principio de autonomía y en el segundo la heteronomía. En este caso, un Estado con una legislación autónoma es un ideal-límite, realizable, como lo menciona Bobbio, si por ejemplo la democracia indirecta de los Estados modernos se sustituyese por la democracia directa. Ibíd. pag. 71.

derecho natural objetivo, ontológico sustancial, estático y universalmente válido. Según Kaufmann, este pensamiento en adelante tan solo podría desembocar en un derecho natural, al menos de contenido variable, de tipo procesal dinámico e histórico, pero no en el sentido plasmado en la filosofía de Kant²⁴⁹. En este elemento conceptual, de la ley moral práctica como legitimidad, desde luego, el mismo va a tonificar fundamentos establecidos; no obstante, para determinar el avance definitivo del derecho penal hacia un método dogmático, habrá que recurrir al desarrollo posterior de Hegel. Sin embargo, las bases de legalidad y legitimidad del sistema se introducen a partir de la concepción expuesta y en sus elementos de interpretación analizados.

1.3.2. La propuesta en el desarrollo de la legalidad penal de Hegel

En este proceso de construcción de la legalidad penal también es preciso mencionar a Hegel que consideró al Estado como un todo orgánico, al interior del cual los hombres son simples partes; en otras palabras, el Estado es la encarnación del espíritu divino sobre la tierra. En este sentido, pide al derecho y a la justicia el respeto hacia la ley, que es obra de la razón y del gobierno constitucional, aunque cae en el totalitarismo al poner al Estado por encima de todos estos principios. El hombre debe ser para el Estado y no al revés, dirá *Beuchot*, queriendo superar el individualismo de Kant, empero incurre en un totalitarismo muy fuerte²⁵⁰. Igualmente, Hegel señala fuertes críticas a las figuras del modelo iusnaturalista, por ejemplo: el estado de naturaleza, el contrato social, el Estado como asociación y no como organismo; todo esto para contraponer una concepción del Estado como una totalidad ética. Señala así el factor de legitimidad del derecho como un organismo u organización de una totalidad mediante la constitución que expresa el espíritu del pueblo²⁵¹.

En este sentido, la obra de Hegel aborda primero el derecho, luego la moral y finalmente la ética. Al derecho lo llama derecho abstracto, la moral es una mayor concreción del

²⁴⁹ KAUFMANN, Arthur. Filosofía del Derecho. Ob. Cit. pag. 71.

²⁵⁰ GEORGE WILHELM FRIEDRICH HEGEL (1770-1831). En la doctrina de Hegel el idealismo es absoluto y lo más real del mundo son las ideas. La estructura es racional o ideal, en cuyo caso la construcción de las ideas y las cosas se da mediante un proceso, denominado dialéctica, que se conforma por tesis, antítesis y síntesis; en esta última los dos opuestos se recuperan y superan. La oposición se reconcilia y trasciende. Así el Estado es síntesis de la libertad subjetiva y de la libertad objetiva. BEUCHOT PUENTE Mauricio. Ob. Cit. pag. 74.

²⁵¹ BOBBIO, Norberto. Thomas Hobbes. Ob. Cit. pag. 31.

mismo; mientras que el derecho con la vida familiar y la ética, son una concreción aún mayor que la vida en el Estado²⁵².

De esta forma, lo que Hegel llama derecho abstracto es lo que se llamaba anteriormente derecho natural, pues contiene los derechos que tiene el individuo gracias a su condición autónoma. En Hegel no hay derecho natural que limite al Estado, por el contrario, es la voluntad del Estado la que pone todo derecho. Dado que el hombre está absorbido por el Estado, no se le pueden conceder los derechos del hombre. Esto obedece a la concepción de sistema que parece adherirse a la teoría de Hegel, motivada por el método de la lógica que gobierna su análisis²⁵³ y que de paso otorgó relevantes efectos en la interpretación del derecho penal²⁵⁴. De esta forma, según Kaufmann, el valor último se coloca en un ámbito netamente racional: el Estado. Aquí reside la fuente de legitimidad para el autor del derecho, pues se trata de la realidad más perfecta, o sea, la realidad de la idea moral y con ella el valor más alto jurídico. Hay un solo Estado y por tanto un solo derecho. No hay un derecho natural y un derecho positivo²⁵⁵.

²⁵² Sobre este punto, Werner Goldschmidt señala que la filosofía del derecho, en Hegel, forma parte de un sistema cuyo símbolo es un círculo que no tiene principio ni fin. La tercera parte de dicho círculo está consagrada al espíritu subjetivo, objetivo y absoluto; en tanto que es la sección del espíritu objetivo aquella que contempla al derecho, la moral y la ética. En esta parte coincide con Bodenheimer, toda vez que el propio Goldschmidt advierte que la filosofía del derecho de Hegel trata detalladamente la doctrina del espíritu objetivo. En este orden de ideas, afirma que en esta primera parte Hegel enfoca el derecho abstracto y analiza la propiedad, el contrato y el entuerto. La segunda parte gira en torno a la moralidad y medita sobre el dolo, la culpabilidad, la intención y el bienestar, lo bueno y la conciencia. Finalmente, en la tercera parte, según la interpretación del autor referido, Hegel se dedica a la ética y considera la familia, la sociedad civil y el Estado, que a su vez comprende el derecho estatal interno, externo y la historia universal. GOLDSCHMIDT, Werner. Introducción filosófica al derecho. La teoría Trialista del mundo jurídico y sus horizontes. Sexta Edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1996. pags. 39-40

²⁵³ Goldschmidt define a la lógica como integrante de la primera parte del sistema de Hegel (la lógica), que es metafísica y que trata del ser, de la esencia y del concepto. *Ibíd.* pag. 40.

²⁵⁴ En síntesis, todo es derecho positivo. "El Derecho positivo, por lo tanto, es lo que está conforme a la ley, constituye la fuente de conocimiento del derecho o, propiamente, de lo que es de derecho. La ciencia positiva del derecho es por esto una ciencia histórica que tiene como fundamento la autoridad". Así mismo, el derecho internacional es un derecho estatal, pues depende de los Estados que lo crean, sin llegar necesariamente a una voluntad supranacional que armonice la voluntad de las naciones. *El derecho es histórico, según el momento de la nación y del Estado*. BEUCHOT PUENTE, Mauricio. Filosofía del Derecho, Hermenéutica y Analogía. Ob. Cit. pags. 76-77.

²⁵⁵ Hegel enunció una ficción en que la idea es lo primordial y por ende ha desatendido la realidad, frente a lo cual se observa la reacción de Karl Marx y Friedrich Engels. Marx encuentra que se debe plantear una dialéctica invertida, pues la conciencia depende del ser (relaciones productivas). Así para estos últimos cambia la superestructura y las ideologías. El derecho carece de autonomía y con ello se puede dar el paso de la extinción del Estado y del derecho. Para este autor, esta idea desde luego tuvo que ser replanteada en 1989 debido al fin del orden jurídico y económico socialista. Este ejemplo fue denominado el positivismo legal, calificado como el más infame derecho, toda vez que posee validez si ha sido producido de manera correcta. KAUFMANN Arthur. Filosofía del Derecho. Ob. Cit. pags. 72 y ss. Este elemento va a ser importante en el siglo

En el campo del derecho penal, a Hegel se le debe el concepto de *acción* como la exteriorización de la voluntad subjetiva o moral que contiene la relación esencial al concepto como deber. Bajo este panorama, se observa una resistencia a admitir un concepto prejurídico de acción que no conlleve consideración jurídica de acciones o actos que no impliquen infracción del deber²⁵⁶.

En este sentido Hegel se expresa en la siguiente forma en cuanto a la acción, el delito y la intención:

[...] Si la acción del delincuente tiene ínfimas malas consecuencias, el hecho es anotado en su beneficio; así como debe tolerarse el hecho de que la acción buena haya tenido pocas o ninguna consecuencia, y que en presencia del delito del cual se han desarrollado las plenas consecuencias, se imputen éstas. La autoconciencia heroica (como en las tragedias antiguas, Edipo, etcétera), no ha procedido de su inmunidad a la consideración de las diferencias entre hecho y acción, entre el suceso externo y el propósito y conocimiento de las circunstancias, así como a la dispersión (1) de las consecuencias; pero asume la culpa en toda la extensión del acto. La existencia externa de la acción es una conexión múltiple que puede ser considerada como dividida indefinidamente en individualidades, y la acción como habiendo afectado preferentemente a una sola individualidad. Pero la verdad de lo singular es lo universal y la determinación de la acción es por sí, no un contenido aislado de la individualidad externa, sino un contenido universal, que envuelve en sí múltiple conexión. El propósito, en cuanto procede de un ser pensante, no encierra meramente la individualidad, sino esencialmente el aspecto universal; esto es, la Intención. El Derecho de la Intención es que la cualidad universal de la acción no es sólo en sí, sino que es Conocida por el agente y reside ya en su voluntad subjetiva; y, a la inversa, el derecho de la objetividad de la acción, como puede ser llamado, es afirmarse como conocida y querida por el Sujeto, en cuanto pensante [...] ²⁵⁷.

Según Beuchot, de esta forma Hegel superó la ruptura que había dejado Kant entre ser y deber ser, aunque con ello sacrificó al hombre individual ya que el Estado le da tanto el ser como el deber ser, más si se trata de deberes jurídicos que representan actos relevantes en materia penal. De esta manera, desaparece el derecho natural que limita al Estado y, dado que el Estado es el único que dicta la ley, esta queda solo como positiva. Es más, los mismos derechos humanos o fundamentales e inviolables del individuo no le pueden ser concedidos por esa dependencia tan radical respecto del Estado²⁵⁸. Adicionalmente, si bien se parte de acciones, como en el caso anglosajón, la diferencia radica en que no es solo un hecho que produce consecuencias sino un acto revestido de

XIX para la legalidad penal, sobre todo en el tema del derecho legal propio del sistema soviético que obedecía a estos fundamentos y en el nacional socialismo carente de sentido material de justicia.

²⁵⁶ VIVES ANTON, Tomás. Fundamentos del sistema penal. 2ª Edición. Acción significativa y derechos constitucionales. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanche, 2011. pags. 121-122.

²⁵⁷ HEGEL, George William Frederic. Filosofía del derecho. Mendoza de Montero, Angélica (trad.). Editorial Claridad. Primera edición 1937. Segunda Edición. Buenos Aires Argentina, 1968. pags. 119 y ss.

²⁵⁸ BEUCHOT PUENTE Mauricio. Filosofía del Derecho, Hermenéutica y Analogía. Ob. Cit. pags. 80.

voluntad; de allí la diferencia que comienza a ser observada desde esta teoría como factor que hace parte de una estructura jurídica y que, en últimas, es una pieza del gran organismo que representa el Estado. En este caso, el factor de legitimidad corresponde a ese Estado-Organismo como ya se relacionó anteriormente²⁵⁹.

En general, los aportes de Kant y Hegel sirvieron para sentar las bases, tanto de la teoría del delito como de las penas. En consecuencia, la tarea de desarrollo de las ciencias del derecho penal, desde la filosofía del derecho, implicó la continuación del análisis sobre la naturaleza y fin de la pena, en un principio, a partir de Kant, para formar la pena jurídica. Para este autor, la misma se basaba en la retribución; sin embargo, su medida era el talión, como se mencionó anteriormente, fundada sobre el imperativo categórico que al final, según Von Liszt, quedó sin influencia decisiva en la evolución del derecho penal²⁶⁰.

Pese a los efectos finales de este fundamento kantiano, es indudable que la categoría universal del fundamento teórico de la legalidad penal puede observarse como factor común de cohesión y coerción para todos en la legalidad penal, incluso es posible que solo sobreviva esta categoría. En esta discusión, según Von Liszt, fue más importante el aporte de Hegel, toda vez que en su concepción básica de la pena, como desarrollo dialéctico del concepto de derecho, se aduce que la pena es la negación de la sinrazón o injusticia, y por lo tanto la negación de la negación del derecho, esto es, la reposición, la restauración del derecho. Bajo tales supuestos, predomina en su justificación como fin de la pena, la protección del orden.

Partiendo de tales nociones, la mayoría de autores de este tiempo defendieron la teoría mixta o armónica de la pena, con base en los fundamentos de Hegel y en su fórmula de la

²⁵⁹ De igual forma aparece representado en la relación familia-sociedad, civil-Estado o triada hegeliana que junta las posturas de los modelos anteriores. Se trata, a saber, del modelo aristotélico tomista iusnaturalista (familia-Estado) o el contractualista iusnaturalista (sociedad civil – Estado) que funde la tradición de la filosofía política con la tradición moderna. En Hegel el paso de la familia al Estado no se produce directamente ni de forma gradual, sino a través de un momento negativo intermedio que representa, en un sentido, la disolución de la familia y en otro el presupuesto necesario para la recomposición de la unidad social en un nivel más alto: el Estado. Como en el modelo clásico, el Estado es, a la par con la familia, un organismo ético; pero a la vez es, como en el moderno, la antítesis de la sociedad de las necesidades, es decir de la esfera en que dominan las relaciones de conflicto entre los individuos y las clases sociales. En el modelo Hegeliano, el Estado es a la vez continuación de la familia y antítesis de la sociedad civil. BOBBIO, Norberto. Thomas Hobbes. Ob. Cit. pags. 31 y ss.

²⁶⁰ Esta idea no tuvo representantes, tan solo aparecen Henke y Zacharia, quienes fracasaron en su intento de sostener esta teoría. VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal. Ob. Cit. pag. 395.

prevención especial, esto es, la eficacia de la ejecución de la pena sobre el delincuente²⁶¹. Además de esto, es preciso tener en cuenta la concepción hegeliana del Estado como fundamento del orden jurídico que legitima el sistema²⁶².

1.4. La síntesis en la configuración de la legalidad penal

Los precedentes analizados constituyen el debate inicial de separación entre derecho y moral que, posteriormente, dan lugar al positivismo jurídico que incide en la configuración de la teoría del delito. En este sentido, se propicia un principio de legalidad ligado al positivismo y al rigor de su conformación, que tenía por objeto brindar seguridad al ciudadano frente a la ley y a sus garantías. Este concepto se configura con la reafirmación de los elementos constitutivos a saber: La ley cierta, previa, expresa, estricta, no retroactiva y la proscripción de analogía salvo *in bonam parte*. Tales elementos tienen por objeto el concepto de justicia en materia penal, desde la seguridad jurídica del sistema que se encarna en la legalidad penal.

En todo caso los principios del estado liberal burgués de la ilustración, en pleno siglo XIX, todavía no se habían consolidado con supuestos materiales precisos, incluso en Alemania, cuna del desarrollo de las teorías referenciadas, aunque sí aparecían esfuerzos constitucionales tendientes a consagrar garantías²⁶³. Esto obviamente no fue fruto del

²⁶¹ Ibíd. pag. 396.

²⁶² Hegel, a partir de su concepción definida por su tiempo, indicaba que el Estado ideal correspondía más con la Monarquía Constitucional (siendo este el mejor gobierno para los Estados grandes) y la República (como el mejor gobierno para los Estados pequeños). Adicionalmente, esta forma de gobierno debía atarse inexorablemente a la constitución; también es la forma que más se adapta a la sociedad civil, como forma de eticidad del mismo. BOBBIO, Norberto. La teoría de las formas de Gobierno en la Historia del pensamiento político. Primera edición en Italiano 1976. Séptima Reimpresión. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2010. pags. 156 y ss.

²⁶³ En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), si bien no se expresan claramente los alcances del derecho de defensa, se sientan las bases del principio de legalidad penal, de los derechos y garantías derivadas del debido proceso actual, en los siguientes términos: "Artículo 7. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia. Artículo 8.- La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente. Artículo 9.- Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley". Disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>>. [Consultado el 14 de agosto de 2014].

azar, toda vez que, para ese momento, la finalidad era evitar que se repitiese la doctrina del rey y de la ley fundada en el soberano; aunque también es necesario tener en cuenta el contexto en el que se gestaba la instauración de la Prusia Imperial, régimen que no estaba lejos de limitar garantías²⁶⁴. Lo relevante es que el sistema basado en la ley, se convierte en la teoría del imperio de la ley, la cual también llegó a fundarse en la arbitrariedad, hecho que se analizará más adelante²⁶⁵.

Mientras tanto, en el escenario hegeliano se permitió al derecho un sistema configurado por el Estado y por los momentos históricos que le sirven de fuente al derecho para su transformación. Según Von Lizst, la escuela histórica del derecho tomó estímulos numerosos del derecho penal (Wächter, Geib y otros), a partir de cuidadosas investigaciones aisladas que no podían enlazar el derecho vigente con su pasado histórico²⁶⁶. Esto es importante pues mientras se concebía un principio de legalidad penal, cobijado por la ley estricta, los movimientos de conformación del derecho penal en que se traduce el principio de legalidad se erigían mediante tendencias propias desconectadas que, a la postre, generaban un sistema interno que merecía una propia interpretación.

Aun así, todo esto influyó notoriamente en los posteriores desarrollos del principio de legalidad (tanto en su estructura como en su interpretación), a través de las escuelas de la teoría del delito que, en todo caso, propendieron por un sistema que orientara las ciencias

²⁶⁴ En el *Acta de la Constitución de Prusia de 31 de enero de 1850* (4), se estableció en principio un exhaustivo catálogo de los "derechos de los prusianos", en el cual figuraban incluso derechos de libertad política como la libertad de opinión, la libertad de prensa, la libertad de asociación y la libertad de reunión. Sin embargo, en el artículo 3 se indicaba que estas garantías no debían limitar la libertad de disposición del legislador, es decir que las garantías fundamentales no podían imponerse a las restricciones legalmente previstas. POLAKIEWICZ, Jörg. El proceso histórico de la implantación de los Derechos fundamentales en Alemania. *En* Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Julio-septiembre, 1993, no. 81. pags. 24-26. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Estudios Políticos.

²⁶⁵ Según Bobbio, gracias a las críticas del iusnaturalismo moderno sobre el positivismo jurídico, al considerarlo como "una de las causas del nazismo alemán", se puede evidenciar una de las formas de obediencia a la ley y una manera ética en el derecho. Es en este terreno donde aparece la ideología en el derecho de tipo ético-valorativo y no un aspecto teórico del mismo. Se obedece la ley en cuanto tal y no porque sea justa, de allí que pueda aparecer el criterio carismático de la ley, tal vez, por reconocer que la justicia de la ley radica en su validez únicamente, es decir, conforme a su creación y vigencia pero nada más. Por ejemplo, en la fundamentación carismática del poder, se obedece a la ley debido a que aparece un hombre, al que se le atribuyen condiciones sobrehumanas, en quien el pueblo deposita (sobre la base de valoraciones emotivas e irracionales) una absoluta y ciega confianza. También se puede hablar de la concepción del Estado Ético. BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Rafael de Asís y Andrea Greppi (trad.). Madrid: Editorial Debate, 1993. pags. 229 y ss.

²⁶⁶ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Ob. Cit. pag. 404.

penales mediante la legalidad penal. Es decir, a partir de este momento se pudo vislumbrar un sistema penal orientado por la legalidad penal, acompañado de un proceso legislativo de codificación, de una acción que se desarrolla dentro de este sistema con consecuencias jurídicas y de un sujeto responsable, obligado a su cumplimiento, como categorías trascendentes que sintetizan el principio objeto de estudio.

De cualquier forma, el faro de orientación y el concepto de legitimidad de esta teoría se representaron en el Estado, y en el orden legal sobre el cual se erigió el principio de legalidad penal. Para este momento, los límites del sistema residían en el alcance de la ley exclusivamente y, en este caso, en el organismo que constituye el Estado desde la concepción hegeliana que representa el fundamento histórico directo del iuspositivismo alemán²⁶⁷. En este proceso se observa que el desarrollo de las teorías expuestas, permitieron el tránsito hacia el positivismo que iluminó la teoría del delito y la orientación ideológica del principio de legalidad penal. De igual forma se advierte que, mientras esto ocurría en Alemania con un desarrollo lento, en el siglo XIX se promovían los procesos constituyentes de Francia y Estados Unidos, en los cuales se establecieron las bases del Estado liberal burgués, determinado por la separación de poderes y los derechos ciudadanos²⁶⁸.

El proceso anterior fue marcado por reformas implementadas desde arriba hacia abajo, en una sociedad de castas, que tuvo dificultades para librarse de los poderíos monárquicos y que se caracterizó por la discusión en torno a consagrar o no, antes de la Primera Guerra Mundial, cartas necesarias para salvaguardar derechos fundamentales²⁶⁹. Por ejemplo, ocurría que en las constituciones de los *Land* se proclamaban derechos fundamentales, pero en las constituciones de la federación no se reconocían como en las de unificación

²⁶⁷ BOBBIO, Norberto. El positivismo Jurídico. Ob. Cit. pags. 232-233.

²⁶⁸ POLAKIEWICZ, Jörg. El proceso histórico de la implantación de los Derechos fundamentales en Alemania. Ob. Cit. pags. 24-25.

²⁶⁹ Por ejemplo, entre 1815 y 1824, diferentes monarcas de los Lands alemanes proclamaron diversas constituciones en virtud del Acta Federal Alemana de 1815. En este proceso solamente tres Constituciones de la Confederación Alemana, a saber: la de Baviera de 1818, la de Badén de 1818 y la de Württemberg de 1819, acuñaron el proceso posterior de la evolución constitucional. Pese a que se trataba de otorgamientos voluntarios de monarcas que integraban catálogos de derechos de libertad e igualdad, tuvieron que afrontar la unificación que surtió efectos en la Confederación Alemana del Norte, el 1 de julio de 1867. La constitución proclamada no contenía un capítulo de derechos fundamentales, como tampoco la subsiguiente del Reich Alemán de 1871. *Ibíd.* Pags. 24 - 25

del Reich Alemán de 1867 y 1871²⁷⁰. De esta forma, las teorías precedentes parecen aisladas del tema penal, desde el plano de la legitimidad del sistema, en el cual tan solo las denuncias sobre el Estado que se conformaba aparecen en esfuerzos como el de Ferdinand Lasalle, más aún, en estos regímenes imperiales que tienen una notoria monarquía limitada o monarquía constitucional como la denomina Kelsen²⁷¹. En síntesis, esto no deja de ser objeto de limitantes a la libertad y por supuesto a las garantías y principios penales²⁷².

2. El positivismo y la estructuración de la dogmática penal como desarrollo de la legalidad penal. Factor de legitimidad hacia dentro del sistema penal

Sentados estos fundamentos que apuntan más a la necesidad de un orden positivo y a la evolución dentro de las mismas corrientes iusnaturalistas, en el plano de configurar la legalidad como principio penal, se desarrolló el paso hacia la doctrina de Kelsen, -*iuspositivista*-, quien define la ciencia del derecho como el conocimiento de las normas²⁷³.

Así, el marco en torno a la ley como factor de legitimidad se hace más evidente pues, según este autor, es importante establecer que la norma surge de un acontecimiento

²⁷⁰ En este Estado federal monárquico, expresamente concebido como «Liga de los Príncipes» (1871), no fue viable la sanción de derechos fundamentales generales y vinculantes en la totalidad del territorio del Reich alemán, con prioridad sobre las Constituciones estatales. Incluso, si existían derechos fundamentales, estos se sometían a la voluntad de los legisladores que los podían restringir o ampliar deliberadamente. POLAKIEWICZ, Jörg. El proceso histórico de la implantación de los Derechos fundamentales en Alemania. Ob. Cit. pag. 25.

²⁷¹ KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. Primera Edición 1945.

²⁷² Sobre este punto se analiza cómo la situación de Lasalle lo llevó a escribir la denuncia que aparece en el libro *¿Qué es una constitución?*, pues en los elementos de la instauración de Prusia ocurrían aspectos como los siguientes: "El resistir a las autoridades de Policía es casi una quimera: quien no acate sus órdenes puede verse constreñido a obediencia por la vía ejecutiva. mediante multas y penas, de cárcel, aunque las tales órdenes sean equivocadas o manifiestamente contrarias a la ley. Y es inútil pretender reclamar judicialmente contra semejantes medidas ejecutivas". MEHRING, Franz (1908). Estudio Preliminar, Introducción Histórica al Texto de Ferdinand Lasalle. *¿Qué es una Constitución?* Editorial Elaleph.com, pag. 15. Disponible en <www.elaleph.com/http://norcolombia.ucoz.com/libros/Lassalle_Ferdinand-Que_Es_Una_Constitucion.pdf>. [Consultado el 14 de agosto de 2014]. Igualmente, Kelsen, en la *Teoría del Estado y del Derecho*, observa que ya a principios del siglo XX este proceso había derivado en una monarquía constitucional y por lo tanto en un estado de derecho. ²⁷² KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. Ob. Cit. Pags. 7 y ss.

²⁷³ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Editorial Universidad Autónoma de México. Traducción de la segunda Edición de 1960 en alemán por Roberto N. Vernengo. Primera Edición en español 1979. Segunda Reimpresión. México D.F. 1982. pag. 17.

externo que se desarrolla en un tiempo y espacio específico²⁷⁴. En dicho escenario se determinan sus efectos conforme al derecho y a partir de su significación jurídica tales hechos se correspondan con una norma que se refiera a dicho acontecer respecto de su contenido²⁷⁵. En otras palabras, lo que hace que ese acto sea conforme a derecho o contrario a derecho, es su explicitación, normativa. A su turno la significación jurídica de esa disposición proviene de otra que le ha dado tal carácter. Todo ello bajo la fundamentación del orden jurídico centrado en el Estado.

En este orden de ideas, según Kelsen, el Estado se representa centrado en la validez del orden estatal que le otorga a su vez validez al orden jurídico. En tal virtud, se establecen las relaciones entre las normas de un orden jurídico, que son esenciales a la naturaleza del derecho; además únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un orden jurídico puede entenderse dicha naturaleza²⁷⁶. Por otro lado, Kelsen, a partir de la teoría del Estado, considera que a finales del siglo XIX la burguesía ha logrado una participación decisiva en la legislación (bajo la monarquía constitucional) y como consecuencia de tales avances se comienza a reconocer que “el Estado ya es su Estado” y puede ser un instrumento útil en la realización de múltiples fines sociales²⁷⁷.

En este sentido se puede citar el desarrollo de la democracia, exigida por la misma burguesía, que favoreció al proletariado mediante la implantación del sufragio universal igualitario. En contraste, la burguesía, bajo la presión del proletariado, trató de afirmar su dominio económico y cultural frente a la política social, la legislación tributaria niveladora, la libertad económica limitada y las tareas político-culturales del Estado²⁷⁸. Los fines mencionados, según Kelsen, dejan al descubierto que todo se adhirió a la noción de Estado, toda vez que desde el Positivismo jurídico, se trata de un Estado de Derecho en la medida en que todos los actos estatales son jurídicos, en tanto que realizan un orden

²⁷⁴ LEGAZ LACAMBRA, Luis (trad.). México, D.F.: Editora Nacional, 1973. Pags. 7 y ss.

²⁷⁵ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho pag. 17

²⁷⁶ KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. Ob. Cit. pags. 7 y ss.

²⁷⁷ *Ibíd.* pags. 42 y ss.

²⁷⁸ KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. Ob. Cit. pags. 42 y ss.

que ha de ser calificado de jurídico²⁷⁹. En este caso, la legitimidad del Estado reposa en el orden jurídico, a esto equivaldría el orden estatal y por lo tanto a su vez la legitimación del crimen y del castigo.

Desde otro punto de vista, la intención de Kelsen era la de construir una verdadera ciencia del derecho, de allí que en su teoría la moral quedara separada del derecho para resaltar el carácter formalista de su construcción sistemática, sin contaminarse con elementos materiales o de contenido valorativo, manteniéndose en su positivismo, en otras palabras, atendiendo solamente al orden legal dado. De igual forma, Kelsen consideró los fenómenos sociales desde la perspectiva de la imputación, para derivar en los principales conceptos estáticos del derecho: el deber jurídico, la pretensión, la sanción, la persona, etc. Ahora, debido al influjo de Adolf Merkel, Kelsen añadió a su teoría los conceptos dinámicos del derecho como creación de la ley, sentencia judicial, decisión administrativa, ejecución, etc. Finalmente, como producto de su separación entre ser y deber ser, Kelsen se opuso a todo derecho natural, pues lo consideraba un disfraz ideológico que servía para sostener el orden jurídico existente o para criticarlo²⁸⁰.

De todas maneras, con respecto al principio de legalidad penal, esta teoría reafirmó el carácter imperativo de la ley penal, tanto en los procedimientos como en la definición de los delitos y las penas; fue un punto de partida incuestionable de garantías y seguridad jurídica, lo que permitió fundar y desarrollar el Estado moderno, en términos democráticos. Sin embargo, el positivismo también tuvo su fase de interpretación, en términos negativos, al considerarse únicamente su alcance formal, sobre todo en episodios del siglo XX, en los que se incumplió este mandato, lo que a la postre provocó ideologías que proscribieron cualquier tipo de consideración con el ser humano. Sobre el particular, Rosario de Vicente Martínez²⁸¹ advierte que, en casos como el del código penal ruso y las leyes penales del régimen nazi, este principio fue desconocido e incluso generó las principales causas de las dificultades del mismo; así, por ejemplo, en el parágrafo 10

²⁷⁹ *Ibíd.* PAG. 42

²⁸⁰ Según Beuchot, debido a que Kelsen quería evitar la adopción de fundamentos iusnaturalistas para la obligatoriedad de la ley, creó la "norma fundamental suprapositiva", que prescribe que debe obedecerse a la autoridad de la comunidad. Esta norma fundamental no es un imperativo categórico o precepto del derecho natural, como lo fue para Kant, sino una hipótesis que sostiene el orden jurídico. En sus últimas obras, Kelsen se apartó de la escuela neokantiana de Marburgo y se orientó hacia una teoría comparada del derecho. BEUCHOT PUENTES, Mauricio. *Filosofía del Derecho, Hermenéutica y Analogía*. Ob. Cit. pags. 85 y ss.

²⁸¹ DE VICENTE MARTINEZ, Rosario. *El principio de legalidad penal*. Ob. Cit. pag. 23.

del código penal ruso de 1922 se describía lo siguiente: “En caso de ausencia en el Código Penal, de precepto específico para algún delito en particular, las medidas penales o de defensa se configurarán conforme a aquellos artículos del Código Penal que contemplen delitos análogos por su importancia y calidad”²⁸².

Como se puede ver, lo anterior podía prestarse para múltiples interpretaciones, pero era la ley. Adicionalmente, en este momento histórico, pese a los aportes del positivismo que reafirmaron el carácter de la normativa penal, en los ejemplos del código alemán nazi y el código penal ruso se observa que el principio analizado no estaba exento de legislaciones, por encima de los derechos y de la justicia material actual. Dichos Códigos, pese a que constituían normas jurídicas, en el fondo carecían de garantías fundamentales universalmente reconocidas²⁸³, es decir, eran formalmente legales pero no eran legítimas y menos justas.

Sobre este aspecto, en 1946, Gustav Radbruch señaló que en sistemas como el nacional socialismo existía un derecho por encima de las leyes; un positivismo en donde, ante todo, se hacían cumplir las leyes sin ninguna limitación. Para ejemplificarlo, trajo a colación una cita en la que el Tribunal de Wiesbaden sentenció que las leyes, mediante las cuales se establecía que las propiedades de los judíos pasaran al Estado, se hallaban en contradicción con el derecho natural y por ende eran nulas desde el momento de su promulgación²⁸⁴.

Adicionalmente Radbruch manifestó que en el campo del derecho penal se presentaron casos como el proceso ante jurados de Turingia en Nordhausen, en el cual se condenó a cadena perpetua al funcionario judicial Puttfarken. Según el expediente, él mismo denunció a Götting por una inscripción que éste hizo en un retrete: “Hitler es un asesino del pueblo y tiene la culpa de la guerra”. La condena se basaba en este hecho y en que escuchaba emisoras extranjeras²⁸⁵. El fiscal indicó que el acusado, cuando presentó su denuncia, lo hizo motivado por sus convicciones nacional socialistas; lo anterior, a pesar

²⁸² *Ibíd.* pag. 23.

²⁸³ *Ibíd.* pag. 23.

²⁸⁴ RADBRUCH, Gustav. *Leyes que no son derecho y Derecho por encima de las leyes*. Madrid: Editorial Aguilar S.A., 1971. pags. 3-4.

²⁸⁵ RADBRUCH Gustav. *Leyes que no son derecho y Derecho por encima de las leyes*. Ob. Cit. pags.4-5.

de que este argumento era jurídicamente irrelevante, pues no existía obligación de denunciar por motivaciones políticas, aun en los tiempos de Hitler, y pese a que lo relevante era demostrar si este obró al servicio de la administración de justicia²⁸⁶. Es decir que los tribunales debían obrar conforme a Derecho. Vale decir la pena decir que – conforme a la legalidad, a la aspiración de justicia y a la seguridad jurídica– todos estos requisitos de la administración de justicia no estuvieron presentes en el nacional socialismo. El que denunciaba a alguien en esos años, contaba que entregaba a una persona no a un juicio justo con garantías procesales sino a la arbitrariedad legal²⁸⁷.

En todo caso, esta problemática se presentó en regímenes totalitarios como los casos citados, que concibieron en la ley las formas de persecución más sutiles, para cimentar su política organizada de terror²⁸⁸. Más adelante se analizará si estos elementos pueden estar presentes, en alguna medida, cuando se arrije al caso colombiano, objeto del presente estudio.

Lo relevante de esta experiencia que analiza los episodios citados, originados en el derecho de la posguerra, es que permite trazar los límites que van a servir de fundamento para que en el derecho subsiguiente, a partir de 1950 y desde la década de 1960, dado el influjo del derecho internacional de los derechos humanos, se comience a cuestionar, al menos desde el enfoque continental, el verdadero alcance de la dogmática penal y por ende de la legalidad penal internacional.

En todo caso, en las circunstancias actuales, estas situaciones, aunque no son tan frecuentes, no se descarta su ocurrencia, sobre todo a partir del surgimiento de una multiplicidad de conductas propias de los nuevos bienes jurídicos de la sociedad moderna, que avizoran una expansión normativa del principio de legalidad. Este fenómeno puede verse por lo menos en cuatro niveles: “a) Inclusión de nuevos tipos penales; b) endurecimiento de las penas para las ya existentes; c) restricción de las garantías y derechos del procesado; y d) introducción de procedimientos más ágiles y

²⁸⁶ *Ibíd.* 4-5.

²⁸⁷ *Ibíd.* pag. 4.

²⁸⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. El principio de legalidad penal. Ob. Cit. pags. 23-24.

eficaces”²⁸⁹. Sin embargo, es claro que para este momento de surgimiento del nacional socialismo existía una identificación de lo legal como válido, de allí que la ley pudiera moldear cualquier forma escondida de interés político nocivo socialmente.

Para autores como Carlos Santiago Nino, esta última versión negativa del positivismo puede interpretarse como el formalismo legal o el positivismo ideológico que identifica a la ley escrita como única categoría válida, es decir, lo concebido en la ley como lo legítimo para un orden jurídico, de allí que a través de esta tendencia pueda hacerse cualquier tipo de estructura legal y con ello imponer cualquier tipo de régimen, sobre todo en materia penal²⁹⁰.

Tomando en cuenta esta postura, es preciso hacer claridad en que el positivismo tuvo muchas fuentes, y no solamente la de Kelsen; toda vez que en su teoría se observa una evolución, sobre todo en su segunda teoría pura del derecho en la versión de 1960, que implicó supuestos que trascienden en el derecho actual, más aún, en el caso de la legalidad penal que se analiza en el presente trabajo²⁹¹. Por este motivo, es preciso ver con mayor detenimiento este proceso evolutivo, el cual se expondrá al final de este trabajo, dado que es posible que se den, como supuestos de hoy, juicios anticipados sobre lo que puede parecer el positivismo de origen kelseniano, cuando en realidad no lo son y, a la postre, esto puede ser definitivo en la interpretación de la legalidad penal actual objeto de discusión.

De igual forma, es indudable que esta concepción positivista del derecho ha causado un sinnúmero de alcances a la construcción de la norma jurídica, con las dificultades que ello ha generado a la forma de entender el derecho, sobre todo porque la legislación penal – como en el caso nacional– ha tenido múltiples variaciones e influencias. Ahora bien, está claro que el positivismo es mucho más que estas dos orientaciones teóricas (Positivismo Formalista-Positivismo Ideológico) que impiden la consagración e interpretación de

²⁸⁹ GROSSO GARCIA, Manuel. El concepto del delito en el Código Penal. Una propuesta de Interpretación desde el Sistema de la Teoría del Delito. Segunda Edición. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibañez, 2007. pags. 51. También Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La Expansión del Derecho Penal. Civitas Ediciones S.L., 1999. pags. 15 y ss.

²⁹⁰ NINO CARLOS, Santiago. Introducción al Análisis del Derecho. 2ª Edición ampliada y revisada. 15ª Impresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, pags. 32 y ss.

²⁹¹ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Segunda Edición de 1960. Ob. Cit. pag. 27.

normas derivadas de la costumbre o la jurisprudencia, temas frente a los cuales Kelsen ahonda e incluso permite su interpretación como ya se indicó. Por estas razones, Carlos Santiago Nino aparta de esta concepción a Kelsen, lo cual genera muchos aspectos susceptibles de revisión en la actualidad²⁹².

Pese a esta versión negativa de interpretación, lo más importante del positivismo es que se resume en la estructuración del ordenamiento jurídico y en la consagración de la norma fundamental. Precisamente, a partir de esta serie de categorías normativas se establecieron los principios de coacción que hacen parte de principios tan importantes en materia penal como el principio de legalidad, ámbito que se desarrolla tanto para la pena como para los delitos, su justificación y su fuente legítima de aplicación por parte del Estado. Con el avance del siglo XX se presentan diferentes dilemas que han ido modificando la noción actual del principio de legalidad, fenómeno que puede tener origen, con ocasión de los avances de Nüremberg, en la construcción de una jurisdicción de alcance internacional que tendría como telón de fondo los crímenes de la Segunda Guerra Mundial, lo cual afectaría sus intereses pero ya en términos de interés de justicia. Este aspecto será objeto de discusión en el siguiente capítulo, y también al final de la presente disertación.

Por otra parte, Kelsen creó, en definitiva, un sistema de interpretación que produjo múltiples consecuencias en materia penal, toda vez que la valoración del delito, en sus comienzos, se asocia a la valoración del momento objetivo y subjetivo de una conducta; luego, a los fines de su descripción típica, al daño asociado a la misma y finalmente a la culpabilidad subjetiva del autor, etc. En tal sentido, es de notar que los conceptos del derecho propuesto como estáticos (deber, pretensión, sanción, etc.) se contraponen a los del concepto dinámico del derecho (creación de la ley, sentencia judicial, decisión administrativa, ejecución, etc.) que, en últimas, es el tópico en el que residen, en la actualidad, las principales consecuencias de transformación del derecho actual y del principio de legalidad bajo discusión²⁹³. De igual forma, para arribar a estos puntos de análisis contemporáneos, resulta imprescindible abordar la problemática analizada desde

²⁹² NINO CARLOS, Santiago. Introducción al Análisis del Derecho. pags. 32 y ss. KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Segunda Edición de 1960. Ob. Cit. pag. 27.

²⁹³ En el último aparte se analizará la flexibilidad del derecho específicamente. KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Segunda Edición de 1960. Ob. Cit. pag. 123 y ss.

sus consecuencias más relevantes en el siglo XX, periodo durante el cual la legislación penal ha de enfrentarse a episodios anárquicos de legalidad y seguridad penal.

3. Dogmática y escuelas del Derecho Penal. Factores de desarrollo y legitimidad del principio de legalidad actual.

Una vez trazados los elementos básicos de regulación del principio de legalidad, es importante tener en cuenta que, a lo largo de las escuelas jurídicas, tanto la dogmática jurídica como la penal han sentado las bases para el desarrollo de los diferentes sistemas penales, los cuales poseen variaciones conceptuales y filosóficas que permiten avizorar nuevos campos de observación. Por ejemplo, en este aspecto es inevitable hacer un análisis que pase de la concepción de la acción del terreno ontológico (causalismo-neokantiano-finalismo) a la concepción sociológica de definición de la acción (funcionalismo).

Este proceso, según Jiménez Redondo, se desarrolla a través de un sistema de construcción del derecho positivo moderno como un tipo de regulación (forma jurídica) que se torna masiva e imprescindible²⁹⁴. En esta labor de construcción se instauran los derechos de libertad que se traducen en su aplicación a través de una forma jurídicamente regulada; a su vez, todo esto se torna en los derechos de ciudadanía jurídicamente articulados que, sujetos a un proceso de auto regulación y auto construcción, se van incorporando y justificando²⁹⁵. Este mismo escenario determinó la labor dogmática penal al incorporar elementos de construcción del delito para buscar, precisamente, el ámbito de libertad del ciudadano.

De esta forma, van quedando convertidas en derecho positivo las condiciones y cambios del derecho, y por supuesto, las condiciones materiales de su legitimidad²⁹⁶. Si se observa este desarrollo genealógico, podemos decir que la dogmática penal en la que se manifiesta el principio de legalidad, a través de la mutación de escuelas, propició las

²⁹⁴ JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. Manuel. Artículo - Estudio Preliminar. Fundamentos del Sistema Penal. Acción Significativa y Derechos Constitucionales. Ob. Cit. pag. 110.

²⁹⁵ Ibíd. Pag. 110

²⁹⁶ Ibíd. Pag. 110

nuevas condiciones para comprender el significado y alcance de la noción de delito, sus elementos y características, al igual que los presupuestos y condiciones de la pena.

En la práctica, esto parece no causar mayores efectos, si de lo que se trata es de determinar que sucedió un hecho y que el mismo puede ser relevante en materia penal; no obstante, todo este desarrollo originó muchos debates sobre este suceso que puede tener características punibles. Al mismo tiempo, permitió actualizar los criterios y fundamentos de las conductas punibles y de las penas, como también observar que la rigidez inicial de la concepción de norma penal y delito va sufriendo cambios inevitables que le otorgarán al nuevo principio de legalidad penal, elementos nuevos, tal vez no previstos en su concepción original, surgida de la modernidad y de los fundamentos trazados desde Becaría y la Ilustración, hasta el racionalismo, el historicismo, el positivismo y el realismo jurídico actual. En este contexto, a continuación se verán las escuelas representativas que desde finales del siglo XIX y principios del XX han marcado la pauta en la consolidación del derecho penal de nuestro tiempo²⁹⁷.

El desarrollo del principio de legalidad, de acuerdo con la estructura del delito, se puede analizar a partir de las diferentes escuelas que desde el siglo XIX y XX concibieron una forma de interpretar el delito y por ende de determinar la sanción, de acuerdo con los siguientes períodos históricos. Esto permitió sintetizar todas las instituciones de la teoría del delito en que se resume el principio de legalidad y de paso en los fundamentos que permitieron construir, a lo largo de la historia, los factores de imputación del delito y de fijación de la pena.

3.1. Las escuelas dogmáticas. Bases de un sistema de legalidad penal normativo. Proceso reflejado en la legitimidad jurídica Estatal. (De la Escuela Clásica hasta el Funcionalismo)

En un primer momento se desarrolló la escuela clásica²⁹⁸ de Carrara en Italia y la de Derecho Penal Liberal de Alemania, cada una tuvo unos destinos diversos en la consideración de la responsabilidad penal. Por un lado, el esquema de Carrara propuso

²⁹⁷ PÉREZ PINZON, Álvaro. Introducción al Derecho Penal. Bogotá, D.C.: Editorial Temis S.A., 2009. pag. 82.

²⁹⁸ Los representantes fueron Romagnosi, Feuerbach, Carmignani, Pessina, Rossi y Carrara (1810 - 1870).

que la conducta se desarrollaba en dos aspectos del delito: objetivo y subjetivo. En el elemento objetivo se trataba de un comportamiento externo dañoso, mientras que, en el elemento subjetivo, aparecían la conciencia y la voluntad con capacidad para delinquir (imputabilidad, libre albedrío)²⁹⁹. Así fue como se definió el esquema del delito, inicialmente orientado bajo un enfoque basado en el iusnaturalismo. En efecto, no se puede sancionar con la sola constatación del daño, pero tampoco es posible sancionar con la sola intención dañosa; tiene que haber una imputación civil y social³⁰⁰.

Por su parte, la escuela del derecho penal liberal alemán también llegó a un concepto de imputación, pero en este se confundían la antijuridicidad (descubierta por el civil V. Ihering en 1867) y la culpabilidad; el proceso de separación se dio progresivamente³⁰¹. El mismo fue incorporado al sistema penal por V. Liszt y Beling; más tarde Merkel señaló el concepto de culpabilidad (criterios de dolo e imprudencia) y Beling estructuró el concepto de tipicidad³⁰².

²⁹⁹ La escuela clásica, también denominada escuela del derecho penal liberal, se mantuvo hasta la aparición del positivismo. Sus representantes fueron principalmente italianos anteriores a la aparición del positivismo criminológico, nombre otorgado por Enrico Ferri (Positivista italiano 1856-1929), dicho nombre gustó a representantes como Carrara (1805 – 1888). En Alemania es de destacar a Anselm V. Feuerbach (Jena 1775 – Frankfurt 1833) y en Inglaterra a Jeremy Bentham (Houndsditch 1748 – Londres 1832). Se trata de una corriente continuadora del pensamiento liberal ilustrado que asume el humanismo en el Derecho Penal y se funda en la crítica al poder absoluto anterior (*Ancient Régime*) y a la definición del delito como una construcción jurídica. Algunos señalan que sus construcciones eran demasiado heterogéneas para darle solidez a una teoría en concreto; sin embargo, puede citarse a Carrara, quien consideraba, en su programa del curso de derecho criminal, que debía partirse del derecho natural otorgado por Dios al hombre para cumplir sus deberes terrenales. FERRE, Olive, *et al.* Derecho Penal Colombiano. Parte General, Principios Fundamentales y Sistema. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2010. pags. 37-108.

³⁰⁰ A partir de esta noción se definió como la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos y, por lo tanto, la misma resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso. CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte General. Volumen I. Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 1983. pags. 43 y ss.

³⁰¹ En el proceso alemán, la doctrina dominante del derecho penal liberal todavía no diferenciaba los conceptos de antijuridicidad y culpabilidad, puesto que los confundía con el concepto superior de imputación procedente de la teoría de Puffendorf. Sin embargo, gradualmente aparecieron los elementos de la teoría del delito, por ejemplo Von Ihering (en 1867) desarrolló para el Derecho Civil el concepto de antijuridicidad objetiva, al demostrar que la culpabilidad es irrelevante en ciertas infracciones que determinan consecuencias jurídicas, fundamento que fue acogido por V. Liszt y Beling, quienes la adicionaron al derecho penal y a partir de allí abandonaron la tesis de la imputación citada. Merkel posteriormente reunió el dolo y la imprudencia bajo el concepto superior de voluntad contraria al deber; Berner, por su parte, consideró el concepto de acción relevante en materia penal; y finalmente Beling estructuró el concepto de tipicidad o adecuación al supuesto de hecho como característica de la acción. JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Mir Puig. y F. Muñoz Conde (trad.). Volumen Primero. Barcelona: BOSCH Casa Editorial, 1981. pag. 273.

³⁰² En Alemania, Anselm Feuerbach (Tratado de derecho penal común vigente 1801) consideró al delito, al igual que Carrara, como una construcción jurídica; sin embargo su fuente era la filosofía. Uno de los aportes principales de este pensador se centró en su teoría de la coacción psicológica que será más adelante uno de

Así, la escuela en su evolución, con las críticas al concepto de retribución de la pena, dio lugar a otra teoría dogmática, junto con un avance importante en la consideración de la descripción precisa del concepto de delito y la sanción penal³⁰³. Además, debido a la influencia de Kant y Hegel, el proceso alemán fue diverso al desarrollo del italiano y se orientó a concebir una teoría del delito que en principio consideró solo la distinción entre imputación objetiva y subjetiva (*Imputatio facti e imputatio iurus*)³⁰⁴.

En todo caso, estos primeros basamentos de tipo crítico no solo permitieron la inclusión de nuevos elementos de discusión a la legalidad penal, sino que también contribuyeron a una nueva concepción del delito, bajo un esquema gobernado tanto por la lógica que desarrolla el esquema dogmático, como por mayores elementos de univocidad a la interpretación de todo el esquema del delito³⁰⁵. De todas maneras, la rigidez del sistema en lo objetivo en el tipo y lo subjetivo en la culpabilidad, determinó que fuera superado dicho esquema, pues no dio los rendimientos suficientes para analizar la complejidad de la realidad³⁰⁶. Además, si se tiene en cuenta la fuerza de la doctrina alemana en construcción, para este tiempo se produjo sin mayores consecuencias el abandono de la teoría clásica, sumado a otros problemas de interpretación, como por ejemplo en la omisión, la cual no se podía explicar a través de la simple constatación de la realidad empírica sino mediante valoraciones. Igualmente, frente a la aparición de los elementos subjetivos del tipo, no siempre se pudo establecer la tipicidad a través de elementos objetivos³⁰⁷.

los fundamentos de la teoría de la pena, en materia de prevención general y en la estructura primaria de la teoría del delito. FERRE, Olive, *et al.* Derecho Penal Colombiano. Ob. Cit. pag. 109.

³⁰³ En la escuela clásica del Esquema Carrariano, la distinción referida anteriormente también se desarrolló en dos aspectos del delito: objetivo y subjetivo. En el elemento objetivo se trata de un comportamiento externo dañoso, y en el subjetivo aparecen la conciencia y la voluntad con capacidad para delinquir (imputabilidad). No se puede sancionar con la sola constatación del daño, pero tampoco es posible sancionar con la sola intención dañosa. Se necesita, en orden a la sanción, la concurrencia de ambos aspectos y se denomina imputación civil (delito-civil). No basta con que el juez pueda hacer la imputación civil, previamente ha debido haber una imputación social. AGUDELO BETANCUR, Nodier. Curso de Derecho Penal. Esquemas del Delito. Cuarta Edición. Medellín: Ediciones Nuevo Foro, 2010. pags. 29-30.

³⁰⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Ob. Cit. pag. 272.

³⁰⁵ Por ejemplo, esta evolución dogmática permitió, a principios del siglo XX, que Beling pudiera adicionar un concepto completo del delito, en los siguientes términos: "Delito es la acción típica, jurídica, culpable, sometida a una conminación penal adecuada y ajustada a las condiciones de dicha penalidad". *Ibíd.* pag. 274.

³⁰⁶ AGUDELO BETANCUR, Nodier. Curso de Derecho Penal. Esquemas del Delito. Ob. Cit. pags. 64-65.

³⁰⁷ Finalmente, se presentaron críticas al modelo de antijuridicidad y culpabilidad, toda vez que no se podían explicar fenómenos como la culpa inconsciente o sin previsión. *Ibíd.* pag. 65.

De otra parte, fundado el paso de la teoría clásica, antes de consolidarse el causalismo, la teoría del positivismo de Ferri y Lombroso partió de un concepto naturalístico del delito, fundado en elementos antropológicos, sociológicos y psicológicos. Esto permitió, contrario a lo sostenido en la teoría, proscribir toda forma de responsabilidad objetiva y determinar la seguridad del sistema que deberá basarse en el derecho penal de acto, en contraposición del derecho penal de autor³⁰⁸.

El paso siguiente obedece al causalismo o primera teoría neoclásica o dogmático jurídica³⁰⁹, que definió notablemente la teoría del delito fundado en la división tripartita de la tipicidad antijuridicidad y culpabilidad³¹⁰. Sin embargo, su postura está basada en el resultado.³¹¹ Ahora, si se miran los objetos definidos anteriormente, la interpretación se

³⁰⁸ De todas formas, y pese a que su vigencia fue muy corta, dio lugar a otra corriente del pensamiento que aborda la criminología, pero además el concepto más sobresaliente se basó en el peligrosísimo *ex ante* de la conducta. Sus principales representantes fueron Ferri, Lombroso, Garófalo (siglo XIX, 1870-1900). Por lo tanto, el fundamento de la responsabilidad consiste en la peligrosidad que se realiza *ex ante* de la comisión del hecho, no *ex post*, como en las medidas de seguridad actuales. Con lo anterior se buscaba minimizar la posibilidad de daño a la sociedad por las características físicas y psíquicas del individuo. Igualmente, la peligrosidad social se determina si el hombre se constituye en riesgo al caer en el delito y además si reincide. La pena, como factor relevante del principio de legalidad, constituye una forma de defensa social (actuada mediante coacción psicológica sobre los coasociados como sanción) y se encamina exclusivamente a los sujetos peligrosos a quienes debe exigirse responsabilidad. La pena también es la intimidación y dirección de la persona por la amenaza de la sanción. Los destinatarios de la ley se consideran imputables e inimputables, según sientan tal advertencia. Así mismo se observa un rechazo del delito como entidad jurídica y del libre albedrío, al igual que se rechaza la confusión positivista entre derecho penal y criminología. Finalmente, la sanción penal puede ser aflictiva punitiva y las medidas de seguridad no son propiamente penas. Producto de esta escuela se presentaron otras corrientes que bajo el mismo sentido y orientación se dedicaron al estudio de la persona que delinque. En este sentido, se puede citar a la Tercera Escuela (*Terza Scuola* – Alimena, Carnevale, Impallomeni) que concilia elementos positivistas y clásicos. Para ellos el delito, “es un fenómeno determinado por causas sociales y por lo tanto es obligación del poder público su regulación”. Según esta concepción, el Derecho Penal se integra por elementos jurídicos, sociológicos y psicológicos. En todo caso hay mayor importancia de lo jurídico. PÉREZ PINZON, Álvaro. Introducción al Derecho Penal. Ob. Cit. pags. 83 y ss.

³⁰⁹ Los principales representantes del Causalismo fueron Von Ihering, Von Liszt, Binding, Beling, Mayer, Mezger, Manzini, Rocco, Antolisei, Petrocelli, Carnelutti, Soler y Nuñez, Jimenez de Asúa (siglo XIX, 1870 – 1940).

³¹⁰ Según Von Liszt, se produjo una evolución hacia el causalismo en virtud del reemplazo de la teoría clásica hacia nuevas fuentes teóricas. Por ejemplo, la teoría clásica se fundó en que el libre albedrío, que era el sustento sobre el cual se apoyaba la reprobación con respecto al crimen, otorgaba la justificación de la pena en la retribución, la cual debía reestablecer el equilibrio del orden jurídico perdido para hacer espionar el hecho cometido. Debido a este concepto, la retribución permitía cierto movimiento entre los límites máximo y mínimo de su imposición, con lo cual se atendían los fines tanto de la prevención general como de la prevención especial. VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal. Jiménez de Asúa, Luis (trad.). Tomo Segundo. Madrid: Hijos de Reus Editores. 1916. pags. 28-29.

³¹¹ En esta escuela el concepto de delito, en su relación con el principio de legalidad, se considera como un precepto que tiene su origen en la ley penal, pues tiene un nexo indisoluble con esta última, toda vez que el delito mismo es justamente la violación de la ley penal, es la violación de una infracción, de un precepto o

centra en aspectos lógicos y en elementos analíticos que tendían inicialmente hacia la univocidad interpretativa, lo cual indicaba un principio de legalidad rígido y de esencia formalista³¹². Lo que no encuadraba en el sistema no hacía parte de la legalidad penal.

La teoría anterior fue reemplazada posteriormente por la acción final³¹³, debido a que la sola causalidad no era suficiente para la imputación jurídica de la conducta³¹⁴. De esta manera, en el *Finalismo* se depuró el concepto de delito y se transformó de criterios casuales a criterios valorativos de la acción que parte del sujeto de su fase interna y luego los convierte en actos en su fase externa o material³¹⁵. En este momento, el criterio dogmático tendía a la perfección ontológica de los actos basados en el criterio del deber ser. Lo que, en el plano del principio de legalidad, traza elementos de interpretación cada vez más sofisticados y depurados, en la búsqueda de la perfección sistemática tanto de la

prohibición establecido por la ley misma. ANTOLISEI, Francesco. pag. 125. Manual de derecho Penal, Parte General. Del Rosal, Juan (trad.). Buenos Aires: Editorial UTEHA, 1960. pag. 125.

³¹² Esquema del Delito Escuela Neoclásica-Neokantiana: 1) Tipicidad. (Noción objetivo-normativa). Elementos comunes: sujeto, objeto, tiempo y lugar. Tipo Objetivo: Acción como comportamiento (activo u omisivo). Elementos descriptivos y normativos. Relación de causalidad para los delitos de resultado. 2) Antijuridicidad (noción normativa): Causas de justificación. Componentes objetivos y subjetivos. 3) Culpabilidad dolosa y culposa (la culpabilidad como reproche jurídico). Dolo y elementos subjetivos (error). Culpa. Causas de inimputabilidad. Estado de necesidad exculpante. Miedo insuperable. AGUDELO BETANCUR, Nodier. Ob. Cit. pags. 85 y ss. Ver. GARCIA RIVAS, NICOLAS. Esquemas de Teoría Jurídica del Delito y de la Pena. Tercera Edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010. pags. 19 y ss.

³¹³ Los principales representantes fueron Welzel, Kaufmann y Cerezo Mir (siglo XX, 1945-1965).

³¹⁴ 1) **Tipicidad**. Elementos comunes: sujeto, objeto, tiempo y lugar. Tipo objetivo: Acción final. Omisión potencialmente final. Elementos descriptivos y normativos. Imputación objetiva del resultado. Tipo subjetivo: Dolo y elementos subjetivos. Imprudencia. Error de tipo. 2) **Antijuridicidad**. Causas de justificación (componentes objetivos y subjetivos). 3) **Culpabilidad**. Contenido normativo. Reproche por poder haber actuado de forma distinta. Teoría estricta de la culpabilidad. Capacidad de culpabilidad: causas de inimputabilidad. Conocimiento de la antijuridicidad del hecho y error sobre presupuestos fácticos de una causa de justificación. Comportamientos no exigibles: estado de necesidad exculpante y miedo insuperable. AGUDELO BETANCUR, Nodier. Ob. Cit. pags. 163 y ss. También en GARCIA RIVAS, Nicolás. Esquemas de Teoría Jurídica del Delito y de la Pena. Tercera Edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch. 2010. pags. 20 y ss.

³¹⁵ Lo relevante en esta nueva valoración es la división del dolo, que en el causalismo se integraba por sus tres elementos (*dolus malus*), y que en este nuevo esquema pasó a ser un elemento de la tipicidad. Es decir, el dolo del tipo objetivo se integró por la voluntad y el conocimiento de ilicitud, y el conocimiento de la antijuridicidad pasó a ser parte de la culpabilidad. La antijuridicidad, además de los elementos objetivos y subjetivos en las causales de justificación, se integró por el concepto de lesividad que se acompañó por el desvalor de acción y el desvalor del resultado que fundó el criterio de antijuridicidad material. La suma de estos dos elementos de tipicidad, más la antijuridicidad, originó el concepto de injusto material en el delito; en tanto que la culpabilidad asumió un contenido normativo, una capacidad de responsabilidad, el reproche por haber actuado de forma distinta, así como el conocimiento de la antijuridicidad citado anteriormente. También aparecieron otros elementos como los presupuestos del error de prohibición y el error sobre la antijuridicidad, también denominado del tipo permisivo. AGUDELO BETANCUR, Nodier. Ob. Cit. pags. 163 y ss. GARCIA RIVAS, Nicolás. Esquemas de Teoría Jurídica del Delito y de la Pena. Tercera Edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch. 2010. pags. 20 y ss.

interpretación de la conducta como de su valoración a partir del sujeto y de la acción final³¹⁶.

A su turno, se trata de un giro filosófico en la interpretación que produce una transformación que se hacía sobre el resultado en el esquema causalista para sustentarse en la acción final. En esta última corriente la acción se expresa como aquel acontecer final, -no solamente causal-. En últimas, el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever dentro de ciertos límites las consecuencias posibles de su actividad, ponerse diversos fines y dirigir su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo determine finalmente³¹⁷. Desde luego, todos los aspectos de la acción se tratan de resolver desde la descripción de la norma y las diversas contradicciones que se presentan desde la interpretación jurídica, pero aun así se conserva el orden jurídico estatal como sistema que corresponde al fundamento de legitimidad del sistema.

En todo caso al Finalismo se le reconoce el aporte en los elementos subjetivos de la antijuridicidad de algunos tipos penales y de la responsabilidad, toda vez que el dolo se dividió y una parte del mismo (esto es, el conocimiento de la antijuridicidad) pasó a la culpabilidad³¹⁸. A partir de esta escuela finalista se puede hablar de injusto (tipicidad más antijuridicidad) y culpabilidad. Igualmente, se puede adicionar a sus aportes los elementos subjetivos en el error, etc.³¹⁹.

³¹⁶ En resumen, la teoría dominó la discusión entre 1945 y 1965, además ejerció gran influencia sobre todo porque se fundaba en la voluntad humana que dirige el suceso delictivo al fin. ROXIN, Claus. A manera de prólogo: Reflexiones sobre la configuración del Sistema Penal. Eugenio C. (trad.). Derecho Penal Colombiano. Parte General, Principios Fundamentales y Sistema. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2010. pag. 37. **WELZEL, Hans.** Derecho Penal Alemán. Parte General 11ª Edición. Bustos Ramírez, Juan y Yáñez Pérez, Sergio (trad). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970. pag. 53.

³¹⁷ *Ibíd.*

³¹⁸ Este nuevo sentido otorgado al injusto (tipicidad más antijuridicidad) permite valorar en la culpabilidad elementos subjetivos del autor que, junto con el dolo, fundamentan la acción como acontecer final. Por lo tanto, a menudo aparecen en el tipo, bien sea subjetivos generales o subjetivos personales especiales. Tales elementos subjetivos otorgan un contenido ético social determinado y específico de la acción que se representa en la realidad jurídico penal. *Ibíd.* pag. 113.

³¹⁹ En consecuencia, la teoría finalista mejoró la presentación del injusto y de la culpabilidad al otorgar estos elementos subjetivos que explican en mejor medida la concepción del delito, como por ejemplo en el delito de estafa, el hurto o la tentativa, sin los cuales serían inentendibles los fines fijados por el autor. A su turno permite en la culpabilidad, respecto de los elementos subjetivos y objetivos, integrarlos para derivar a partir de allí los elementos de reproche de la responsabilidad penal. ROXIN, Claus. A manera de prólogo: Reflexiones sobre la configuración del Sistema Penal. Ob. Cit. pag. 38.

Finalmente, el funcionalismo decidió romper con el esquema ontológico, luego de depurar el sistema dogmático en el hecho social al partir del injusto. Así, logró reunir todos los elementos de la siguiente forma: tipo objetivo, tipo subjetivo, tipo negativo (causales de antijuridicidad) y culpabilidad. Esta última categoría, bajo un esquema normativista basado en la capacidad de motivación de la norma.

Todos estos elementos deben estar articulados en su interpretación con la imputación objetiva y la necesidad de imposición de la pena, sobre todo en el esquema planteado por Claus Roxin, que es el que se acoge para los fines de la presente investigación. En este nuevo esquema se analiza si, desde los factores del injusto y de la responsabilidad, se puede generar la necesidad de pena en el caso concreto. De cualquier modo, esta postura se acompaña del garantismo penal, desde la visión de la persona humana, con lo cual se pueden adicionar elementos derivados de derechos fundamentales. En contraposición, desde la postura de Jackobs, este factor se encuentra limitado, dado que el normativismo que se genera en el sistema de delito se auto referencia y genera los factores de solución a los casos de naturaleza penal, basados en la interpretación de la norma y del sistema penal.

Para los fines del principio de legalidad, es importante resaltar la postura de Roxin que permite adicionar factores de garantías que complementan el sistema dogmático del delito. Tales elementos, junto con la necesidad de la pena, permiten observar un fundamento orientador que causa efectos incluso en la política criminal del Estado y puede generar una nueva estructura tanto del principio analizado como de la legitimidad del sistema. En este sentido, la tendencia normativista del funcionalismo realza el carácter estricto del principio de legalidad; no obstante, la tendencia funcionalista moderada y garantista de Roxin permite el ingreso de elementos externos del sistema que pertenecen al ser humano y lo complementan en la búsqueda, más allá de la defensa de la norma y del sistema, de una defensa del sujeto del derecho (en este caso del ser humano) sometido al sistema punitivo. Este último sistema, al generar un sistema tanto funcional punitivo como garantista, permite integrar tales nociones a los fundamentos constitucionales contemporáneos, con los cuales se orienta el Estado social de derecho actual, en el cual reside la legalidad y legitimidad penal contemporánea.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que las diferencias entre el modelo de Roxin y Jakobs, al interior del funcionalismo, se encuentran en el alcance de la normativización que, según Silva Sánchez, se desarrolla en la elaboración estrictamente jurídica de los conceptos. Es decir, para Jakobs el jurista carece de límites en la elaboración de las reglas de imputación que determinan la reconstrucción normativista de los conceptos. No obstante, los límites operan de modo inmanente y se hallan en la "constitución" o la "autocomprensión" del respectivo modelo social, toda vez que la construcción normativista encuentra, por contra, límites externos en la materia previamente dada³²⁰. Esto lo expresa Roxin al aceptar la influencia de factores provenientes de los derechos humanos que refuerzan las garantías penales aseveradas; en cuyo caso, no es minimalista ni en cuanto a los criterios de lesividad ni en cuanto a los criterios de imputación que a la postre definen los elementos de legalidad en el sistema penal.

3.2. La nueva interpretación del principio de legalidad, en el nuevo orden penal bajo un concepto de legitimidad constitucional.

Luego de examinar el principio de legalidad y sus fuentes normativas, se puede señalar que este, por una parte, es un derivado del principio de imperio de la ley; y por otra, de la división de poderes. Ambos como bases fundamentales de un Estado de Derecho y de rechazo a la arbitrariedad, desde la modernidad hasta hoy.

Así las cosas, este principio requiere del conocimiento, pues resulta necesario que cada ciudadano conozca que es delito y por qué, conforme a este conocimiento, el mismo puede participar en el establecimiento de lo que es delito y por qué puede hacer parte de las razones que lo fundamentan. De tal suerte que el principio de legalidad marca también el carácter relativo del delito y por lo tanto su naturaleza político-criminal, ya que es toda la sociedad la que define qué es delito y quiénes son delincuentes³²¹.

³²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Crisis del sistema dogmático del delito? En Cuadernos de Conferencias y Artículos No 40. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2013. pags. 18-19.

³²¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Derecho Penal Tomo I. Fundamentos del Derecho Penal y teoría del delito y el sujeto responsable. Ob. Cit. pags. 192-193.

Conforme al punto anterior se puede advertir que el sistema que se configura a partir de los supuestos esgrimidos, establece unos fines especiales y unas funciones determinadas, junto con el procedimiento para la determinación de la responsabilidad y la imposición de la pena. Por lo tanto, la sanción punitiva debe consultar los fundamentos esgrimidos anteriormente, toda vez que constituye la herramienta más discutible del aparato represor del Estado fundado en el principio de legalidad y ratificado en la actualidad, tanto en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos, como en las codificaciones penales de los sistemas democráticos actuales. Bajo estos preceptos se establece la ley en forma previa para la determinación de las conductas prohibidas y por lo tanto susceptibles de aplicación de sanción en caso de responsabilidad penal³²². Por tal razón no se analiza la garantía de la pena, pues se entiende subsumida dentro de los presupuestos tanto de la garantía criminal como de la garantía de enjuiciamiento, inicialmente descritos en el presente capítulo.

A partir de este fundamento, también se definen los elementos de legalidad, en este caso, con respecto a la pena y conforme a la orientación de política criminal centrada en los movimientos eclécticos o de la unión, que corresponden a un equilibrio entre la retribución de la sanción y la prevención, general y especial, para satisfacer las necesidades de justicia de la comunidad. Este principio se constituye, al igual que en los delitos, por la determinación, certeza y taxatividad que exige una formulación precisa de los preceptos penales, los cuales preservan la seguridad jurídica, al tiempo que definen la responsabilidad de la conducta punible e imposición de la pena³²³. De acuerdo con los anteriores fundamentos, el sentido del principio de legalidad, en cuanto a los delitos y las penas, sus límites e imposición, no tienen más reparos que los concebidos en la ley penal que fija un sistema estructurado entre principios y garantías que le dan solidez y especificidad en su determinación.

En virtud de lo anterior, se puede mencionar que en la actualidad, además de los problemas citados inicialmente, surgen dificultades a raíz de la imposición de penas o la

³²² Este fundamento político democrático-representativo se basa en la división de poderes y brinda al legislado una facultad exclusiva para establecer penas. Fundamento que se conserva en la actualidad. FERRE OLIVE, Juan Carlos. *et al.* Derecho Penal Colombiano. Parte General, Principios Fundamentales y Sistema. Ob. Cit. pag. 75.

³²³ *Ibíd.* pags. 76-77.

consideración de nuevas conductas penales, lo cual tiene que definirse en aspectos dogmáticos del derecho o en el plano sociológico. En segundo término, este sistema de legalidad penal, por obvias razones, se concibe para tiempos de normalidad, fuera de circunstancias de excepción y menos en tiempos de confrontación armada, como en el caso colombiano expresado en el planteamiento del problema. No obstante, el sistema regido por el principio de legalidad, en caso de que tenga que someterse a excepciones, tiene como consecuencia la afectación de toda una estructura legal que implica fuertes variaciones, sobre todo en el terreno de la legitimidad de la pena y de los mecanismos alternos que deban sustituir a la estructura formal y material creada desde el rango constitucional, y sobre todo del proceso evolutivo esbozado en el presente capítulo que ha reafirmado su carácter rígido e inflexible desde la revolución francesa, especialmente.

Así mismo, es Indudable que en las concepciones iniciales del principio de legalidad no se observan variaciones significativas respecto de la interpretación de las conductas o de la imposición de las penas o excepciones especiales, etc. Al menos el Estado de derecho y democrático tradicional, ajeno a los conflictos armados o sociales, desde el sistema penal debe concebir tanto los delitos como las penas, cuando se encuentra demostrada la responsabilidad de un procesado. Todo lo cual coincide con el principio examinado, su alcance, duración de la sanción y sobre todo en su limitación de legalidad estricta, como se observa incluso en el anteproyecto del Código Penal de Argentina³²⁴.

Ahora bien, frente al caso nacional y no sin antes revisar la experiencia internacional, es importante analizar si toda esta teoría expuesta anteriormente, que ha servido de fuente para el sistema interno, se encuentra en proceso de transformación y si se deben examinar cuáles serían los límites tanto de los delitos como de las penas, conforme a los supuestos del art. 6° del Código Penal Colombiano (Principio de legalidad) y a su vez de los artículos 3° y 4° del mismo estatuto, que desarrollan los fines y funciones de los delitos y de las penas alrededor de los tópicos mencionados. Igualmente, desde la perspectiva expuesta, se pretende cuestionar si en realidad se encuentra declarado el proceso de transformación que se vislumbra en la actualidad y que será revisado a lo largo de la

³²⁴ "a) *Legalidad estricta y responsabilidad*. Solo se considerarán delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa, realizadas con voluntad directa, salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia. No se impondrá pena ni otra consecuencia penal del delito, diferente de las señaladas en ley previa". ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al.* Presidente comisión legislativa, Anteproyecto código penal. pag. 356.

presente investigación. A partir de esto se podrá determinar si, con base en este principio, se requiere de mecanismos u orientaciones diversas de interpretación, que puedan articular su nueva configuración y extensión, conforme al sistema dogmático y a la estructura de garantías y de factores procesales de enjuiciamiento.

En principio es viable concluir, luego del desarrollo expuesto, que los interrogantes actuales deben contraponerse con la definición de los delitos y las penas, así mismo con respecto a sus fines y funciones en el sistema interno. Sobre tales supuestos la Corte Constitucional advierte, para el caso colombiano, que la carta fundamental complementa, en el terreno de la coerción pública, la voluntad con la razón y precisamente tales definiciones, sobre todo respecto de sus límites. En otras palabras, la carta señala el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, y a su vez, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y solidaridad-humanas, así como los límites que se deben trazar en tal sentido.³²⁵

En segundo término, si bien la primera fundamentación reside en la Carta Política, en el caso nacional, el proceso de definición del principio de legalidad concuerda con los desarrollos actuales y solamente puede sufrir algunas variaciones que, en todo caso, reciben la contención de la orientación de la Corte Constitucional. Este punto será ampliado en la presente investigación (capítulos 3 y 4). Igualmente, si nos atenemos al examen de la realidad penal nacional, es preciso señalar que en la actualidad es indudable que el principio de legalidad se erige en las cuatro garantías examinadas, a saber: garantía criminal, garantía judicial o de enjuiciamiento, garantía penal y de ejecución; que ahora hacen parte de la protección y legitimidad del fundamento examinado. Sin embargo, en los capítulos correspondientes al caso colombiano, como se mencionó inicialmente, se verificará si el Estado ha cumplido con los criterios de legitimidad establecidos para la seguridad del sistema y para el desarrollo de la teoría integrada del principio de legalidad penal, en cuanto a las garantías criminal y de enjuiciamiento.

Para finalizar, bajo los anteriores fundamentos, la anterior construcción revelada a lo largo del devenir histórico y evolución del principio de legalidad, denota no solo la configuración

³²⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-70 de 1996. M.PAG. Eduardo Cifuentes Muñoz.

de sus elementos y características, sino también la proyección de todo el sistema penal, su orientación filosófica y principalmente los límites del *ius puniendi*, es decir, la proyección del derecho a castigar por parte del Estado y las conductas punibles y el alcance de la pena a imponer en tal sentido, como factor legitimador para la sociedad. Desde este punto de vista se examina únicamente la fase sustancial del principio de legalidad penal: la garantía criminal. Con el tiempo se observará que la garantía de enjuiciamiento va a ser fruto de un proceso en el que incluso la justicia internacional y los derechos humanos van a servir de fuente para su promoción efectiva. Hasta aquí, se observa un origen de tipo dogmático y rígido que fue necesario en virtud de los abusos del *ancien régime* y que permitió el establecimiento del sistema democrático como factor de legitimidad del castigo.

De igual forma, luego de este proceso de instauración de los regímenes constitucionales modernos se produjo una evolución dogmática que permitió una orientación del principio de legalidad penal, cada vez más asociada al imperio de la ley y a la doctrina fundada en el orden legal como factor de legitimación. Tal vez aquí se observa una visión de legalidad más Intra-jurídica de tipo penal. Sin embargo, debido a los tránsitos legales analizados, como se observó en la corriente funcionalista, se dará paulatinamente un viraje necesario a conceder las garantías penales, casi todas de origen procesal. Este hecho solo va a ser fruto de los desarrollos del siglo XX, junto con los efectos indudables de dos guerras mundiales y el establecimiento de tribunales internacionales tanto de la justicia internacional como de derechos humanos, tal y como se analizará en el capítulo siguiente.

Conclusiones Segundo Capítulo

1. Es posible verificar la relación evolutiva de los principios derivados de la revolución francesa a través de una sucesión de escuelas jurídicas, que permitieron construir desde el *Contractualismo hasta el Iuspositivismo*, los fundamentos contemporáneos de la legalidad penal. En este proceso, se puede señalar que los aportes de Kant como de Hegel sirvieron para sentar las bases tanto de la teoría del delito como de las penas bajo esta tradición jurídica. Del primero se puede citar la categoría universal del fundamento teórico que puede observarse como factor común de cohesión y coerción para todos en los conceptos de legalidad y legitimidad de las normas jurídicas, en los principios metafísicos del derecho.

2. En el aporte de Hegel, se puede considerar su concepción básica de la pena como desarrollo dialéctico del concepto de derecho. La misma se explica como la negación de la sinrazón o injusticia y por lo tanto la negación de la negación del derecho-, esto se traduce en la reposición y la restauración del derecho. Bajo tales supuestos, predomina en su justificación como fin de la pena, la protección del orden. Partiendo de tales nociones, la mayoría de autores de este tiempo, defendieron la teoría mixta o armónica de la pena, con base en los fundamentos de Hegel, así como en su fórmula de la prevención especial, esto es la eficacia de la ejecución de la pena sobre el delincuente.
3. Otro resultado de investigación se traduce en el concepto de legitimidad de Hegel basada en el Estado de donde parten las leyes que fundamentan al delito y al castigo. Para Kant esta legitimidad descansa también en la forma estatal que surge del consenso y de la aceptación de las leyes que se promulgan, es decir hay acuerdo en este sentido en la legitimidad del Delito y del Castigo emanados del Estado desde diversos puntos de vista. Comienza la estatalidad del derecho.
4. En síntesis, en este aparte, se observa que se propicia un principio de legalidad estrictamente ligado al positivismo jurídico y al rigor de su conformación que tenía por objeto brindar seguridad al ciudadano frente a la ley, al delito, a la pena y a sus garantías, en contra de la doctrina del rey y de la ley fundada en el soberano. Así se reafirma la teoría del imperio de la ley.
5. De igual forma, se evidencia que lo más importante del positivismo, es que se resume en la estructuración del ordenamiento jurídico y en la consagración de la norma fundamental. A partir de estas categorías normativas, se establecieron los principios de coacción que hacen parte del principio de legalidad penal, ámbito que se desarrolla tanto para la pena, como para los delitos en la cual reside su justificación y fuente legítima de aplicación por parte del Estado.
6. Por otra parte, se advierte que el sistema de interpretación de Kelsen (Positivismo Jurídico), produjo consecuencias en el análisis del delito, toda vez que en sus comienzos, se asocia a la valoración del momento objetivo y subjetivo de una conducta. Este proceso se realiza frente a los fines de su descripción típica; luego

al daño asociado a la conducta y finalmente a la culpabilidad subjetiva del autor etc. Es decir, los conceptos del derecho propuesto como estáticos (deber, pretensión, sanción etc.,) se contraponen a los del concepto dinámico del derecho, (creación de la ley, sentencia judicial, decisión administrativa, ejecución etc.) que en últimas es el tópico en donde residen, en la actualidad, las principales consecuencias de transformación del derecho actual y del principio de legalidad bajo estudio. En este caso, se debe excluir el positivismo ideológico que fundaba sus preceptos en la mera validez de la ley así fuera derecho injusto o derecho que no obedece a nociones de justicia como en el Tercer Reich (1933 – 1945).

7. En esta relación positivismo jurídico-Principio de legalidad, se origina la escuela dogmática del derecho penal que trae la seguridad al ciudadano en la teoría del Delito, desde las corrientes iniciales de Carrara en Italia en su ámbito objetivo y subjetivo de la conducta y en Alemania con los aportes iniciales de Feuerbach y Von Liszt que fundaron el Derecho Penal Liberal. Con ello se dio inicio a la teoría dogmática penal, junto con un avance importante en la consideración de la descripción precisa del concepto de delito y la sanción penal. Los mismos enriquecieron al principio de legalidad penal en forma intrajurídica y cada vez más positivista.
8. En este punto, la evolución registrada en la legitimidad del delito y del castigo, se basa en la precisión de un sistema dogmático cada vez más autónomo frente a los demás órdenes jurídicos. Por ello se denomina una noción intrajurídica en palabras de Vives Antón, que en la escuela causalista de tipo ontológico evolucionó hacia la escuela finalista basada en la acción final y finalmente se consideró superada esta tendencia con el funcionalismo en el caso de Roxín, que se orientó a la necesidad de la pena. En todo caso las tres escuelas representan la seguridad del ciudadano frente a la tipicidad penal como una de las manifestaciones más exigentes del principio de legalidad y como uno de los pilares del Estado de Derecho contemporáneo. Sin embargo, esta noción debe ir acompañada del garantismo penal que se manifiesta en una suma de principios que involucran tanto la definición del delito, como del proceso y debido enjuiciamiento penal y finalmente en la pena.

9. La fusión de principios de legalidad tanto sustancial como procesal representa en este sentido otro resultado de investigación, toda vez que las exigencias del Estado Social y democrático de derecho tendencia muy distinta a la del Derecho Penal en el Estado Liberal de Derecho procedente de la Revolución francesa, implican que las manifestaciones de la comunidad internacional deben ser observadas a través de las garantías, criminal y de enjuiciamiento. Todo ello se debe evidenciar en el sistema penal del Estado y por ende determina la orientación de la legalidad penal junto con las interferencias de la justicia internacional, para la protección, prevalencia de derechos humanos y lucha contra la impunidad.

Capítulo III

El principio de legalidad penal y su construcción desde el ejercicio de la guerra hasta la prevalencia de los derechos humanos. (Prohibiciones y Violaciones Internacionales. Hacia unas Bases de legitimidad internacional)

Introducción al Segundo Capítulo.

1. Construcción de límites como factor de legalidad internacional. Fundamentos desde las prohibiciones en el ejercicio de la guerra, hasta las declaraciones de Derechos Humanos.

- 1.1. Antecedentes basados en el concepto de prohibiciones internacionales, principios usos y leyes en el escenario de la Guerra.
- 1.2. El principio de legalidad penal como forma de surgimiento del derecho internacional de los Derechos Humanos (DIDH). (Desde el concepto de derechos del hombre hasta las declaraciones y vigencia internacional)
- 1.3. Los fundamentos de legalidad internacional. Protección de las graves violaciones en el DIDH y en el DIH.
- 1.4. El concepto de lesa humanidad desde la noción de prohibición hasta sus repercusiones internacionales en el plano de legalidad penal. Hacia la configuración de crímenes.

2. El principio de legalidad en el sistema interamericano.

- 2.1. El nivel orientador de enjuiciamiento efectivo y de seguridad jurídica de la legalidad penal del sistema interamericano.
- 2.2. La reserva de ley en la creación de delitos y penas. Legalidad estricta
- 2.3. La taxatividad o determinación de algunos tipos delictivos. Fundamento de legalidad estricta
- 2.4. La irretroactividad de la ley más gravosa y las excepciones planteadas por la Corte Interamericana. Aplicación de la legalidad extendida.

Capítulo III

El principio de legalidad penal y su construcción desde el ejercicio de la guerra hasta la prevalencia de los derechos humanos. (Prohibiciones y Violaciones Internacionales. Hacia unas Bases de legitimidad internacional)

Introducción al tercer capítulo.

En el presente capítulo se pretende demostrar el proceso de construcción de la legalidad internacional en materia penal, bajo unos criterios distintos de la concepción de legalidad penal interna, sin embargo, se observan ciertas coincidencias en sus elementos estructurales, así como algunas diferencias sobre todo vinculadas al orden jurídico internacional.

Una vez trazado el concepto dogmático de la construcción de la legalidad al interior del sistema penal, se puede establecer inicialmente, el desarrollo de derechos, mediante los procesos, bien de la carta magna (1215) o de la revolución francesa de 1789. Bajo estos dos pilares de la concepción del derecho se establece la legitimidad del delito y del castigo, en un escenario en donde los fundamentos reposan en el contrato social y a través de éste en el imperio de la ley. Posteriormente, establecido el contrato social que protege la legalidad como instrumento de supremacía y de legitimidad, se origina un principio que permite identificar una legislación que señala tanto los delitos como las penas a imponer y sus límites, mediante una teoría dogmática del delito que su vez genera la seguridad del ciudadano. Sin embargo, este fundamento solamente tenía efectos en el derecho interno de los Estados y no se plantea aún su extensión internacional.

Este proceso de construcción de la legalidad penal internacional, tiene lugar en el siglo XX, en virtud de la consolidación de los instrumentos internacionales en virtud del establecimiento de las prohibiciones internacionales que produjeron una alteración de la concepción del sistema penal continental. Esto desde luego se revela con mayor razón después de las dos confrontaciones universales pues hasta ese momento, el principio de legalidad penal solamente comprendía sus fundamentos en sistemas dogmáticos, tal y como se observó en el capítulo anterior. Los mismos se basaban especialmente en

codificaciones con efectos internos exclusivamente. Este factor en alguna medida, sólo tenía relaciones internacionales tradicionales de cooperación penal interestatal (extradición).

Pues bien dejando de lado este factor del sistema dogmático de derecho penal, el presente capítulo tiene por objeto analizar desde el ámbito internacional, los principales elementos tanto históricos como normativos que permitieron la construcción del principio de legalidad, en un primer estadio, desde la construcción de las prohibiciones en el ejercicio de la guerra; posteriormente en los fundamentos que dieron lugar a la prevalencia de los derechos humanos y finalmente en los elementos de construcción desde la Jurisdicción Penal Internacional. Todo ello fundamenta un principio de legalidad penal internacional que se erige en la actualidad, como fórmula que permite la protección de los derechos humanos y del sistema penal, como se expone a continuación.

1. Construcción de límites como factor de legalidad internacional. Fundamentos desde las prohibiciones en el ejercicio de la guerra, hasta las declaraciones de Derechos Humanos

A partir de consideraciones como por ejemplo la guerra justa, que trascendió en la legitimidad internacional hasta el siglo XIX, cuando se reemplaza por las codificaciones de naturaleza consuetudinaria o convencional, para ejercer las acciones en el escenario de los conflictos armados, es preciso analizar las bases del derecho internacional humanitario, que en sus comienzos establecieron prohibiciones internacionales de las graves violaciones. Estas últimas, solo a través de Tribunales Internacionales fueron identificadas como crímenes de naturaleza punitiva. Sin embargo, este proceso generó efectos en el principio de legalidad objeto de estudio y seguramente estableció nuevas relaciones interpretativas, sobre todo en el terreno internacional.

Por otro lado, sobre la base de las declaraciones de derechos como las de 1789 (Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano) y de las subsecuentes declaraciones de independencia a lo largo del siglo XIX, se plasmó la concepción de la relación derechos del hombre-derechos fundamentales, que constataban una vigencia y un ejercicio de derechos desde el plano individual hasta el terreno del sistema democrático. Esta formalidad de derechos, luego de los conflictos del siglo XIX y de dos

guerras en el siglo XX, conformaron en forma prevalente un concepto de legitimidad de los derechos humanos vigentes aún en tiempos de guerra y con mayor razón en tiempos de paz. El proceso citado fundó las dos concepciones sobre la legalidad internacional que posteriormente deviene en instancias de protección de derechos. En concreto, se produjo la configuración de Tribunales para la defensa de los derechos humanos; la conformación de Tribunales Internacionales *ad hoc* y los desarrollos del derecho interno, a partir de la concepción de las Naciones Unidas de 1948.

Este proceso va a tener consecuencias relevantes en la fundación de la jurisdicción universal como mecanismo para la defensa de la legitimidad de las instituciones del Estado social de derecho contemporáneo, frente a graves violaciones e infracciones de los Derechos Humanos, como veremos a continuación.

1.1. Antecedentes basados en el concepto de prohibiciones internacionales, principios, usos y leyes en el escenario de la guerra.

Los fundamentos tanto de crímenes como de actuaciones internacionales, hasta antes del siglo XIX, no podían identificarse más que con situaciones asociadas a la guerra bajo una idea de limitación por sus excesos³²⁶, por ejemplo en el *Estatuto para el Gobierno del Ejército*, publicado en 1386 por el rey Ricardo II de Inglaterra, se establecían límites para la conducción de hostilidades y se prohibían –so pena de muerte– los actos de violencia contra las mujeres y los sacerdotes desarmados, el incendio de casas y la profanación de iglesias³²⁷. A lo sumo se podrían advertir actos juzgados por diversos Tribunales que

³²⁶ Previo a la Edad Media, en cuyo periodo parece situarse la preocupación por juzgar los actos contra el derecho natural en la confrontación bélica, se da el paso conceptual más importante, esto es, cuando la guerra dejó de ser vista como una característica rutinaria y natural de la vida internacional, que no requería explicación especial. En su lugar comenzó a ser vista como un estado excepcional que requería de algún tipo de justificación. Esto se observa en la última parte del primer milenio antes de Cristo, cuando dos sociedades, ubicadas en extremos opuestos del mundo, tomaron este paso. Por un lado, China en el este asiático y Grecia y Roma en el oeste europeo. Este fue uno de los mayores avances intelectuales de la historia humana hasta nuestros días. Una forma en la que el comportamiento racional o regla se asoció con la guerra, se dio en la conducción de las hostilidades bajo la noción de que, en cierta medida, existía un deber de juego limpio para con el enemigo y que, en consecuencia, se debían imponer restricciones a la manera en que la destrucción podría ser tratada hacia el lado opuesto. Esta era una noción avanzada, que sin embargo se ejerció más en la teoría que en la práctica. En la China antigua el confucianismo pregonaba a favor de la apertura y el juego limpio en la guerra. **NEFF Stephen C.** War and the Law of Nations. Ageneral History. Traducción libre. Edit. Cambridge University Press. New York, United States, 2005. PAG. 294

³²⁷ Según Greppi E., en los códigos promulgados por Ferdinando de Hungría en 1526, por el Emperador Maximiliano II en 1570 (los artículos 8 y 9 comprendían normas humanitarias) y por el rey Gustavo II Adolfo de Suecia en 1621 se estipulaban disposiciones de esta misma naturaleza [4]. El artículo 100 de los "Artículos

trascendían del ámbito local³²⁸. Como ejemplo puede citarse el caso de Peter Von Hagenbach, juzgado y condenado por las atrocidades cometidas al asediar la ciudad de Breisach (Alto Rin), para someterla al poder de Borgoña³²⁹. En este antecedente se observan atrocidades en un caso de sumisión de un pueblo al poder de un reino; es decir, se trata de asuntos asociados al *ius in bellum* como antecedente de connotación internacional, que afecta el orden del derecho natural de la guerra justa³³⁰. Esta

de Guerra”, decretados por Gustavo II Adolfo, disponían que ningún hombre debía “ejercer la tiranía sobre ningún clérigo o anciano, hombres o mujeres, doncellas o niños”. **GREPPI Edoardo**. The evolution of individual criminal responsibility under international law. 30-09-1999 Article, International Review of the Red Cross, No. 835. Traducción ICRC. 1999. Disponible en: <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq2x.htm>. Consultada el 23.04.2015.

³²⁸ Como se observó en la primera parte, tradicionalmente los individuos se encontraban sujetos a la jurisdicción del Estado en cuyo territorio habitaban (ejecutivo y judicial). Por lo tanto, las posibles violaciones a las normas internacionales (por ejemplo, malos tratos de los extranjeros, ataques a diplomáticos extranjeros, expulsión injusta de extranjeros por parte de funcionarios estatales, etc.) eran castigadas por las autoridades competentes del Estado donde se habían realizado dichos actos (en el marco de la jurisdicción territorial). Es evidente que tal enjuiciamiento y su posible castigo, solo era satisfactorio si las autoridades estatales territoriales podían hacerlo en virtud de su legislación nacional. Si no lo era, el Estado de la víctima estaba autorizado a nivel internacional para reclamar al Estado del delincuente, con el fin de exigir un castigo para los autores o el pago de una indemnización. **CASSESE ANTONIO**. International Criminal Law. Second Edition. Traducción libre. Oxford University Press Inc. New York Estados Unidos. 2008. PAG. 27. En tal sentido, es posible mencionar actos juzgados por diversas jurisdicciones como el caso del caballero francés Jean de Melun, tomado prisionero por un caballero inglés de nombre Henri Poinfroit, en 1359. En este caso, el parlamento de París apoyó la negativa de este último a pagar, pues la nota carecía del sello real y, además, el peticionario sostuvo que había sido cautivo durante una tregua en la cual todos los actos de guerra eran prohibidos. Por otra parte, según el *jus armorum* de la época, Poinfroit no podía adquirir sus propios prisioneros. En este caso, luego de un arbitraje fallido, Poinfroit acudió ante el Tribunal de Maréchaux para reclamar su derecho, que inicialmente le fue concedido y posteriormente negado por el parlamento de París. **CORDOBA TRIVIÑO Jaime**, Derecho Penal Internacional. Estudio de los delitos de Genocidio, de Lesa Humanidad y de los Crímenes de Guerra con referencia al nuevo Código Penal Colombiano. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez LTDA. Bogotá D.C. Colombia. 2001. PAG. 37 y 38.

³²⁹ Durante el proceso, Von Hagenbach solicitó un aplazamiento para pedirle al Duque que confirmara sus argumentos, pero el tribunal se negó a concedérselo por considerar la solicitud contraria a las leyes de Dios y porque los crímenes cometidos por el acusado ya habían quedado plenamente establecidos. Así pues, el tribunal halló culpable al acusado y von Hagenbach, privado de su grado de caballero y de los privilegios que este le otorgaba (por haber cometido crímenes que tenía la obligación de prevenir), fue ejecutado tras la orden: “Que se haga justicia”, impartida por el alguacil. **GREPPI Edoardo**. Ob. Cit. 1999. Disponible en: <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq2x.htm>. Consultada el 23.04.2015. Igualmente, en este caso, durante el juicio se determinó que el mismo Duque había confirmado y ratificado, personalmente, *ex post factum* que “todo se había hecho en su nombre”. Este juicio fue realizado por un tribunal que conformaron varios jueces procedentes de los Estados Aliados en el Sacro Imperio Romano Germánico en Europa, en 1474. **CORDOBA TRIVIÑO Jaime** Ob. Cit. PAG. 39. El interés en el proceso de Von Hagenbach, pese a que no fue juzgado por delitos cometidos durante la guerra, reside en que fue despojado de sus derechos de caballero por un Tribunal que lo consideró culpable de asesinato, violación, perjurio y otros delitos (contra el derecho divino y humano) durante una ocupación militar. **BASSIOUNI M. Cherif**. Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional. Traducción, Notas y Anexo de la Cuesta Arzamendi José L. Editorial Tecnos S.A. Madrid, España. 1984. PAG. 60

³³⁰ En los orígenes no fue característica una Guerra Justa, que fuese defensiva, sino que se hiciera por una buena causa. Con la buena causa, también se podía atacar, como en las guerras de religión o en las cruzadas. De allí que todavía se sostenga que para la guerra justa carece de importancia la diferencia entre ataque y defensa. San Agustín, considerado el padre de la guerra justa (*Bellum Iustum*), señala que esta se justifica

concepción, vigente en este momento, sienta un precedente de intereses internacionales, pese a que no consultaba Estados de derecho sino leyes procedentes de los diferentes reinos europeos, en gran medida expedidas por monarcas³³¹. Con ello, se puede hablar de la vigencia de leyes consuetudinarias o escritas y de un gobernante para hacerlas cumplir, bajo criterios de la guerra justa y de la aplicación de fueros territoriales³³².

Estos criterios de la guerra justa se determinaban bajo conceptos como el de la *auctoritas*. Es decir, que la misma fuera ordenada por un soberano; este mandato disponía en relación con su ejercicio que en el criterio, sobre la *personae*, fueran excluidos de la guerra ciertas personas como los niños, los ancianos, los clérigos, las mujeres, etc. También aparecía el criterio de la *res* como objeto del conflicto, vinculado a la justa causa descrita como la validez para el ejercicio de la fuerza y el *animus* como el propósito de corregir el mal mediante la guerra³³³. Además de lo anterior, se podía adicionar el principio de necesidad del ejercicio de la fuerza en virtud del criterio *personae* (personas excluidas de las acciones armadas); en otras palabras, nunca se podría ejercer la fuerza sobre estas personas excluidas y el ejercicio de la defensa legítima para preservar la vida³³⁴.

cuando sirve como medio para el restablecimiento del derecho violado, cuando se persigue un fin justo o cuando los métodos utilizados son legítimos. Tomás de Aquino, refinó los criterios (desde entonces se distingue los criterios *ius ad bellum*), para delimitar desde cuándo se dan las condiciones que permiten la entrada en guerra y el criterio *ius in bello*, es decir, la cuestión de cómo tiene que ser conducida una guerra justificada. El primer problema *Ius Ad Bellum*—La entrada en una guerra es permitida cuando exista un motivo justo, cuando la dirige la autoridad competente, cuando los valores por salvar tienen un rango superior al de los bienes que se sacrifican; cuando la guerra es conducida con buena intención; cuando es el último medio para la salvación de los bienes amenazados; cuando el éxito es más probable que el fracaso y cuando la proporcionalidad entre utilidades y daños está garantizada. Sobre el segundo problema *ius in bello*. Se mencionan sobre todo dos fundamentos: Conducir la guerra bajo el principio de proporcionalidad y bajo el principio de la diferenciación entre combatientes y no combatientes. **KAUFFMAN Arthur**. Ob. Cit. PAG. 449

³³¹ Para Martín Lutero, los soldados también podrían encontrarse en estado de gracia. Además, una guerra únicamente puede perpetrarse cuando es necesaria para la defensa de una agresión aguda, efectivamente realizada. En esto consiste la doctrina de la guerra justa. **KAUFFMAN Arthur**. Ob. Cit. PAG. 450

³³² **IBÍD. PAG. 450**

³³³ **NEFF Stephen C.** Traducción libre. Ob. Cit. PAG. 620 – 652

³³⁴ En el Segundo Concilio de Letrán (1139) se dictaminó que no se debía atacar a ciertas categorías de no combatientes, tales como clérigos, peregrinos, comerciantes y campesinos. Esta regla específica estaba arraigada en el principio de necesidad, en que se daba por sentado que tales personas eran inofensivas y, en la naturaleza de las cosas, no planteaban ninguna amenaza militar real. Prácticamente la única regla específica prevista en la Edad Media que no surgió de la necesidad era establecida por el mismo Concilio de Letrán, a saber: Prohibición contra el uso de asesinos, de ballesteros y arqueros en las guerras en el mundo cristiano. **NEFF Stephen C.** Traducción libre. Ob. Cit. PAG. 831 – 837

En la Europa medieval, los postulados anteriores tenían múltiples orígenes, tanto de los códigos de caballería y el Derecho de Armas, provenientes de la costumbre y la tradición de la ley romana subsistente, como también de las primeras prescripciones del Segundo Concilio de Letrán de 1139, que servían de medios para limitar el uso de la violencia a los caballeros, e incluso proscribieron el uso de ballestas y el arcabuz, entre otros artefactos³³⁵. Este primer período de la consideración de la guerra justa más o menos culmina en 1600³³⁶, debido a que tal postura fue minimizada en la era de las guerras de gabinete. En este sentido, la lucha por el poder entraba, en primera línea, bajo la idea del equilibrio de fuerzas (por ejemplo, en la guerra entre Federico II y María Teresa). Por lo tanto, la teoría se centra en hacer una guerra preventiva para impedir la preponderancia de un Estado sobre otro. Este ideario cumple hoy todavía un gran papel; sin embargo, domina la concepción de que solo una guerra defensiva es permitida y no una guerra de agresión³³⁷. Durante este tiempo, correspondiente a los siglos XVI y XVII, se observa el tránsito hacia el gobierno absolutista en las principales monarquías europeas, que en materia de definición del delito y el castigo comenzaban a monopolizar el poder punitivo. A partir de esta forma de gobierno se manifiesta el concepto de legitimidad de aquel entonces, bajo el poder del monarca. No obstante, este tránsito en Inglaterra no produjo tales consecuencias, debido a que las revoluciones acaecidas entre 1629 y 1689 habían introducido cambios relevantes en el parlamento y, por ende, en la limitación del poder del monarca de las islas³³⁸. Entre tanto, instauradas las monarquías en Europa también se

³³⁵ **BASSIOUNI M. Cherif.** Derecho Penal Internacional. Ob. Cit. PAG. 58. Igualmente, en el Concilio Lateranense también se prohibió el uso del veneno por su relación con la brujería y la magia negra. **WERLE Gerhard.** Tratado de Derecho Penal. 2ª Edición. Editorial Tirant Lo Blanche. Valencia España, 2011. PAG. 549

³³⁶ Este período se puede considerar en las eras históricas de limitación de la guerra. La primera que se examina en este aparte, va desde los inicios de la humanidad hasta aproximadamente el año 1600. En ese período se observa una asociación entre la justicia y la guerra, que culminó con la gran contribución de la doctrina de la guerra justa en la Edad Media europea. En todo caso, esta consideración del derecho natural medieval ejerció influencia hasta los movimientos pacifistas del siglo XIX, idea que más tarde se dejó de lado. **NEFF Stephen C.** Traducción libre. Ob. Cit. PAG. 97

³³⁷ Según Kaufmman este ideario va desapareciendo en forma paulatina y por lo tanto un *Ius Ad bellum*, en el sentido de la vieja doctrina de la guerra justa, no existe. **KAUFFMAN Arthur** Ob. Cit. PAG. 450

³³⁸ La tradición y las prácticas de los monarcas Tudor confirmaron la subordinación de la realeza a la ley y la costumbre. También establecieron el principio de que en asuntos de gran importancia el Estado requiere la concurrencia parlamentaria para la promoción de las acciones reales. Considerar que este gobierno era consentido por los gobernados, era una cuestión demasiado amplia; sin embargo, está claro que la Inglaterra de los siglos XVI y XVII era muy resistente al entonces prevaleciente concepto del derecho divino de los reyes. Esta teoría política fue muy atractiva para los reyes Estuardo de Inglaterra y practicada por Luis XIV de Francia (El Rey Sol, que gobernó desde 1643 hasta 1715). No obstante, trazó el poder real en la tierra bajo una subvención directa del poder divino de Dios. Ungidos los reyes en su coronación, los monarcas franceses se veían a sí mismos como dueños de la autoridad política y moral. Contrariamente para las pretensiones

presentaba el período de colonización, lo cual dejó importantes consideraciones en el arte de la guerra³³⁹. En este sentido, según afirma Beatriz Maldonado, se desarrolla el período de la conquista tomando como fundamento el vasallaje, que en el medioevo implicaba la protección de un territorio que había sido tomado bajo el poder de un Soberano³⁴⁰. De esta manera, el criterio de la guerra justa se desarrolla a partir de este mandato, junto con una causa justa mediando la ocurrencia de una injuria hacia el soberano³⁴¹.

En el caso de la conquista, esta causa se desarrolló con el propósito de predicar y evangelizar al Nuevo Mundo, tomando como base las líneas de las Bulas Alejandrinas (1439, Papa Alejandro VI) y el tratado de Tordecillas de 1439³⁴². Sobre esta base se entendía a las bulas, junto con el tratado en mención, como los títulos legítimos para evangelizar y, en este orden de ideas, hacer la guerra justa contra los bárbaros del imperio. Este factor implicaba, según la costumbre, que estos dos instrumentos generaban el derecho positivo para aquel entonces y por ende los factores de legitimidad advertidos anteriormente. En este caso, las dos potencias ibéricas tenían el poder suficiente para la empresa ejercida en el Nuevo Mundo, que yacía en el apoyo temporal del papado.

similares de la dinastía de los Estuardos, el constitucionalismo Inglés levantó una barrera para un gobierno monárquico absoluto. **JHONSON Herbert A., TRAVIS WOLFE Nancy y JONES Mark.** Traducción libre. Ob. Cit. PAG. 2310

³³⁹ Por ejemplo, se observan modificaciones para cubrir los territorios bajo el dominio de la Corona. En este sentido, con el auge del imperio de ultramar, la antigua jurisdicción bajo el Consejo del Rey de las Islas del canal se amplió para incluir las colonias americanas y la India británica. **IBÍD. PAG. 2371**

³⁴⁰ El vasallaje constituyó una de las relaciones políticas y temporales más importantes del complejo entramado medieval, en la que el valor de la protección era superior al de la libertad. **MALDONADO SIMÁN Beatriz.** La Guerra Justa de Francisco de Vitoria. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Edit. Universidad Autónoma de México. Vol. VI. México D.F. PAG. 688

³⁴¹ **IBÍD. PAG. 681**

³⁴² La Bula *Inter Caetera* del 3 de mayo de 1493 se refiere al temerario viaje de Colón: "Y navegando él y los suyos con el auxilio divino, y poniendo por obra extremada diligencia, a través de las regiones occidentales del mar Océano y en dirección hacia los Indios, como es fama, descubrieron ciertas islas remotísimas, así como tierras firmes, que hasta entonces nadie había conocido". Alejandro extiende a los reyes de España la donación de las tierras para predicar el evangelio entre los naturales. Aclara que con esta bula se da la posesión de las tierras, en tanto no estén en posesión de ellas príncipes cristianos. La segunda Bula *Inter Caetera* del 4 de mayo de 1493 insiste en la mención de las islas e introduce la famosa línea alejandrina. "El Papa no intenta con esta línea `dividir al mundo´ —de cuya esfericidad, posiblemente, no se había enterado— en dos partes, y entregarlo así, en proporciones iguales, a las dos potencias ibéricas". **MALDONADO SIMÁN Beatriz** Ob. Cit. Pags. 684 a 686.

Frente a estas consideraciones surge el criterio de Francisco de Vitoria que, dados los actos de barbarie y los excesos en la Conquista, cuestiona este papel y este título de la Corona, tanto para someter a vasallaje a los habitantes originarios, como sobre el criterio de la guerra justa en contra de ellos. Lo anterior, por cuanto no existía injuria en contra del soberano para que se pudiera ejercer sobre dichos habitantes el poder de someterlos, ni tampoco el poder de ocupar y obtener la propiedad de sus territorios³⁴³. Desde entonces la sustentación de estos criterios se soporta en el derecho natural que bajo esta fórmula se constituye en fuente del derecho positivo³⁴⁴.

Más adelante, Hobbes (1588 - 1679) generó un efecto transformador sobre las dimensiones normativas de la guerra. Ya se había mencionado en el primer capítulo su papel en el enfoque contractualista que determinó la orientación al interior de las naciones, el nuevo orden para el desarrollo del principio de legalidad y por ende la legitimidad del delito y del castigo. Ahora bien, en el campo que nos ocupa, su innovación surge en el sentido de que la ley puede ser producto de un acuerdo y no de la ley natural; este es uno de los dos puntos de vista de Hobbes que influyeron profundamente en el posterior desarrollo de la ley de la guerra³⁴⁵. El otro aporte se centra en que la moral deriva de la soberanía, lo cual sentó las bases filosóficas para la doctrina de la igualdad soberana de los Estados; sin embargo, los futuros estados no podrían ser obligados moralmente en sus relaciones entre sí. La implicación más importante, desde este punto de vista, es que los Estados tienen la prerrogativa soberana de recurrir a la guerra cada

³⁴³ La novedad del pensamiento vitoriano radica, pues, en la formulación de títulos basados en el derecho natural común a todas las naciones como el libre comercio que esgrime, apartándose en apariencia y solo en apariencia de la raigambre medieval, la tarea de misión que es característica del medievo. Así, es la interpretación moderna de su pensamiento la que lo adscribe a los nuevos tiempos. De acuerdo con lo anterior, la abundante literatura sobre Vitoria, sobre su defensa a los indios y como fundador del derecho internacional, contrasta con la violencia sin tasa que caracterizó la ocupación del continente americano sin las aporías que supondría la ausencia de todo marco legal que *sancionara* la explotación. Cuando hubo de contarse con dicho marco legal, en nada se remedió aquella violencia (que en todo caso no era lo que el título legal pretendía) y sí en cambio se establecieron las bases de cómo llevar a cabo *guerras justas*, legalmente previstas. **MALDONADO SIMÁN Beatriz. Ob. Cit. PAG. 699**

³⁴⁴ Vitoria señala que si solamente se propone la fe a los bárbaros y no la abrazan, no es razón suficiente para que los españoles puedan hacerles la guerra, ni proceder contra ellos por derecho de guerra. Es claro ya que en cuanto a esto son inocentes y ninguna injuria hicieron a los españoles. **DE VITORIA Francisco, Relecciones sobre los Indios. Editorial el Buho. 3ª Edición. Bogotá D.C. 1989 PAG. 60 y 61**

³⁴⁵ **MCMAHAN Jeff. Laws of War.** The Philosophy of International Law. Edited. By Samantha Besson and John Tasioulas. Oxford University Press. New York. United States, 2010. PAG. 494 Y 495

vez que está en su interés hacerlo³⁴⁶. Después de la Guerra de los Treinta Años (1618-1648)³⁴⁷, el derecho bélico continuó su evolución en la época de la Ilustración, asimismo, la modificación de estructuras estatales varió la apreciación de la guerra. Si antes se podía encabezar una guerra y los soldados tenían una obligación personal para con su caudillo, en adelante sostener los conflictos bélicos pasó a ser una cuestión pública y solo a los Estados se les reconoció este derecho³⁴⁸.

Este desarrollo propició el declive del *jus ad bellum*, reconocido incluso por Hugo Grocio, aunque su propuesta todavía avanzaba en la exigencia de la causa justa bajo una forma más elaborada³⁴⁹. Así, reconoció que los tratados de paz tendían a no estigmatizar a la parte vencida para exigir que compensara los gastos incurridos durante la guerra³⁵⁰. Estas prácticas sugieren que incluso en las primeras fases de desarrollo del derecho de gentes, era de poca preocupación la determinación acerca de cuál de las partes había incurrido

³⁴⁶ En esta teoría cada estado fue concebido como una comunidad política con un soberano en su cabeza. Pero en ausencia de un poder supra-soberano para hacer cumplir los acuerdos, los Estados no podían ser obligados moralmente en sus relaciones entre sí. Esto fue un desarrollo reconocido por la ley y la práctica solo hasta el siglo XIX. **IBÍD. PAG.** 495.

³⁴⁷ Gaviria Lévano en forma general expone que el punto final de la guerra de los treinta años lo constituye los acuerdos de paz de Westfalia hecho que constituye el inicio de las prácticas de los Estados de deliberar en asambleas internacionales y resolver sus problemas por medio de tratados internacionales. Los mismos se celebran luego de una sangrienta guerra religiosa que duró 30 años entre las dos grandes direcciones del cristianismo (Protestantes y Católicos), entre otros factores de tipo político. Los acuerdos se suscriben en los congresos de Münster y Osnabrück y consagran el cisma religioso. Mantienen la independencia de los Estados Alemanes de Suiza y los Países Bajos. Francia recibe parte de Alsacia y se aplica el principio de equilibrio político como factor de poder. Es decir que la voluntad o el poderío de ningún Estado debe prevalecer sobre los otros. **GAVIRIA LIEVANO Enrique.** Derecho Internacional Público. Tercera edición. Editorial TEMIS. Bogotá D.C. 1988. Pags. 25 y 26. Los elementos históricos y jurídicos para estudiar este antecedente a profundidad se pueden consultar en la obra de **BREMER Juan José.** De Westfalia a Post Westfalia. Hacia un nuevo orden internacional. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México D.F. 2013. Pags. 5 a 28.

³⁴⁸ **WERLE Gerhard.** 2011 Ob. Cit. Pag. 550.

³⁴⁹ Por Ejemplo: Grocio, frente a las causas de la guerra y de la defensa de sí y de las cosas, desarrolla los siguientes elementos: "Y, efectivamente, cuantas son las fuentes de las acciones forenses, otras tantas son las de la guerra; pues donde falta la justicia comienza la guerra. Y se dan acciones, o por injuria no hecha, o por hecha. Por no hecha, como es aquella por la que se pide garantía contra posible ofensa o contra daño que amenaza, o para que no se ejerza alguna violencia. Por hecha, o para que sea reparada, o para que sea castigada. Las dos fuentes de obligaciones, distingue rectamente Platón en el libro noveno de las leyes. Lo que se ha de reparar, o se refiere a lo que es o fué nuestro, de donde proceden las reclamaciones y algunas intimaciones, o a lo que se nos debe por pacto o por maleficio o por ley, a lo que se ha de añadir aquello que se dice por cuasi contrato o cuasi maleficio, de los cuales capítulos nacen las restantes intimaciones. El hecho como punible engendra la acusación y los juicios públicos". **GROCIO Hugo. Del derecho de la Guerra y de la Paz.** Tomo I. Editorial Reus. Traducción, Traducción de Jaime Torrubiano Ripoll. Madrid, España 1925. Pags. 258 y 259.

³⁵⁰ **MCMAHAN Jeff.** Ob. Cit. Pag. 495

en error o tenía la razón. La atención se centró en el *jus in bellum*, es decir, en los principios que rigen la conducción de la guerra, aspecto que finalmente llegó a ser considerado como totalmente independiente del *jus ad bellum*³⁵¹. La conducción de hostilidades y la causa justa transfigurada con más exigencias formales vienen a moldear nuevos términos de desarrollo de la legitimidad del ejercicio de la guerra, al mismo tiempo que su incumplimiento y el derecho a castigar sus excesos. La contribución decisiva de Grocio, en este sentido, se hizo a principios del siglo XVII, mediante su famoso *Tratado del derecho de la guerra y de la paz*, publicado por primera vez en Francia en 1625. Grocio habló de este derecho de gentes³⁵² en contraste con el derecho natural, que había dominado el marco jurídico internacional a lo largo de la Edad Media³⁵³. En otras palabras, el concepto del derecho de gentes viene a generar un nuevo modelo de la guerra justa y por ende de su capacidad de ejercicio.

De esta forma, el derecho de gentes distinguía dos características sobresalientes. La primera se centraba en los derechos y deberes de los Estados, es decir, se trataba de una ley aplicable solamente a los Estados, en contraste con el derecho natural, en el que habían sido aplicados principios universales, con efectos menores en la conducta de los gobernantes y de los particulares³⁵⁴. La segunda innovación se concentraba en las acciones exteriores de los Estados, en cuyo caso se renunciaba a consideraciones como la buena fe, entre otras. Cuando se aplicó esta nueva aproximación al tema de la guerra,

³⁵¹ Con el tiempo, el *jus ad bellum* se desvaneció y en el siglo XIX los estados fueron reconocidos para tener un permiso legal para recurrir a la guerra como un asunto de política nacional. **IBÍD. PAG. 496.**

³⁵² Grocio identificó los elementos de la guerra y los denominó derecho de gentes para modificar el criterio del derecho natural, bajo el siguiente argumento: "Por el derecho natural, pues, que también se puede llamar de gentes, es bastante manifiesto, que por él no se reprueban todas las guerras. 2. Y, que por el derecho de gentes voluntario tampoco se condenan las guerras, nos lo enseñan suficientemente las historias y las leyes y costumbres de todos los pueblos. A saber, que el derecho de gentes ha introducido una determinada forma en las guerras; y las que sigan esa norma conseguirán con día los efectos especiales por el derecho de gentes; de lo cual nace la distinción que hemos de utilizar más abajo, en guerra solemne del derecho de gentes, que también se llama justa, esto es, perfecta, y no solemne, que no por eso, sin embargo, deja de ser justa, esto es, conforme al derecho. Porque a otras guerras, mientras haya causa justa, el derecho de gentes no las favorece ciertamente, pero tampoco las reprueba, según se explicará con más extensión después. **El derecho de gentes**, dice Livio, *así lo ha dispuesto, que las armas se repelan con las armas*. Y Florentino dice que existe el derecho de gentes, para que rechacemos la violencia y la injuria, para que defendamos nuestro cuerpo". **GROCIO Hugo**. Ob. Cit. Pag. 79 a 81

³⁵³ **NEFF Stephen C.** Traducción libre. Ob. Cit. Pag. 1061

³⁵⁴ Lo más relevante es que este nuevo pensamiento implicó un gran salto conceptual en la historia del derecho internacional, toda vez que se trata de la emancipación del arte de gobernar, en general, incluido el derecho internacional, así como también de la moralidad interpersonal. **NEFF Stephen C.** Traducción libre. Ob. Cit. 1067

el resultado fue un descarte del núcleo principal (principios de guerra de causa justa y *animus*) a favor de un enfoque formalista de la guerra³⁵⁵. La misma ahora sería vista como una confrontación en la cual, toda la gama de las formalidades externas estaba en su lugar. El resultado fue un énfasis en las características externas de la guerra, a la manera de una guía en la práctica para los Estados en el derecho internacional, en lugar de las verdades eternas de la naturaleza³⁵⁶.

A partir de este momento las formalidades de la guerra corresponden a un cuerpo jurídico internacional que comienza a hacerse evidente. Según Alejandro Valencia Villa, en la teoría del contrato social de Rousseau se habían realizado algunos trazos sobre los principios que tendrían que ocuparse de las reglas y usos de los conflictos armados³⁵⁷.

Más adelante, comienzan a aparecer medidas excepcionales de violaciones internacionales de los usos y costumbres de la guerra que ya tenía como fuentes las orientaciones mencionadas, como por ejemplo en los Estados Unidos de América, en los primeros artículos de guerra promulgados en 1775 que contenían previsiones específicas para la sanción de los oficiales que no logaran mantener el “buen orden” entre las tropas³⁵⁸. En este orden de ideas, además de la guerra justa, el derecho de gentes, las

³⁵⁵ IBÍD. Pag. 1067

³⁵⁶ IBÍD. Pag. 1067

³⁵⁷ En el texto se menciona lo siguiente: “Siendo el objeto de la guerra la destrucción del enemigo, uno tiene derecho a matar a sus adversarios sólo cuando ellos tengan las armas en las manos; pero tan pronto como estos los deponen y se rinden, dejan de ser enemigos o agentes del enemigo, se convierten una vez más, en hombres comunes y no se tiene más derecho alguno sobre su vida. Algunas veces se puede acabar con un Estado sin matar a uno sólo de sus miembros. Estos principios son aquellos de Grocio; ellos no se basan en la autoridad de los poetas, sino que brotan de la naturaleza de las cosas y se fundan en la razón”. **VALENCIA VILLA Alejandro**, Derecho Internacional Humanitario para Colombia, Bogotá Defensoría del Pueblo, 1994, Pag. 42.

³⁵⁸ **BASSIOUNI M. Cherif**. Derecho Penal Internacional. Ob. Cit. PAG. 59. En la declaración de los artículos de la Confederación, en el Congreso del 15 de noviembre de 1777, se regulan varios aspectos en este sentido. Por ejemplo, se advierte en el Art. III que “los Estados presentes en forma solidaria suscriben una liga de amistad entre sí, para su defensa común; la seguridad de sus libertades y su bienestar mutuo y general. Para tal efecto se comprometen a ayudar a los demás, en contra de toda violencia, o ataques hechos sobre ellos, o cualquiera de ellos, a causa de la religión, soberanía, el comercio, o cualquier otro asunto”. En su artículo IX “Los Estados Unidos reunidos serán el único con exclusivo derecho y el poder de determinar sobre la paz y la guerra, excepto en las causas mencionadas en el artículo sexto”. **DECLARATION OF INDEPENDENCE, Constitution of the United States of America**. Traducción libre. Soho Books, Digital Edition. USA. 2012. PAG. 13 Cabe señalar que la Declaración de Derechos (*Bill of Rights* de 1789) tenía por objeto proteger a los ciudadanos contra las leyes o acciones del gobierno federal. Igualmente, no se aplicaba a los estados. Un resumen de los derechos concedidos en el proyecto de ley del Bill of Rights, señaló en la tercera enmienda el derecho a no tener soldados acuartelados en casas de la gente. **POLLOCK Joycelyn M.** Criminal Law. Tenth Edition. Traducción libre. Edit. Elsevier, Inc. Waltham United States. 2013. Pag. 15.

formalidades especiales en cada uno de dichos escenarios, también se hacía énfasis en la conducción de hostilidades. En este sentido, la regulación más destacada en este campo fue el Código Lieber de los Estados Unidos de 1863, expedido con motivo de la Guerra Civil de Secesión, cuyo propósito era codificar las leyes de la guerra por iniciativa del Presidente Abraham Lincoln³⁵⁹.

En este caso, el artículo 44 del Código de Lieber, del 24 de abril de 1863, sancionaba todo acto de violencia desahogada cometido contra personas en el país invadido³⁶⁰. De igual forma se castigaban la destrucción de la propiedad, las conductas de robo, pillaje o saqueo; la violación, las lesiones personales y la mutilación o el asesinato de las personas que no tomaban parte en el conflicto³⁶¹. En síntesis, este concepto de legalidad internacional primero se asocia al terreno de las infracciones a la guerra bajo las orientaciones mencionadas, antes que los demás crímenes internacionales.

Bajo este concepto, se retoma el criterio de intereses trascendentales en el escenario citado, los cuales van a ser relevantes para el interés de justicia internacional, toda vez que a partir de los conflictos internos fue que se produjeron las primeras reglamentaciones sobre el particular³⁶². Así mismo, además del Código Lieber de 1863, se puede citar la Proclama del General Dufour en la Guerra Civil Suiza de 1847, e incluso la Constitución de Rionegro de los Estados Unidos de Colombia de 1863 que reconoció la aplicabilidad del Derecho de Gentes³⁶³.

³⁵⁹ **BASSIOUNI M. Cherif.** Ob. Cit. Pag. 59

³⁶⁰ **SANDOVAL MESA J. A.** La Incorporación de la Corte Penal Internacional. Análisis frente a la legislación Colombiana. Ediciones Nueva Jurídica. Primera Edición, Bogotá Colombia D.C. 2003. PAG. 31.

³⁶¹ Bajo la vigencia del Código de Lieber, los Estados Unidos juzgaron y condenaron a muerte al Mayor confederado Henry Wirz, comandante de un campo de prisioneros de guerra, por su intervención en la muerte de varios miles de prisioneros de la Unión en la prisión de Andersonville. El tribunal que lo juzgó por los crímenes de guerra cometidos lo halló culpable, pese a su alegato de haber actuado en obediencia a órdenes superiores. Córdoba Triviño J. Ob. Cit. 2001, PÁGS. 43, 44 y 45; **BASSIOUNI M. CH. Ob. Cit.**, 1984, Pag. 61.

³⁶² **PRIETO SANJUAN Rafael.** Crímenes de Guerra, Infracciones y Violaciones Graves al Derecho Internacional Humanitario. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C. Colombia 2010. PAG. 32

³⁶³ **IBÍD. PAG. 33.** El art. 91 de la Constitución de 1863 de Rionegro, señalaba lo siguiente: "Artículo 91. El Derecho de gentes hace parte de la Legislación nacional. Sus disposiciones regirán especialmente en los casos de guerra civil. En consecuencia, puede ponerse término a ésta por medio de Tratados entre los beligerantes, quienes deberán respetar las prácticas humanitarias de las naciones cristianas y civilizadas". Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13698>. Consultada el. 15.05.2015.

Posteriormente, esta concepción que se traduce en unas violaciones prescritas, tiene un desarrollo relevante en 1873, mediante el Proyecto de Jurisdicción Penal Internacional presentado por Gustav Moynier, a través del cual se buscaba juzgar las violaciones de la Convención de Ginebra de 1864 y de sus artículos adicionales³⁶⁴. Tal iniciativa residió en los hechos originados en la Batalla de Solferino del 24 de junio de 1859, en la que murieron más de cuarenta mil personas, suceso que dio origen a la Cruz Roja Internacional (Gustav Moynier y Henri Dunant, 1863)³⁶⁵. El objetivo principal de esta convención fue aliviar la suerte de los militares heridos de los ejércitos en Campaña³⁶⁶. También es preciso mencionar otros antecedentes internacionales, como la Declaración de París de 1856, que reguló algunos puntos de derecho marítimo y por supuesto la declaración de San Petersburgo de 1868, que adoptaría la prohibición del uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra³⁶⁷.

Frente a estos factores, surgió la iniciativa de crear un Tribunal Internacional que se encargaría de juzgar la comisión de los crímenes de guerra, entre dos o más potencias contratantes que incurrieran en las infracciones a dicho convenio³⁶⁸. A grandes rasgos, era importante establecer una jurisdicción internacional y, por ende, una legalidad de tipo incipiente que generara iniciativas internacionales en este sentido. Para finalizar se puede citar, sin que pueda decirse que existía una conciencia internacional de juzgar los

³⁶⁴ **OLASOLO Héctor**. Corte Penal Internacional ¿Donde Investigar?. Ed. Tirant Lo Blanche-Cruz Roja Española. Valencia España 2003. PAG. 35

³⁶⁵ **HERNÁNDEZ HOYOS Diana**. Lecciones de Derecho Internacional Humanitario. DIH. Segunda Edición. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá D.C., Colombia Hernández Hoyos D. 2002. PAG. 37.

³⁶⁶ **HERNÁNDEZ HOYOS Diana**, Delitos contra las Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Comentarios a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal. Ed. Universidad Externado de Colombia, Julio de 2002, PAG.. 204 y 205

³⁶⁷ **PRIETO SANJUAN Rafael**. Ob. Cit. 2010 PAG. 33. En virtud de lo anterior, puede decirse que en este siglo surgen los primeros actos internacionales que se ocupan de tales regulaciones, como la declaración de San Petersburgo de 1868, la cual menciona los primeros elementos propios de la confrontación armada. Uno de sus objetivos consistía en fijar criterios para prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra. Alejandro Valencia Villa. "**COMPILACION DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**, Derecho Internacional de los Derechos humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional". Oficina en Colombia del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Tercera edición, Bogotá Septiembre de 2002, PAG. 371.

³⁶⁸ El tribunal estaría conformado por cinco árbitros, tres nombrados por las potencias signatarias del Convenio, convocadas previamente por el Presidente de la Confederación Suiza y uno que representaría a cada Estado beligerante. En el caso de que la contienda se desarrollara en más de un Estado soberano, aquellos que hicieran causa común nombrarían un solo árbitro. La iniciativa no fue aceptada debido a la crítica de los académicos. **HERNÁNDEZ HOYOS Diana**. Ob. Cit. 1. 2002. PAG. 37

crímenes contra la humanidad, a “los tribunales británicos en la guerra con los Boers, por crímenes de guerra cometidos a fines del siglo XIX”³⁶⁹.

Después se puede citar la Sociedad de Naciones (1919) y el derecho basado en los instrumentos de las conferencias de paz de la Haya, mediante las cuales se adoptaría el reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, Anexo a la “II Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre” de 1899 y IV Convención de 1907³⁷⁰.

Es decir, los antecedentes de la determinación tanto de instancias internacionales en materia penal, como de conductas criminales reconocidas por la comunidad de naciones, se centraba en los hechos ilícitos en tiempos de guerra y por ahora no había relación entre el derecho interno penal y estas violaciones por actos bélicos ilícitos³⁷¹. Así mismo, surgía una consideración de influencia en los principios locales por parte de los fundamentos internacionales del derecho internacional humanitario, que hasta este

³⁶⁹ En forma individual, los Estados Unidos también constituyeron tribunales de Crímenes de Guerra, tras la guerra hispano-americana y la ocupación de Filipinas en 1902. **BASSIOUNI M. CH.** Ob. Cit. 1984. PAG. 61.

³⁷⁰ Se señala también la existencia de un proyecto anterior de declaración internacional sobre las leyes y costumbres de la guerra del 27 de julio de 1874, fruto de la conferencia de Bruselas; sin embargo se advierte que no hubo consenso sobre su fuerza vinculante, es decir, para que fuera aprobado como un tratado. El autor sugiere consultar el *Manual de Oxford* de 1880, elaborado por un comité de revisión, sobre el cual se adelanta el trabajo de las conferencias de 1899 y 1907. A través de estos documentos se pretende elaborar, por primera vez, un reglamento sobre el tema. **PRIETO SANJUAN Rafael.** Ob. Cit. PAG. 33. En la primera edición del *Derechos de los conflictos armados* de 1996 se menciona que este manual, publicado por el Instituto de Derecho Internacional en 1880, recordaba que una vez se declare una guerra los hombres llamados a defender la causa de los Estados Beligerantes, con las armas en la mano, estén bien imbuidos de los derechos y de los deberes especiales inherentes a la ejecución de ese cometido. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1158/2.pdf>. Consultada el 15.05.2015. El texto completo del manual de Oxford de 1880 aparece en el siguiente enlace. <https://www.icrc.org/ihl/INTRO/140?OpenDocument>. Consultada el 15.05.2015.

³⁷¹ Mientras que el derecho de la guerra se desarrolló significativamente en el transcurso de las dos Conferencias de La Haya, los mecanismos para hacer cumplir sus mandatos no mantuvieron el ritmo de la misma. Incluso se pensó que los actos proscritos por los Convenios de La Haya sobre la guerra terrestre habían sido siempre tratados como actos criminales para los miembros de las fuerzas armadas o civiles y podrían mantenerse en forma individual al responsable. La Convención de 1899 no contenía disposiciones sobre el castigo de las violaciones y la Convención de La Haya de 1907 no desarrolló ninguna provisión para la imposición de la responsabilidad penal individual por la vulneración de cualquiera de sus disposiciones o de sus reglamentos anexos. En cambio, la Convención especificaba tanto la forma principal de la pena como el pago de la indemnización por parte de los estados. Además, se solicitaba a los Estados negociar el monto de la indemnización adeudada como resultado de una violación y tales negociaciones resultaban complejas. No es sorprendente que la prestación de los Convenios de La Haya sobre la indemnización fuera criticada por tener poco efecto disuasivo. **MERON Theodor.** Reflections on the Prosecution of War Crimes by International Tribunals. The American Journal of International Law, Vol. 100, No. 3 (Jul., 2006) PAG. 554. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/4091370>. Consultada el 3.06.2015

momento comparte relaciones intrínsecas entre las prohibiciones, las reglas consuetudinarias y la posterior evolución en la tipificación de crímenes internacionales³⁷². De lo anterior se comienza a identificar la vertiente consuetudinaria del derecho de los conflictos armados en la identificación inicial de los crímenes de guerra.

De igual forma, es posible observar que en los casos anteriores tanto de Estados Unidos como del imperio Británico, se contaba con al menos unas bases primigenias de justicia excepcional en casos de guerra. Todavía los derechos humanos no se consolidan y por lo tanto las garantías y la legislación especial sobre crímenes internacionales no tenían una definición concreta. Más bien sus bases parten de la regulación de la guerra y la limitación en los medios usos y costumbres.

En síntesis, de los precedentes mencionados se deriva la concepción de crímenes internacionales que luego van a ser ampliados en como infracciones de las normas internacionales que implican la responsabilidad penal personal, en contraposición a la responsabilidad del Estado en la cual el individuo puede actuar en su representación. Es decir, son el resultado de la presencia acumulada, por un lado, de violaciones de las normas consuetudinarias internacionales, de las disposiciones de un tratado (cuando existen tales disposiciones); por el otro, pueden resultar del proceso de su codificación, o cuando sirven para explicar el alcance de tales normas de derecho consuetudinario y finalmente cuando han contribuido a su formación³⁷³. Estos fundamentos se representan, bien en virtud de valores que deben ser protegidos por la comunidad internacional para que exista un interés universal sobre los mismos o si se ha presentado la actuación violatoria a nombre de determinado Estado³⁷⁴. Todo ello en el terreno del derecho atinente

³⁷² Otra de las más importantes fuentes en la conformación de crímenes o de legalidad internacional corresponde a la ley diseñada para proteger a las víctimas de los conflictos armados. Lo anterior, debido a que muchas áreas del derecho internacional humanitario están criminalizadas como crímenes de guerra. Por lo tanto, el derecho internacional humanitario sirve como un punto de referencia en la comprensión e interpretación de las correspondientes disposiciones de crímenes de guerra. Al igual que con las normas de derechos humanos, se debe tener cuidado antes de la transposición de todos los estándares del derecho humanitario directamente en el derecho penal internacional; este último tiene principios distintos de interpretación. **CRYER Robert Et. Al.** An Introduction To International Criminal Law and Procedure. Second Edition. Cambridge University Press. Cambridge, United Kingdom. 2010 PAG. 15.

³⁷³ **CASSESE ANTONIO.** Ob. Cit. PAG. 12

³⁷⁴ Estas normas tienen por objeto proteger los valores considerados importantes por toda la comunidad internacional y, en consecuencia, vinculante a todos los Estados y los individuos. Los valores en cuestión no se propusieron por eruditos ni tampoco fueron ideados por los filósofos idealistas. Más bien, se establecieron en una serie de instrumentos internacionales que, como siempre, no explican todo su contenido. Igualmente,

a las normas del DIH, por un lado, desde su fuente consuetudinaria y por otro desde sus bases convencionales.

Sin duda, el proceso anterior hacía pensar en aspectos especiales de naturaleza penal, que incluso, para ese momento, no eran recogidos por el principio de legalidad de la escuela clásica del derecho penal imperante, al menos en el terreno continental. Se trataba de violaciones a la guerra que no tenían contenido punitivo, bajo un concepto de legitimidad centrado inicialmente, en el uso adecuado del derecho de gentes y de la guerra justa, para evolucionar posteriormente junto con los usos y costumbres de las confrontaciones bélicas a las normas consuetudinarias y finalmente a las normas convencionales. Más aún, el anterior cuerpo normativo trata de ser codificado en las primeras declaraciones e incidentes internos, así como también en virtud de los primeros actos internacionales. Estos documentos trataron de juntar la corriente de fundamentación del derecho de gentes con las tendencias consuetudinarias de la guerra, que tomaban caminos paralelos, hecho que se observa, por ejemplo, en la adopción de la cláusula Martens que consagra el principio de humanidad, en los primeros instrumentos de los conflictos armados a finales del siglo XIX³⁷⁵.

existe un interés universal en la represión de estos delitos, sujeto a ciertas condiciones, pues, en virtud del derecho Internacional, sus presuntos autores pueden, en principio, ser enjuiciados y castigados por cualquier Estado, independientemente del vínculo territorial o la nacionalidad del autor o de la víctima (Principio de Jurisdicción Universal). Incluso, si un perpetrador ha actuado en calidad de oficial de un Estado (de jure o de facto), en cuyo nombre se ha presentado el acto prohibido, en este caso, se impide reclamar el goce de la inmunidad de la jurisdicción civil o penal de Estados extranjeros. Todo ello, en virtud del derecho consuetudinario a los funcionarios estatales que actúen en el ejercicio de sus funciones (aunque, si el oficial del Estado pertenece a una de las tres categorías, a saber, jefe de Estado, ministro de Relaciones Exteriores, o el agente diplomático, y todavía está sirviendo, entonces él disfruta completar inmunidad personal, siempre y cuando estén en el cargo. ver Pinochet, Fidel Castro, etc. **CASSESE ANTONIO. Ob. Cit. PAG. 12 y 13**

³⁷⁵ En el "Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre", anexo a la II Convención de la Haya de 1899, se adopta la cláusula Martens para regular la conducción de hostilidades. Dicha cláusula se encarga de lo siguiente: en primer lugar, de regular y definir las fuerzas beligerantes; en segundo lugar, de regular las hostilidades en sentido estricto, y finalmente de regular la autoridad militar en el territorio del Estado enemigo. **PRIETO SANJUAN Rafael. Ob. Cit. PAG. 34.** La cláusula de Martens forma parte del derecho de los conflictos armados desde que apareciera, por primera vez, en el Preámbulo del II Convenio de La Haya de 1899, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre que señala: "Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública". **RUPERT TICEHURST. La Clausula Martens y el Derecho de los Conflictos Armados.** Artículo, Revista Internacional de la Cruz Roja -31-03-1997. Disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlcy.htm>. Consultada el 16.05.2015.

Ahora bien, frente a este panorama, el Estado-Nación moderno todavía se encuentra en formación y por lo tanto tampoco hay una sociedad de naciones, más allá de los imperios tradicionales que puedan asegurar las condenas por hechos basados en mínimos comunes universales. Los anteriores sucesos pueden tomarse como el punto de partida de la reglamentación internacional de las infracciones en el escenario de la guerra. Además, permitieron el antecedente más claro de la conformación de la legalidad internacional en materia de prohibiciones y crímenes del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), a partir del Tratado de Versalles de 1919, para reprimir las conductas de la Primera Guerra Mundial³⁷⁶. Puede identificarse en este sentido los precedentes de la legitimidad internacional en este sentido.

En este campo se destaca el avance en el juzgamiento de conductas a un Estado y a una persona como responsables de los actos considerados como suprema ofensa, contra la moralidad y santidad de los Tratados, por parte de un Tribunal especial (Leipzig). Con ello se da inicio a la posibilidad de que personas naturales o físicas sean juzgadas por violaciones a los usos y costumbres de la guerra y que estas sean exigibles.³⁷⁷ En este criterio coinciden tanto la normativa internacional primigenia (1899 y 1907) –que daría lugar a la legalidad de los conflictos armados– como el factor de legitimidad de toda esta base que impone una nueva perspectiva en el derecho internacional y por supuesto en el derecho interno.

Justo en este momento se comienza a presentar la relación entre normas consuetudinarias y normas internacionales que vienen a tener una igualdad de jerarquía. En realidad, lo que se observa es la estructuración propiamente dicha del DIH, mediante el complemento que se va a producir con las prohibiciones establecidas en los tratados y en la conducción de hostilidades, en la responsabilidad del Estado, en las nociones y conceptos del DIH y en figuras referentes a la autoría y participación en situaciones como los crímenes de guerra³⁷⁸.

³⁷⁶ **PRIETO SANJUAN Rafael.** Ob.Cit. PAG. 34 y 35

³⁷⁷ **IBÍD.** PAG. 35

³⁷⁸ **RAMELLI ARTEAGA Alejandro.** Jurisprudencia Penal Internacional aplicable en Colombia. Editorial Agencia de Cooperación Internacional. (GIZ), Universidad de los Andes. Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá D.C. Colombia. PAG. 92 y 93

De igual forma, tanto las normas consuetudinarias como convencionales, sirvieron de base para la labor de complementariedad para el desarrollo del posterior Tribunal de Núremberg, a raíz de los hechos ocurridos en la Segunda Guerra Mundial, y el enriquecimiento del contenido de las prohibiciones de los convenios de Ginebra de 1949 y de sus dos protocolos adicionales (1 y 2 de 1977)³⁷⁹. Más adelante, en los crímenes y procesos correspondientes, se ampliará este asunto. Desde este punto de vista se puede observar uno de los enfoques de la legalidad internacional que después queda traducida en los crímenes de guerra propiamente, como primer factor de represión internacional, además todo este conjunto normativo en evolución se somete a las prohibiciones al ejercicio de la guerra.

1.2. El principio de legalidad penal como forma de surgimiento del derecho internacional de los Derechos Humanos (DIDH). (Desde el concepto de derechos del hombre hasta las declaraciones y vigencia internacional)

En primer lugar, desde el factor de legalidad analizado, nuevamente la historia de la humanidad se asocia de manera evidente a las declaraciones de condiciones mínimas y razonables de existencia en el Estado de Derecho, las cuales apelan al bien general como base para la construcción de los derechos humanos (en adelante DIDH)³⁸⁰. Este proceso, además de sus precedentes ingleses³⁸¹, desemboca en las declaraciones de

³⁷⁹ Por ejemplo, el art. 13 del Protocolo II de 1977, en su párrafo 2º prescribe: "No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal será aterrorizar a la población civil". En este punto se constató que la norma convencional debía ser complementada con la siguiente de carácter consuetudinario: "Las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los civiles no deben ser atacados". En este caso se amplía el espectro de protección respecto de las prohibiciones dirigidas a los combatientes. **RAMELLI ARTEAGA Alejandro**. Ob. Cit. PAG. 92

³⁸⁰ Para muchos, los derechos humanos se han centrado en su función, como triunfos que apelan al bien general que, tal y como lo indica Dworking, ni siquiera mediante los derechos legales se puede dejar sin efecto. La consecuencia de esta afirmación es que solamente los derechos humanos han podido frenar los actos de los gobiernos de facto, las monarquías absolutas o la dictadura del proletariado para no apelar al bienestar general. **GRIFFIN James**. Human Rights and The Autonomy of International Law. The Philosophy of International Law. Edited. By Samantha Besson and John Tasioulas. Oxford University Press. Traducción libre. New York. United States, 2010. PAG. 341.

³⁸¹ En todo caso, los fundamentos de los futuros derechos humanos se pueden evidenciar a partir de las diversas declaraciones, por ejemplo: la Carta Magna de 1215, en el Reino Unido; la *Petition of Rights* de 1628 sobre los derechos personales y patrimoniales; el *Habeas Corpus Act.* de 1679, que prohíbe la detención de cualquier persona sin mandato judicial y obliga a poner al detenido a disposición judicial en el plazo máximo de 20 días. También es viable mencionar la *Declaration of Rights* de 1689 que confirmó los dos textos anteriores. **VILLAN DURAN Carlos**. Curso Internacional de los Derechos Humanos. Editorial Trotta Primera Edición 2002. Primera Reimpresión. Madrid, España 2006 PAG. 66

Norteamérica de 1776 y por su puesto en la Revolución Francesa de 1789³⁸². Esta declaración se caracteriza por dos rasgos: primero, aborda derechos individuales conquistados con el objeto de limitar el poder absoluto del Rey, en relación con sus súbditos. Segundo, fundamenta los derechos humanos en la propia naturaleza y dignidad inherente al hombre, con prescindencia de los valores filosóficos o religiosos que las distintas culturas puedan aportar³⁸³. En consecuencia, el punto de la dignidad humana se convierte en factor de positivización de los derechos, y sobre todo, produce el advenimiento del Estado laico mediante el liberalismo iusnaturalista racionalista³⁸⁴. De igual forma, se puede aseverar que el nacimiento de los principios y las garantías penales se revela sobre estos fundamentos de los derechos humanos y desde allí se comienzan a proteger, como ya se expuso en la primera parte de este trabajo.

Ahora bien, tomando como punto de partida la base anterior, es posible advertir que dados los efectos de las declaraciones citadas, solo hasta el siglo XIX se puede mencionar algún ejercicio para la defensa de las garantías fundamentales. En todo caso, todavía no se puede consolidar esta pretensión en su totalidad³⁸⁵, y lo que se observa es una relación derechos del hombre - derechos fundamentales.³⁸⁶ Desde este punto de vista se puede citar, en el orden interno, el ámbito de garantía de la constitución. A través de este mandato se advierte la fórmula de Carré de Malberg, la cual señalaba que el sistema

³⁸² **IBÍD. PAG. 66 y 67**

³⁸³ **VILLAN DURAN Carlos. PAG. 67**

³⁸⁴ En este sentido, puede afirmarse que el proceso de identificar el contenido de los derechos y defenderlos se consolida en acontecimientos como la Reforma y la contra Reforma, y en la búsqueda de la libertad religiosa (durante los siglos XVII y XVIII), aspectos que se vinculan a lo que hoy se denomina derechos civiles y políticos. **IBÍD. PAG. 65 y 66**

³⁸⁵ El origen de los derechos humanos como entidad fundante en el proceso de legitimación del Estado, implica, como lo reconoce Bidart Campos, abordar su núcleo axiológico, su curso histórico, las diferentes concepciones y sus fundamentos, el sustrato social, los sistemas de valores socialmente aceptados, etc. **BIDART CAMPOS Germán J.** Teoría General de los Derechos humanos. Editorial Astrea. 1ª Edición 1991, 1ª Reimpresión 2006. PAG. 53

³⁸⁶ Los efectos indudables se traducen en las constituciones del siglo XIX. Apelando bien a la garantía por la virtud de los representantes o a la garantía del Tribunal de Opinión. En la sucesión de las constituciones de 1791, 1793 y 1795 la garantía se representaba en la vigilancia de los padres de familia a las esposas y a las madres, al afecto de los jóvenes ciudadanos y a la valentía de todos los ciudadanos franceses. Se mantiene la creencia de que los poderes, sometidos a la mirada jurisdiccional de la opinión, estarán obligados a inscribir sus decisiones en el respeto de la Constitución (ley común de la opinión), so pena de provocar manifestaciones, reacciones violentas de la opinión y quizá revoluciones como la de 1830. **ROUSSEAU Dominique.** La cuestión de la garantía de la Constitución en el siglo XIX en Francia. Historia de los Derechos Fundamentales. Tomo III. Siglo XIX Volumen I Libro II. PAG. 651. Dirección Gregorio Peces Barba Et. Al. Traducción de Emilio Moyano. Editorial Dykinson. S.L. Madrid España 2002.

de garantía de las leyes constitucionales de 1875, que prevaleció a lo largo del siglo XIX, se evidencia en la confianza y en la probidad de sus representantes³⁸⁷. Así se podía erigir un primer esbozo de la vigencia de los Derechos en la legitimidad del Estado, mas no su proclama universal³⁸⁸. En este tiempo, en la construcción de los derechos humanos también se evidencian antecedentes como el Tratado de Berlín de 1878³⁸⁹, mediante el cual se consagró la emancipación de los Estados Balcánicos, que trató de verificar unas condiciones de paz y una estabilidad para unos nuevos Estados³⁹⁰. La legitimidad de los derechos se traduce entonces en el Estado y en la posibilidad de conceder derechos fundamentales que son trazados en sus constituciones.

³⁸⁷ Desconfiar de los partidarios de la fórmula de 1789, que afirmaron la vigencia de los derechos del hombre, no es atendible. Pese a que esta referencia a 1789 va desapareciendo paulatinamente, no suprime esta imagen del representante que, por medio de la razón, domina sus pasiones e intereses personales para servir al bien común. Esto se denota y continúa igualmente en la Constitución de 1848. **IBÍD.** PAG. 649

³⁸⁸ Esta idea todavía va a tomar tiempo en ser estructurada, toda vez que en el medioevo las ideas de igualdad de las personas se referían a Dios y su vinculación se encontraba en el Derecho Natural. Este fundamento fue esbozado durante la Conquista, por ejemplo, a través de las ideas de Vitoria, Las Casas, Montesinos, entre otros, quienes defendieron a los habitantes originarios de América. No obstante, solamente ciertos estamentos tenían derechos o privilegios. En documentos como la Carta Magna (1215) se preserva el ejercicio de ciertas prerrogativas para los nobles pero no para todos. Esto se evidencia por ejemplo en la práctica de la esclavitud o la tortura y en el procesamiento penal, los cuales todavía están lejos de la dignidad humana, la libertad o la igualdad. Estos fundamentos, exclusivamente filosóficos, no se alejaron de la sociedad feudal. **VILLAN DURAN Carlos**. Ob. Cit. PAG. 64 y 65.

³⁸⁹ En virtud del tratado de 1878, se celebró el Congreso de Berlín que medió en la búsqueda de un equilibrio europeo. Por ejemplo, se obligó a Rusia a renunciar a las ventajas que le brindó el Tratado de San Stefano; Alemania y Austria-Hungría pusieron fin a la inteligencia de las Tres Potencias. Sumado a esto, Rusia se presentaba como el antagonista de Austria-Hungría. De esta forma, en este período fue relevante este tratado, toda vez que la rivalidad de los imperialismos continentales iba a recobrar toda su importancia, convirtiéndose en factor determinante de los destinos europeos. **PIRENNE Jacques**. Historia Universal. Tomo VI, El Siglo XIX Progresista y Colonialista. Editorial Éxito S.A. Barcelona España, 1974. PAG. 229 y 230.

³⁹⁰ Girón menciona que en virtud del Congreso de Berlín, celebrado entre el 13 de junio y el 13 de julio de 1878, para revisar las cláusulas del tratado de San Stefano, se pacta un equilibrio de fuerzas de las grandes potencias en los Balcanes. La gran Bulgaria queda dividida en tres partes: 1) al norte un principado autónomo; 2) al sur la Rumelia Oriental se convierte en provincia política y militarmente otomana, aunque con un gobernador cristiano y 3) Macedonia es devuelta a Turquía. Viena recibe el encargo de ocupar administrar a título provisional Bosnia-Herzegovina. Se consagra la independencia de Rumania, Serbia y Montenegro. **GIRON José**. Los Balcanes: Del Congreso de Berlín al nacimiento de Yugoslavia (1878-1918). Editorial Universidad de Valladolid, España 2002. PAG. 243.

Así mismo, en el tratado en mención, se estipuló la garantía de derechos fundamentales de sus habitantes, como la libertad, la práctica del culto, el repudio de las discriminaciones de origen racial o religioso y la igualdad jurídica de todos. **Revista "El Agora"**, Derechos Humanos, Facultad de derecho y ciencias políticas, Universidad Santo Tomás, N° 3. Bogotá D.C., julio de 1999 PAG. 47

Luego de las conferencias de la Haya de 1907, y con el fin de la Primera Guerra Mundial y el advenimiento del pacto de la sociedad de naciones (1919)³⁹¹, se producen avances importantes bajo la noción de derecho común internacional que aparece en la Parte XIII del Tratado de Versalles³⁹². Sin embargo, este fue un intento frustrado de consolidar una legitimidad internacional, no solo en materia de los conflictos armados sino también en la solidaridad internacional como fundamento esencial. El tratado de Versalles³⁹³ contenía así mismo, la Carta de la Organización Internacional del Trabajo, concretamente en su artículo -427-, en el cual se formula una verdadera declaración de los derechos del trabajador³⁹⁴. Algunos incluyen la Declaración Rusa de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado, redactada el 4 de enero de 1918, en la Revolución Rusa, debido a que sus efectos, con respecto a los derechos sociales, se tradujeron después en la Constitución de Weimar de 1919³⁹⁵. No obstante, es preciso aclarar que estos derechos plasmados inicialmente se enfrentaron a la Unión Soviética posterior, es decir, a todo lo contrario: un régimen totalitario, sin libertad ni derechos que no los iban a preservar.

Por otro lado, los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial aumentaron la preocupación internacional por la defensa en abstracto de los derechos universalmente proclamados, lo que llevó, durante los años cuarenta, a la construcción de las primeras

³⁹¹ Mediante el tratado de Versalles (1919) se pensó en instaurar la sociedad de Naciones que se apoyaba en la constitución y garantía de asistencia eventual o solidaridad de las nuevas potencias. Sin embargo, la falta de solidaridad de Estados Unidos e Inglaterra frente a Francia y el plan de resurgimiento de Alemania hizo que el pacto no tuviera el éxito esperado. Es más, la no ratificación de Estados Unidos debilitó en gran medida la posibilidad de éxito de la creación de una sociedad internacional. **PIRENNE Jacques**. Historia Universal. Tomo VII, El Nuevo Siglo y la Gran Guerra. Editorial Éxito S.A. Barcelona España, 1974. PAG. 190 y 191.

³⁹² El conjunto de las cláusulas territoriales del tratado de Versalles quitaba a Alemania una séptima parte de su superficie y una décima parte de su población. El tratado exigía además que fuesen juzgados aquellos a quienes se considerase responsables de la guerra (en primer lugar a Guillermo II), e imponía a Alemania la obligación de reconocerse responsable de dicha guerra. **IBÍD.** PAG. 170

³⁹³ Disponible en <http://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/>. Consultada el 9.10.2015

³⁹⁴ Además de esta declaración se incluyeron disposiciones protectoras de las minorías nacionales, raciales o lingüísticas en los tratados europeos nuevos o ampliados como Polonia, Checoslovaquia y Rumania. **Revista "El Agora"**, Ob. Cit. PAG. 47

³⁹⁵ El autor reconoce que más allá de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Revolución francesa (1789), de la Declaración de Derechos de Virginia (12 de junio de 1776) y de la Declaración Americana, de la Independencia de Estados Unidos (4 de julio de 1776), es importante reconocer este acontecimiento que de alguna manera permite tener en cuenta las reivindicaciones sociales. **VILLAN DURAN Carlos**. Historia y Descripción General de los Derechos Sociales Económicos y Culturales. Derechos económicos, sociales y culturales. Cátedra Gerardo Molina. Editorial Universidad Libre. Bogotá D.C., Colombia 2009. PAG. 9

propuestas en búsqueda de la paz. Así es posible citar el mensaje del presidente Roosevelt al Congreso norteamericano del 6 de enero de 1941, así como la Carta del Atlántico Norte, firmada por el Presidente de los Estados Unidos y el Primer Ministro del Reino Unido, Winston Churchill, el 14 de agosto de 1941³⁹⁶.

Con la preocupación internacional de los conflictos armados, surgió también la conciencia general de las garantías y libertades tanto individuales como de naturaleza colectiva, consenso internacional que tuvo su punto fulgurante en la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Dicha tarea se desarrolló entre junio de 1946 y diciembre de 1948, a través de varias reuniones llevadas a cabo en Nueva York, Ginebra y París³⁹⁷. El instrumento consolidó el mandato otorgado en virtud de la Carta de San Francisco de 1945, dando origen a los principales asuntos de la comunidad de Naciones y a las tareas de las organizaciones internacionales, en materia de derechos humanos.

De conformidad con el proceso citado, se puede afirmar que el moderno DIDH que solamente tiene 56 años de existencia, la cual se traduce precisamente en el origen de la Carta de Naciones Unidas de 1945.³⁹⁸ Producto de este nacimiento de las asociaciones internacionales, representadas en la Organización de las Naciones Unidas y de los Estados Americanos³⁹⁹, se proclama la validez universal de los derechos humanos, como desarrollo de los derechos mínimos que todo Estado debe reconocer a la sociedad que gobierna. Es decir, surge un nuevo concepto de legitimidad internacional basado en la prevalencia de los Derechos Humanos.

³⁹⁶ En tales declaraciones se aboga por la consagración universal de derechos. Junto a estos textos oficiales también aparecen otra serie de documentos que durante este tiempo reafirman la existencia de las prerrogativas universales, como la "Declaración de los derechos del hombre", propuesta por un Comité Judío-Americano en enero de 1945. **Revista "El Agora"**, Ob. Cit. PAG. 47

³⁹⁷ **IBÍD.** PAG. 47

³⁹⁸ **VILLAN DURAN Carlos.** Ob. Cit. PAG. 61

³⁹⁹ La Novena Conferencia Internacional Americana, que reunió a 21 Estados en Bogotá, Colombia, en 1948, adoptó la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas ("Pacto de Bogotá") y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En la misma Conferencia, se aprobó el Convenio Económico de Bogotá, que se propuso fomentar la cooperación económica entre los Estados americanos, pero que nunca entró en vigencia. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, subrayó el compromiso de la región con la protección internacional de los derechos humanos y sentó las bases para la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que fue aprobada en 1969 y entró en vigencia en 1978. Disponible en http://www.oas.org/es/acerca/nuestra_historia.asp. Consultada el 20.05.2015.

De esta forma, se afirma en la Declaración el principio de legalidad, el derecho de la igualdad ante la ley y ante los derechos y libertades para diferentes, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Frente a estas garantías, también aparece la consideración de otras nuevas, tales como el reconocimiento a la “personalidad Jurídica, a la libre circulación, nacional e internacional e igualmente a la intimidad personal y familiar, a la de domicilio y correspondencia”.⁴⁰⁰ Este factor obedece a que tanto los derechos humanos como las garantías que los preservan, expresan el sentido de legitimidad para el Estado y la comunidad de naciones, gracias a su progresivo desarrollo en la segunda mitad del siglo XX, aunque a veces, este proceso tan solo pueda verificarse en un sentido ideal⁴⁰¹.

Finalmente, entre todos estos fundamentos del principio de legalidad, en su visión internacional, lo que se reafirma en la Carta de Naciones Unidas de 1948 es la legitimidad del Estado Democrático de Derecho, aspecto que se ratifica después en el sistema regional de Derechos Humanos, para regular precisamente este principio que da origen a las garantías y fundamentos necesarios de protección⁴⁰². De allí que un sistema penal debe comprender tales fundamentos para dar paso a la ideología de los derechos humanos como base de esta legitimidad que, como se vio, se origina en el liberalismo mediante las declaraciones de derechos⁴⁰³. Así es evidente que tanto las violaciones sobre unos derechos, como la protección de las garantías judiciales, deben erigirse en los

⁴⁰⁰ El primer proyecto de la Declaración se propuso en septiembre de 1948 y más de 50 Estados Miembros participaron en la redacción final. En su [resolución 217 A \(III\)](#), del 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General, reunida en París, aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ocho naciones se abstuvieron de votar, pero ninguna votó en contra. El texto completo de la DUDH fue elaborado en menos de dos años. En un momento en que el mundo estaba dividido en un bloque oriental y otro occidental, encontrar un terreno común en cuanto a lo que sería la esencia del documento resultó ser una tarea colosal. Disponible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml>. Consultada el 17.05.2015. Cfr. **SANCHEZ ANGEL Ricardo**, Cuatro momentos de los Derechos Humanos. Tesis de Grado Maestría en Filosofía, Universidad Nacional de Colombia. Tercer Capítulo, La Declaración Universal de Derechos Humanos. Bogotá D.C. 2000

⁴⁰¹ **VILLAN DURAN Carlos**. Ob. Cit. PAG. 61

⁴⁰² Más adelante se volverá sobre este tema; sin embargo, este fundamento fue trascendental, por ejemplo en Argentina, para casos internos después de la dictadura, los cuales trataron de dar prevalencia a la norma internacional, convencional o consuetudinaria, como en el asunto Cabrera Washington C / Salto grande de 5 de diciembre de 1985. **TRAVIESO Juan Antonio**. Derechos Humanos y Jurisprudencia. Doctrina y Legislación Argentina e Internacional. Editorial Universitaria de Buenos Aires EUDEBA. Buenos Aires Argentina, 1998. PAG. 22

⁴⁰³ **BEUCHOT PUENTE Mauricio**. Ob. Cit. PAG. 180

dos sentidos anotados mediante la legalidad penal. En efecto, en muchos casos, las vulneraciones han sido identificadas en el amplio sistema del DIDH y del DIH⁴⁰⁴, dadas las relaciones con el sistema internacional, toda vez que las dos legislaciones mencionadas sirven de fuente para la configuración de una competencia originada en el precedente de las violaciones, incluso en el derecho interno⁴⁰⁵.

Esta base, como lo advierte Marcelo Ferreira, implica que los derechos humanos se inclinaban, en un primer momento, hacia posturas que fundaban la validez de los acuerdos en una norma de derecho natural que tal y como se vio anteriormente imponía la obligación de cumplir los pactos (*pacta sunt servanda*)⁴⁰⁶. En ese mismo sentido, por ejemplo, todavía se examinaba la relación Derechos del Hombre-Derechos Fundamentales. Así se generaban exigencias entre los Estados, aunque no existiera autoridad externa que los obligara ni un orden internacional en el sentido moderno⁴⁰⁷.

Posteriormente se genera el derecho positivo que permitía la autolimitación. En todo caso, gracias a la evolución de tales corrientes, en la actualidad el Estado encuentra su límite fuera de sí mismo, en el Orden Jurídico Internacional, y su contenido está dado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, base axiomática de fundamentación jurídica⁴⁰⁸. Esto siempre ha sido objeto de cuestionamiento, pero sin duda la base de los derechos humanos sirve de límite también a esta perspectiva. En la segunda parte del presente trabajo se abordará esta situación en el caso específico de Colombia.

⁴⁰⁴ En el caso *Cabrera Washington C / Salto grande* de 5 de diciembre de 1985, los Dres. Gabrielli y Guastavino indicaron, entre otras, que no resultaba ajena la competencia de la Corte Suprema frente a la eventual responsabilidad Internacional en que incurra el Estado en sus decisiones. Así la validez o invalidez de la disposición cuestionada debe tratarse de acuerdo con las normas vigentes en el propio Derecho Internacional, y siguiendo el ordenamiento jurídico interno. **TRAVIESO Juan Antonio**. Ob. Cit. PAG.22.

⁴⁰⁵ **IBÍD. PAG. 22**

⁴⁰⁶ Se señala a Grocio como impulsador de esta corriente. En este sentido se señala a los iusnaturalistas como heterolimitados que consideraban la existencia de un Derecho Suprapositivo en tales instrumentos. Por su parte, el positivismo jurídico fundó la validez del derecho internacional directamente en el *consentimiento* de los estados soberanos, sin recurrir a una instancia superior. Las dos posiciones eran deficientes: la heterolimitación postulaba contenidos humanitarios pero carecía de normas jurídicas y órganos que los hicieran obligatorios para el Estado, en tanto que la autolimitación suponía la existencia de normas y órganos pero, como era el propio Estado el que se autolimitaba, podía disponer cualquier contenido incluso destructivo para sí mismo. **FERREIRA MARCELO Et. Al.** *Algunos Casos de Responsabilidad Internacional en el Sistema Interamericano*; en *Derechos Humanos*. Buenos Aires, Editorial. FDA, 1998, 4ª ed., capag. XIV. PAG. XIII-2

⁴⁰⁷ **IBÍD. PAG. XIII-2**

⁴⁰⁸ **FERREIRA Marcelo**. Ob. Cit. PAG. XIII-2

En efecto, desde la concepción del DIDH, como lo sostiene Bidart Campos, la base de su fundamentación implica revisar su origen, primero en las declaraciones internacionales y luego su recepción en los sistemas nacionales que permitieron la generación de sus obligaciones, toda vez que examinan su vigencia en el orden normativo y no solamente su ingreso al derecho positivo⁴⁰⁹. En este factor, más allá de los sistemas de incorporación de instrumentos, lo realmente importante es si se evalúan en ese orden, si funcionan o no sus enunciados y si desarrollan un control de judiciabilidad y justiciabilidad⁴¹⁰. Este factor ha sido una de sus fuentes para determinar si los derechos humanos se hacen exigibles en las vías legales que, a su turno, los revelan como eficaces⁴¹¹; más aún si se trata de graves atentados contra la humanidad en donde se ha subvertido el orden jurídico internacional.

En este proceso el desarrollo de instrumentos internacionales de protección se presenta a partir de los alcances logrados con la creación de las Naciones Unidas, el respaldo luego de los juicios de Núremberg y el análisis de las graves violaciones que se presentan en el escenario de los conflictos armados, entre otros fundamentos. Tales presupuestos fundaron un precedente internacional evidente que recupera la noción de dignidad humana, como valor básico de los derechos humanos, pues debe ser respetada en todo caso, cualquiera que sea el ordenamiento jurídico, político y social, aun por encima de los valores prevalentes en la colectividad histórica respectiva⁴¹².

Adicionalmente, la dignidad humana es la base para el desarrollo de los demás derechos, a través de los cuales el hombre puede desarrollarse integralmente y, por supuesto, ser reconocido como persona en un sistema democrático que corresponde al ámbito de

⁴⁰⁹ **BIDART CAMPOS Germán J.** OB. Cit. PAG. 58 Y 59.

⁴¹⁰ En este sentido, en el caso Cabrera Washington C / Salto Grande, del 5 de diciembre de 1983 citado, que se trató en sus comienzos de la aplicación de normas internacionales al derecho interno en Argentina. Incluso antes de la reforma de 1994 se llegó a considerar el acto complejo federal como requisito para la vigencia de un tratado internacional. De acuerdo con esto, una vez surtida la aprobación legislativa y la debida ratificación del poder ejecutivo, la norma se encuentra incorporada al ordenamiento interno, independiente de su aplicabilidad. Esta base sirvió después para el caso Ekmekdjian c/ Sofovich. Vigente una norma internacional en el ordenamiento jurídico, será aplicable o no en función de que sus cláusulas resulten autoejecutorias o autosuficientes. **TRAVIESO Juan Antonio.** Ob. Cit. PAG.22.

⁴¹¹ **BIDART CAMPOS Germán J.** PAG. 58 Y 59

⁴¹² **IBÍD.** PAG. 73

legitimidad en el que se deben cumplir los derechos humanos⁴¹³. Lo anterior ha obedecido al curso progresivo de su internacionalización desde sus primeras declaraciones, citadas anteriormente, que dieron el paso siguiente a su positivización. Así, la filosofía de los derechos humanos ha logrado una vigencia suficiente en los Estados para reconocerlos como democracias⁴¹⁴; de allí que frente a sus graves violaciones de derechos humanos emerge una protección inusitada de mecanismos. No obstante, esto solo fue posible a través de muchos esfuerzos que hicieron posible consolidar los diversos factores de persecución por tales actos, primero hacia los Estados y luego hacia las personas naturales responsables.

En este sentido, ha sido de vital importancia la definición de los derechos humanos, la cual involucró una dimensión positiva, histórica y facultativa (esta última, debido a su posibilidad de reclamo o justiciabilidad); todo lo anterior, teniendo como eje central la persona humana. Este avance de positivización se deriva, sin lugar a dudas, de la Carta de Naciones Unidas de 1948, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCYP), de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950⁴¹⁵ y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,⁴¹⁶ entre otros. A partir de todos estos precedentes, se deriva su

⁴¹³ **IBÍD.** PAG. 74

⁴¹⁴ **IBÍD.** PAG. 60

⁴¹⁵ En el artículo 1º de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de 2010 se establece que "la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida". En otras palabras, el fundamento de la dignidad humana, desde 1950 hasta hoy, conserva como centro la dignidad humana en materia de derechos Humanos. De igual forma, la Carta Europea establece con respecto al principio de legalidad, lo siguiente: "Artículo 49. Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas. 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones. 3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción". Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:ES:PDF>. Consultada el 19.05.2015.

⁴¹⁶ El 4 de noviembre de 1950, en el Palacio Barberini (Roma), los Estados miembros del Consejo de Europa firmaron el "Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales", más conocido como el "Convenio Europeo de Derechos Humanos". El convenio entró en vigor después de la ratificación de 10 países. La Convención entró en vigor el 03 de septiembre 1953. Hasta 1998, los dos órganos de la Convención fueron la Comisión Europea de Derechos Humanos, creado el 18 de mayo de 1954, que tenía la facultad de decidir sobre la admisibilidad de las solicitudes ("decisiones") y ofrecer "informes" (para alentar soluciones amistosas) respecto a las solicitudes declaradas admisibles; y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, establecido el 21 de enero de 1959, que, bajo ciertas condiciones, podría volver a examinar los casos presentados ante la Comisión y entregar "juicios". El 1 de noviembre de 1998, con la entrada en vigor

exigibilidad, que reside en la positivización de los derechos humanos para determinar su reconocimiento y protección, mas no para predicar su existencia que es evidente⁴¹⁷. Bajo este panorama, los derechos humanos son bienes jurídicos subjetivos, independientemente de que se encuentren reconocidos en el ordenamiento jurídico; no obstante su transformación, en una disposición de derecho positivo que implica fortalecer su protección⁴¹⁸. Esto desde luego se reconoce tanto en el ámbito interno como internacional.

1.3. Los fundamentos de legalidad internacional. Protección de las graves violaciones en el DIDH y en el DIH.

Teniendo en cuenta que lo anterior constituye el punto de partida, se demarcan dos tipos de violaciones que se protegen por la legalidad internacional: de un lado, los atentados derivados de los usos y costumbres de la guerra traducidas en el DIH; y, por el otro, los atentados derivados de las graves violaciones de Derechos Humanos⁴¹⁹, justamente cuando afectan este concepto de dignidad humana como pilar fundamental de los valores que se protegen.

Ahora bien, una vez descrito el fundamento analizado, es preciso resaltar que el derecho de los derechos humanos posee un completo sistema de protección universal y regional, que permite que los Estados que cometan violaciones sean objeto de sanción, obligados a cesar el acto violatorio y reparar los daños causados. Igualmente, cuando no es posible

del Protocolo N°11 del sistema de la Corte, la Comisión fue abolida y sustituida por una sola Corte para examinar las solicitudes presentadas en virtud de la Convención y de sus Protocolos. Disponible en http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=library/collections&c=#n13699176741940206875943_pointer. Consultada el 19.05.2015

⁴¹⁷ **LOZANO Carlos A.** Teoría Dogmática de los Derechos humanos. Derechos económicos, sociales y culturales. Cátedra Gerardo Molina. Editorial Universidad Libre. Bogotá D.C., Colombia 2009. PAG. 39

⁴¹⁸ **IBÍD.** PAG. 39 a 41

⁴¹⁹ Por un lado, el derecho de los derechos humanos se basa en casi 200 instrumentos que le sirven de fuente, en tanto que el DIH ha sido recogido en prácticamente 21 instrumentos internacionales. Los sujetos que son destinatarios de los primeros se han constituido únicamente por los Estados, mientras que en el DIH se incluye tanto a los Estados como a las altas partes contratantes de los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y de los protocolos adicionales de 1977, así como a las partes envueltas en conflictos armados, bien de carácter interno o internacional. **SANDOVAL MESA Jaime Alberto.** Ob. Cit. PAG. 25

restablecer el derecho violado, se produce la obligación de indemnizar a las víctimas de estas violaciones⁴²⁰.

En contraposición, el DIH carece de este sistema de protección, por lo que debe remitirse a la voluntad de los Estados para su cumplimiento; sin embargo, en muchos casos tales infracciones están de igual forma integradas al Derecho del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) para su defensa⁴²¹.

Así mismo, aunque de los instrumentos internacionales se derivan los principios generales y los conceptos de las violaciones e infracciones, las mismas no constituyen un fundamento jurídico de persecución penal inmediato, en la medida en que, si se trata de violación de derechos humanos, el sujeto obligado y directo responsable es el Estado y no el particular que lesionó el bien jurídico⁴²². Ahora, si se trata del DIH, el problema reside en que esta legislación solamente describe la infracción y remite al derecho penal interno su represión, es decir que carece de sanción. De allí la importancia de caracterizar tales supuestos bajo el límite de las tipicidades penales contenidas de sanción, lo que constituye un fundamento sin el cual no se produce el concepto de legalidad penal, en este caso internacional. Aquí se presenta una primera remisión al derecho interno para atender el fundamento lesionado, noción que desde entonces consolida la garantía de enjuiciamiento efectivo, conforme a la ley del Estado comprometido en el hecho⁴²³.

De otra parte, el derecho de los derechos humanos protege a la persona humana en general, pero no necesariamente a través de la vía penal, en tanto que el DIH protege a

⁴²⁰ **CORDOBA TRIVIÑO JAIME**, Ob Cit. PAG. 28

⁴²¹ Desde este punto de vista el DIH hace parte del derecho internacional consuetudinario debido a la convergencia tanto del derecho de la Haya como del derecho de Ginebra (Los cuatro convenios y sus dos protocolos adicionales) por encontrarse interrelacionados en su aplicación a los Conflictos Armados. **QUINTANA Juan José**. Derecho Internacional Público Contemporáneo. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá D.C. Pags. 299 a 304.

⁴²² Existe en forma aparente una falta de interés en las denominadas violaciones graves dado que en el Derecho de la Guerra la responsabilidad individual se encontraba subsumida por la del Estado. En este sentido existen dificultades *a priori* para determinar las infracciones o violaciones graves del derecho de la Haya sobre todo en relación con los conflictos armados no internacionales. **PRIETO SANJUAN Rafael**. Ob. Cit. 2010. Pag. 26

⁴²³ Esto puede obedecer en primer lugar, a la idea de que la Guerra es asunto exclusivo de los Estados dado que sólo existirían los conflictos armados internacionales. Segundo, únicamente en el contexto de este tipo de conflictos podría cometerse crímenes de guerra y finalmente cada Estado tendría la obligación de responder por su comisión en principio con autonomía y libertad para adoptar las medidas que considere necesarias u oportunas en contra de sus autores. *Ibíd.* Pag. 27

los combatientes y a los no combatientes, con diferencias en los tipos y grados de protección, en el marco de un conflicto armado interno o internacional⁴²⁴. Esta línea en todo caso sirve de supuestos descriptivos para criminalizar las infracciones a fin de que se conviertan en conductas, todo ello por la vía del principio de legalidad⁴²⁵. Con claridad se expresa el resultado de desarrollar las graves infracciones en los crímenes de guerra concebidos en el Estatuto de Roma de 1998, en donde confluyen las prohibiciones citadas⁴²⁶.

Los anteriores fundamentos se definen en virtud de instrumentos que en medio del conflicto entre guerra y paz, desde 1948 han sentado las bases para el establecimiento de una jurisdicción universal, destinada a su privilegiada atención. Incluso este factor en la actualidad cobra mayor vigencia por la ineludible relación entre el sistema internacional de protección de derechos humanos y el sistema penal interno, en donde todas estas afectaciones se generan mediante la interpretación del principio de legalidad penal. De acuerdo con lo anterior, es posible inferir que en dos de los sistemas jurídicos universales de protección de derechos humanos (DIDH y DIH)⁴²⁷ se establecen principios relacionados con las garantías y el debido proceso, como también del *nullum crimen sine lege* y el contenido material de las conductas, desde el ámbito de lesión colectivo de

⁴²⁴ Sobre este punto, los conflictos armados internacionales o guerras en el sentido tradicional son definidos en el artículo 2º común de los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y en el artículo 1º del protocolo adicional I de 1977. Básicamente son aquellos en los que se enfrentan fuerzas de dos o más Estados, bien en una guerra de liberación nacional (Conflictos de dominio colonial, ocupación extranjera etc.). Los conflictos de carácter no internacional se refieren a una confrontación al interior de los Estados, entre fuerzas estatales y fuerzas disidentes conforme al artículo 3º Común a los cuatro convenios de Ginebra y al Art. I del Protocolo II adicional de 1977. Algunos señalan la diferencia de conflictos en que el primero atiende las confrontaciones entre grupos o facciones que han escapado al control de las autoridades, mientras que el protocolo II (Art. 1-1) se refiere al enfrentamiento entre fuerzas regulares y fuerzas insurgentes. Finalmente, a esta categoría no corresponden las tensiones internas y los disturbios interiores. **QUINTANA Juan José**. Ob. Cit. Pags. 305 y 306.

⁴²⁵ **QUINTANA Juan José**. Ob. Cit. Pags. 305 y 306.

⁴²⁶ Estatuto de Roma Art. 8º

⁴²⁷ En el marco internacional actual el mayor desarrollo de protección de la justicia internacional reside en el establecimiento de la CPI, como mecanismo idóneo para que a través de esta jurisdicción universal se sintetizen las posibilidades reales de ejercicio y aplicación de estos principios derivados, tanto del DIH como del derecho de los derechos humanos. Además, este umbral de lo que es absolutamente condenable para todos, de lo que no puede dejar de ser aceptado o de lo que es absolutamente inviolable, sin duda ejerce presión en el sistema penal interno, más si se tienen en cuenta escenarios de conflicto armado en donde las más graves conductas punitivas internacionales puedan presentarse. Intervención del defensor del Pueblo en la Revisión de constitucionalidad de la ley 742 del 5 de junio de 2002. Corte Constitucional, sentencia C-578-02 del 30 de julio de 2002

bienes jurídicos (art. 3º Común a los 4 Convenios de Ginebra de 1949)⁴²⁸. Por ejemplo, en el DIH existe la obligación de tipificar las más graves infracciones como delitos en el derecho interno.

Por otro lado, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH-1948) describe el debido proceso como principio y presupuesto del debido enjuiciamiento procesal, así como una garantía contra las torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5º DUDH). De esta forma se consolida un principio de legitimidad en el que deben primar los derechos humanos, en el sentido analizado, desde la justicia material y la igualdad ante la ley (art. 7º DUDH), presunción de inocencia (11º.1 DUDH) y por su puesto el principio de legalidad de la actuación procesal (10º y 11º.2 DUDH)⁴²⁹.

Desde estos instrumentos se reitera la imposibilidad de juzgar conductas que no se encuentren conforme al derecho nacional o internacional, lo cual en alguna medida amplía el concepto del principio de legalidad interno, no obstante, esto dependerá de la recepción en el derecho interno de tales instrumentos y su alcance bajo estos presupuestos⁴³⁰. En este sentido los instrumentos comentados indican que deben ser hechos relacionados como delictivos específicamente, no simplemente violaciones. Cabría analizar, en este caso, si se trata de hechos descritos sólo en el derecho internacional y no en el derecho interno. Por otra parte, el Tribunal interno podría válidamente, acudir a la prohibición internacional para demandar a partir de allí sus efectos en la legalidad penal interna⁴³¹. En

⁴²⁸ **O'DONNELL DANIEL, UPRIMNY INES MARGARITA Y VALENCIA VILLA ALEJANDRO** ob. Cit. 2002, PAG. 381

⁴²⁹ El mismo se describe en los siguientes términos: "Artículo 11.2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito". CFR. Arts. 7º, 10º y 11.1. DUDH. Ibídem PAG. 16.

⁴³⁰ En tratándose de DIH la incorporación automática y la primacía de la norma internacional deben acompañarse de su integración en el ordenamiento jurídico para que resulte eficaz en el estado correspondiente. De igual forma la falta de eficacia no significa la inexistencia de la norma.

⁴³¹ Por ejemplo, en el caso alemán, el artículo 25 de la Constitución alemana establece que las reglas de derecho internacional hacen parte integrante del derecho nacional. Es decir, las normas del derecho penal deben interpretarse de conformidad con el DIH, solamente bajo la restricción del principio de legalidad en la cual ninguna disposición relativa a la responsabilidad individual puede derivarse en la regla constitucional mencionada. En este caso el código penal ordinario cobijaba de manera suficiente los actos cometidos en tiempos de guerra hasta el 2002, en Alemania no se había adoptado ninguna norma para penalizar las violaciones del DIH. Esta técnica se conoce como sistema de doble incriminación, en el cual disposiciones internas tipifican tanto actos de carácter ordinario o de derecho penal interno, como actos contrarios a lo

fin desde el DIH no parece tener cabida esta serie de posibilidades pues como se señaló en los instrumentos respectivos se remite a la codificación penal interna, pues no son autoejecutables⁴³². En la segunda parte del presente trabajo se tratará esta situación, por lo pronto se tiene claro un cuerpo jurídico destinado a la protección internacional que culmina con la configuración de unos crímenes internacionales.

Alrededor del alcance de instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCYP), se observa un serio avance de las normas internacionales con prevalencia frente a las normas internas, pero este fundamento solamente puede partir de la interpretación del principio de legalidad en perspectiva de los cambios analizados. Ahora bien, el concepto de vulneración se encuentra asociado a situaciones tales como los atentados de lesa humanidad que tienen una connotación especial en el caso de las diversas manifestaciones de las violaciones de derechos humanos, lo cual se examina a continuación.

1.4. El concepto de lesa humanidad. Antecedente de la prohibición y configuración de crímenes internacionales.

El término delito o crimen de lesa humanidad significa agravio extremo e intencional producido a la Humanidad y proviene de la voz latina *laedsa*, que denota sufrimiento o dolor. Inicialmente el marqués de Beccaria los menciona en su obra *De los delitos y las penas* como delitos de *lesa majestad* provenientes del digesto de Justiniano, porque tienen por objeto hacer daño a la sociedad o destruirla, ya que constituyen los hechos más graves, o también porque se pueden catalogar como delitos mayores en comparación con otros⁴³³.

Este aspecto es relevante al determinar que existe una categoría mayor que los crímenes ordinarios por cuanto pertenecen a otra categoría penal especial. Así mismo, el término humanidad, asociado a esta connotación, quiere significar la esencia a lo propio,

previsto en disposiciones adoptadas en instrumentos internacionales. PRIETO SANJUAN Rafael. Ob. Cit. 2010. Pags 65 y 66

⁴³² Ibid. Pag. 62.

⁴³³ **BECCARIA Cesare Bonesana Marqués de**. Tratado de los delitos y las penas. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina 1993. PAG. 74

inherente o consustancial al hombre. Según la Comisión Andina de Juristas, el sentido actual de esta conducta se refiere al daño extremo o lesión causada al hombre por el Estado, sus agentes gubernamentales o particulares, quienes obren en nombre del Estado, con su apoyo directo o indirecto, su aceptación o asentimiento⁴³⁴. En este concepto se observan factores de legalidad como el daño extremo, lesión causada por el Estado o sus agentes, crimen preponderante, entre otros factores susceptibles de configuración internacional. En todo caso esta definición parte desde la responsabilidad del Estado.

Dicho concepto, junto con las prohibiciones de la ley humanitaria fue utilizado en 1915 con ocasión del asesinato masivo de los armenios por parte del Imperio Otomano. En aquella ocasión se expuso la posibilidad de expedir un manifiesto original de las grandes potencias (Estados Unidos, Francia, Rusia y Gran Bretaña) para protestar el hecho, asunto que propició una propuesta inicial tendiente a denominar estos hechos como “crímenes contra el cristianismo y la civilización”; sin embargo, debido a las consecuencias que esto podría generar en las Colonias de Francia y Gran Bretaña, se prefirió optar por el término Crímenes de Lesa Humanidad⁴³⁵. Este concepto inicial también aparecía vinculado al contexto de los conflictos como una extensión del *ius in bello*, en los episodios de la Primera Guerra Mundial, como categoría de crímenes comunes, caracterizado por atentar contra leyes o principios de la humanidad⁴³⁶. Bajo este panorama, se determinó crear una comisión para investigar violaciones (1919) como masacres, terrorismo sistemático, tortura de civiles, violación, deportación de civiles,

⁴³⁴ **GOMEZ LOPEZ Jesús Orlando.** Crímenes de Lesa Humanidad. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá D.C. 1998, PAG. 33

⁴³⁵ **COMISION ANDINA DE JURISTAS.** La Corte Penal Internacional y los Países Andinos. Tercera Edición. Ed. Comisión Andina de Juristas. Lima, Perú. 2007. PAG. 170.

⁴³⁶ El antecedente mencionado se presentó al terminar la Gran Guerra (Primera Guerra Mundial). En la conferencia preliminar de paz de París (1919-1920) se decidió crear una comisión para investigar las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra cometidas por el Imperio Alemán y sus aliados por tierra, mar y aire. En el informe del 29 de marzo de 1919 se especificó que de los numerosos documentos se evidenciaba que –despreciando las regulaciones explícitas, las costumbres establecidas y los claros dictados de la humanidad– Alemania y sus aliados habían acumulado ultraje tras ultraje, para su eterna deshonra. En consecuencia se recomendaba crear un Alto Tribunal que tendría que aplicar los principios del derecho de gentes, los usos establecidos entre los pueblos civilizados de las leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública. Se retoma así la cláusula Martens. **CAPELLA I ROIG Margalida.** La tipificación Internacional de los Crímenes de la Humanidad. Editorial Tirant Lo Blanche, Valencia España, 2005 PAG. 38

internamiento de civiles en condiciones inhumanas, trabajo forzoso de civiles en conexión con operaciones militares del enemigo, entre otras⁴³⁷.

Con el desarrollo de las leyes de la guerra, del derecho internacional humanitario, del derecho de los derechos humanos y de la creación de tribunales internacionales para juzgar a los responsables de crímenes atroces, la comunidad internacional fue llegando a un consenso en torno a la necesidad de proscribir en el derecho internacional los crímenes más atroces en contra de la humanidad, es decir elementos de legitimación de estos nuevos crímenes. Sobre este punto, la Segunda Guerra Mundial permitió en los crímenes objeto de análisis, desarrollar una doctrina propia en virtud del Tribunal de Núremberg, establecido mediante el Acuerdo de Londres de 1945. Dicho tribunal tenía plena competencia para juzgar crímenes de lesa humanidad cometidos por los nazis, tales como el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos contra la población civil cometidos por motivos de persecución política, racial o religiosa⁴³⁸. En el próximo capítulo se ampliará esta discusión. Este consenso fue construido a lo largo de varios siglos, pero su mayor y acelerado desarrollo se dio después de finalizada la Segunda Guerra Mundial. La evolución de varios de estos crímenes fue acogida por el Estatuto de Roma, en sus artículos 6, 7 y 8, pues en él se recoge la definición de tales crímenes, junto con los ámbitos y contenidos específicos para su aplicación⁴³⁹.

Las bases citadas construyeron el principio de legalidad penal Internacional, en el cual se observa nuevamente que, tras las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, se representó en la consolidación de crímenes para el caso de los judíos europeos. Así, la opinión pública se vio conmovida una y otra vez por la comisión de crímenes de gran magnitud, dirigidos o encubiertos por el Estado, pues faltó voluntad política para sancionar tales conductas⁴⁴⁰. Sin duda estos actos afectaban a la comunidad internacional en su

⁴³⁷ Finalmente, la comisión, debido a las objeciones norteamericanas sobre la extensión a las violaciones de los principios de humanidad, recomendó no incluirlas en los posteriores tratados de paz y solo se refirieron a los actos cometidos en violación de las leyes y de las costumbres de la guerra. A pesar de que se abandonó este término, los representantes franceses e ingleses manifestaron que las leyes y costumbres de la guerra también incluían las "Leyes de Humanidad" **IBÍD.** PAG. 39

⁴³⁸ COMISION ANDINA DE JURISTAS, Ob. Cit. PAG. 171

⁴³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-578 de 2002. M.PAG. Manuel José Cepeda.

⁴⁴⁰ WERLE George. Ob. Cit. 2011 PAG. 37

conjunto y no solo a los infractores *vis a vis* con el Estado. Es decir, representaban atentados contra la Humanidad que desde entonces, permitieron el reconocimiento de tales factores, como elementos de legalidad internacional.

De igual forma, tan solo con los hechos narrados de la Ex Yugoslavia y Ruanda, las Naciones Unidas decidieron instaurar los Tribunales Internacionales *ad hoc* que permitieron reforzar la validez del derecho penal internacional, reiterar los delitos contra la humanidad y hacer efectivas condenas por tales actos; hecho que culmina con el Estatuto de la CPI que entró en vigencia en el 2002, como primera codificación comprensiva del Derecho Penal Internacional. Esta institución permitió instaurar un foro permanente de la justicia internacional que implica la responsabilidad procesal individual de aquellos que son convocados por la Corte Penal Internacional⁴⁴¹. Más adelante se ampliará este proceso de configuración en los aportes de dichas instancias internacionales.

Además de lo anterior, la redacción de nuevos instrumentos, también propició la inicial creación de crímenes internacionales que propiciaron la extensión de la legalidad penal internacional. Por ejemplo: La Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948)⁴⁴²; la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad⁴⁴³. Los principios de cooperación internacional para la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad⁴⁴⁴. El Estatuto del Tribunal penal Internacional para la Ex-Yugoeslavia, (Art. 5º crímenes contra la humanidad)⁴⁴⁵. El precedente del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, (Art. 3º, crímenes de lesa humanidad)⁴⁴⁶ y por supuesto, el Estatuto de Roma (ER) para el establecimiento de la Corte Penal

⁴⁴¹ IBÍD. PAG. 36 Y 37

⁴⁴² Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 260 A (III), del 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor el 12 de enero de 1951. Entrada en vigor para Colombia el 27 de enero de 1960, en virtud de la ley 28 de 1959. O'DONELL Daniel Et. Al. Ob. Cit. 2002. PAG. 471 a 474

⁴⁴³ Asamblea General UN. Resolución N° 2391 XXIII de 26 de noviembre de 1968. Vigencia 11.11.1970. Colombia no la ha ratificado. IBÍD. PAG.. 475 a 477.

⁴⁴⁴ Asamblea General UN. Resolución N° 3074 (XXVIII) el 3 de diciembre de 1973. IBÍD.PAG. 478 y 479.

⁴⁴⁵Resolución UN. 827 de 25 de mayo de 1993. IBÍD. PAG.

⁴⁴⁶Resolución No 955 de 8 de noviembre de 1994. IBÍD. PAG.

Internacional (CPI), adoptado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas en Roma, el 17 de julio de 1998⁴⁴⁷.

Se puede decir entonces, que los esfuerzos de las Naciones Unidas, en torno a la codificación de algunos crímenes derivados de las graves violaciones del DIH y del DIDH, comenzaron desde los años de 1946 hasta 1996 y su alcance sólo pudo ser asumido por un organismo de carácter internacional e independiente, traducido en la CPI (1998). Mediante este proceso se afirmó la legalidad internacional y por ende la competencia especial en materia penal internacional contenida en el Estatuto de Roma (ER-1998), en el cual se distinguen principios que implican circunstancias de interpretación y expansión en los órdenes internos, más aún si se trata de nuevos límites en materia de legalidad penal.

En este sentido, los delitos de lesa humanidad simbolizan los diversos cambios que hoy se presentan en el derecho penal moderno. Algunos críticos consideran que este concepto internacional de lesa humanidad no corresponde al derecho penal; sin embargo, esto no es correcto, dado que en sus elementos aparece una tipicidad, un supuesto de hecho y una sanción, unos responsables y unos factores de juzgamiento; lo que sucede es que sus consecuencias son internacionales y no residen solamente en el fuero interno de los Estados.

Adicionalmente, como lo afirma Ignacio Berdugo, se advierte la naturaleza especial del derecho contemporáneo a la cual pertenecen estos crímenes pues corresponden a una nueva orientación del derecho penal. El mismo no solo concibe figuras tradicionales de la dogmática penal, sino que debe responder a delitos que por su contenido afectan a la comunidad internacional y cuya titularidad recae en toda la comunidad internacional. Todo ello demanda una actuación penal y procesal inmediata basada en principios internacionales diferente a los que tienen una dimensión nacional⁴⁴⁸. Este aspecto se verifica con mayor razón en la relación del principio de legalidad del DIDH, frente al Derecho penal que se examina a continuación.

⁴⁴⁷ Vigencia del Tratado 1.07.2002. Para Colombia, 1.11.2002, en virtud de la ley 742 de 2002. IBÍD. PAG. 480 a 546.

⁴⁴⁸ **BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio**. El nuevo derecho penal, Editorial Iustel. Primera Edición. Salamanca, España 2012. PAG. 126

2. El principio de legalidad penal en el sistema interamericano

Los desarrollos del principio de legalidad en instancias de protección de los derechos humanos –como por ejemplo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde el periodo de la posguerra de 1945, en diversos casos bajo su juzgamiento–, recurrió a las fórmulas de integración entre las prohibiciones internacionales sobre graves crímenes internacionales y las declaratorias de conformidad del principio de legalidad interna. Este proceder se traduce al extender conceptos consuetudinarios a nivel internacional, como por ejemplo al ratificar condenas en el derecho interno de países como Alemania o Hungría en relación con conductas internacionales⁴⁴⁹.

En el sistema interamericano, los precedentes jurisprudenciales se han construido bajo unos mínimos comunes universales para la aplicación efectiva de la justicia en el terreno de los derechos humanos. En dicho escenario se han generado los presupuestos de justicia internacional desde el nivel de la violación de derechos humanos y sus efectos en materia penal⁴⁵⁰. En la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el art. 9º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos ha servido de parámetro para derivar, a partir de allí, las sentencias sobre el particular; de esta forma, la Corte Interamericana ha podido ampliar el contenido de la tipicidad estricta que entraña dicho principio⁴⁵¹. El contenido de las discusiones, como se ha reiterado en el presente trabajo, se enmarca en las funciones y características esenciales en materia de legalidad. Por

⁴⁴⁹ Se analizan los casos: *Korbely Vs. Hungary*, STEDH 19 september 2008; *Jorgic Vs. Germany*, 74613/01 *Judgment (Merits) Court (Fifth Section)*, 12 de julio de 2007. GIIIL GIL Alicia. La definición de crímenes internacionales. Sistema interamericano de protección de derechos humanos y Derecho Penal Internacional Tomo II. Editorial Fundación Konrad Adenauer Stiftung E. V. Montevideo Uruguay, 2011. Pags. 332 a 335.

⁴⁵⁰ Los anteriores desarrollos internacionales reciben una mayor cobertura si se tiene en cuenta el Foro Interamericano para la Defensa de Derechos Humanos, en el cual también se regulan situaciones particulares de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) a nivel regional. Bajo este presupuesto, vale la pena citar el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Asamblea General mediante la resolución N° 447 de octubre de 1979; el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos humanos, aprobado en el 109º período extraordinario de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (el texto definitivo se produjo el 14 de diciembre de 2000 y entró en vigor el 1º de mayo de 2001); el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos humanos, aprobado por la Asamblea General mediante resolución N° 448, de octubre de 1979, etc. **O'DONELL Daniel**. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa Jurisprudencia y doctrina de los sistemas Universal y Regional. Oficina en Colombia del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá D.C. 2004. Pag. 43 a 46

⁴⁵¹ **GUZMAN DALBORA José Luis**. El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sistema interamericano de protección de derechos humanos y Derecho Penal Internacional Tomo I. Editorial Fundación Konrad Adenauer Stiftung E. V. Montevideo Uruguay, 2011. Pags. 172 y 173

ejemplo, en el principio de *reserva legal* que se refiere al alcance de la ley y su validez, a su expresión previa a los hechos y la forma como debe ser interpretada (*lex pravia*); de igual forma, a la prohibición de integrarla por medio de la analogía (*lex stricta*) y de solventar los vacíos en virtud de la costumbre (*lex scripta*)⁴⁵².

Sobre este punto, es importante destacar que en materia de derechos humanos existen diferentes ámbitos de protección: el ámbito constitucional, el Sistema Interamericano y la protección penal de los derechos humanos. Para algún sector de la doctrina, tiene un carácter restrictivo debido al principio de legalidad, a la prohibición de retroactividad y a los principios generales del derecho penal material y procesal penal⁴⁵³. Desde este concepto, la relación de los diferentes niveles de protección advertidos, ha generado que en la actualidad algunos desconozcan el principio de legalidad o hagan un uso indebido de la analogía en penal. Todo ello desarrolla una noción equívoca y anti técnica, por ejemplo, en los casos de lesa humanidad para delitos que no lo son; incluso esto ha provocado que se pregone la supuesta imprescriptibilidad a nivel interno de numerosos delitos, en menoscabo de la ley y de la Constitución, etc.⁴⁵⁴.

Allí parece situarse todo el problema de la interpretación del principio de legalidad actual, pues en algunos casos las decisiones del juez constitucional, como las del juez del Sistema Interamericano, son pautas de interpretación para el operador judicial penal, pero no pueden sustituir, y menos negar, los principios o las normas penales y procesales que rigen su actuación⁴⁵⁵. A continuación, se discutirán tales aportes con el fin de determinar el alcance de los fundamentos interamericanos que se generan desde la legalidad penal.

⁴⁵² IBÍD. Pag. 174.

⁴⁵³ **PASTOR Daniel**. Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Edit. Grupo editorial Ibáñez. Bogotá D.C. 2009. Pags. 246, 247 y 254 a 266. **TAMAYO ARBOLEDA Fernando León**. El principio de tipicidad como límite al poder punitivo del Estado. Revista Nuevo Foro Penal. Vol 9 No 80. Enero- Junio de 2013. Edit. Universidad EAFIT, Medellín, Colombia 2013. Pags. 56 y 57 APONTE CARDONA Alejandro 2010. Ob. Cit. Pag. 107 y 108

⁴⁵⁴ IBÍD. Pag. 254 a 266 107 y 108

⁴⁵⁵ IBÍD. Pag. 108

2.1. El nivel orientador de enjuiciamiento efectivo y de seguridad jurídica de la legalidad penal del sistema interamericano

A partir de lo expuesto se analizará si en el sistema interamericano se identifica la noción atendible de legalidad penal y si a partir de este enfoque, aparecen presupuestos que evidencien una nueva noción del sistema frente a dicho principio. En este sentido, los límites concretos del principio de legalidad, frente a este escenario, se pueden observar en la naturaleza de las decisiones tomadas en casos concretos donde se observan vulneraciones al núcleo duro de los Derechos Humanos⁴⁵⁶. En este caso, la sentencia demarca el objeto concreto de valoración. Por ejemplo, en el caso Masacre de Mapiripán, vs. Colombia, se refiere a la responsabilidad estatal que surge de la violación de una obligación internacional, sin importar su origen, ya sea convencional, consuetudinario u otro (como un acto unilateral de un Estado), siempre que la violación se pueda atribuir al Estado⁴⁵⁷. Es decir, el obligado jurídicamente no es individual, sino que se considera como responsable al Estado. Entonces el examen de legitimidad se encuentra corregido por la sentencia y de allí se deriva por supuesto la afectación penal, sobre todo en el segundo escenario del sistema interamericano relacionado con las transiciones democráticas de los Estados y los problemas asociados a la impunidad por abusos del pasado⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ La Corte Interamericana condenó al Estado Colombiano por considerar que había violado el derecho a la libertad, vida e integridad personal, el derecho de circulación, los derechos de los niños, los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial de los familiares de las víctimas, entre otros. **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, Caso de la "Masacre de Mapiripán" VS. Colombia. Sentencia de 15 Septiembre de 2005. Puntos Resolutivos, PAG. 180 y 181. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_espag.pdf. Consultada el 30.11 de 2013.

⁴⁵⁷ En este orden de ideas, la sentencia menciona que la noción de la responsabilidad internacional tiene esos dos elementos sustanciales que deben ser concomitantes. Así lo establece la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en los artículos 2 y 4 sobre la responsabilidad estatal por actos ilícitos, algunos de los cuales han sido considerados por la Corte Internacional de Justicia como el Derecho Internacional general de naturaleza consuetudinaria. Como tales constituyen el derecho vigente y, como derecho consuetudinario, solo evolucionan con la misma costumbre internacional que depende de la voluntad y práctica de los Estados y que aun en ese caso no se aplica a un Estado objetor. **IBÍD.** PAG. 85. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_espag.pdf. Consultada el 30.11 de 2013.

⁴⁵⁸ En este momento surgen informes y litigio de casos relacionados con los límites de las amnistías y los derechos de verdad, justicia y reparación. Se trata de eliminar los resquicios de los sistemas represivos, tales como el abuso del estado de excepción, los límites al habeas corpus y el uso arbitrario de la justicia penal militar. **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, año 13, Número 1, diciembre. Buenos Aires Argentina, 2012. Pag. 7

Por otro lado, dado que se evidencia que participaron los particulares en las violaciones valoradas, la Corte Interamericana estableció, con respecto a la responsabilidad, que el Estado no debe responder por los actos de los miembros de grupos de autodefensa o de la subversión, en los términos del derecho internacional de la responsabilidad de los Estados, sino que el Estado responde por la omisión de sus autoridades que, estando en condiciones de proteger a la población, no lo hicieron⁴⁵⁹. De allí el ámbito general de las violaciones y la dificultad para enmarcar la responsabilidad individual que ya le corresponde al nivel punitivo. En tal virtud, la decisión se encamina a cumplir con la obligación de enjuiciamiento de las personas, pero no se compromete con el procesamiento, pese a que revela múltiples pruebas y elementos de contexto que posiblemente permitiesen tal deducción. Esto se observa en una de las primeras cláusulas de condena de la decisión comentada, en la cual se señala que el Estado debe adelantar en un plazo razonable la investigación⁴⁶⁰.

Tomando en cuenta lo anterior, el sentido de legalidad que impone este foro internacional se centra en el juzgamiento del Estado bajo la relación evidente de la legalidad penal y la legalidad internacional del sistema interamericano, frente al incumplimiento de las funciones principales de protección y el cumplimiento de los derechos humanos, mas no en la definición de responsabilidades personales individuales que corresponden solamente al estatuto punitivo de los Estados. Bajo esta perspectiva el sistema de derechos humanos es mucho más amplio que el sistema punitivo que es más restrictivo y limitado, sin embargo, muchos conceptos e ingredientes sobre violaciones de derechos humanos, que a su turno corresponden a bienes protegidos penalmente, también han tenido como fundamento las sentencias del sistema interamericano, por ejemplo, los asuntos relacionados con violaciones de derechos humanos en el DIH. En el concepto de Pastor este escenario constituye uno de los factores de expansión del derecho penal y por ende de mayor eficacia en perjuicio de los derechos del procesado⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, Caso de la "Masacre de Mapiripán" V/S. Colombia. Sentencia de 15 Septiembre de 2005. Puntos Resolutivos, PAG. 86. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_espag.pdf. Consultada el 30.11 de 2013.

⁴⁶⁰ Señala la sentencia que "el Estado debe realizar inmediatamente las debidas diligencias para activar y completar eficazmente, en un plazo razonable, la investigación para determinar la responsabilidad intelectual y material de los autores de la masacre, así como de las personas cuya colaboración y aquiescencia hizo posible la comisión de la misma, en los términos de los párrafos 295 a 304 y 326 de la Sentencia". IBÍD. Pag. 180

⁴⁶¹ **PASTOR DANIEL** Ob. Cit. Pag. 244

Esta valoración refleja la primera concepción de los delitos y las penas que se consagra en el principio de legalidad, además de su función política, limitadora y garantizadora⁴⁶². A esta función habría que añadir que en el sistema interamericano se consagra la tercera concepción del principio de legalidad, cuyo presupuesto es de naturaleza procesal, la cual se dirige hacia la materialidad de un juicio justo efectivo, noción que integra un concepto de legalidad que no está aislado como sucede en la dogmática penal. Para Cadavid Botero, esto representa en cierta medida colisión entre los derechos e intereses de la persona sometida al *ius puniendi* estatal y los derechos de quien ha sido víctima de una actuación delictiva o los de la comunidad humana toda, que sería la agraviada con la comisión de los delitos por ejemplo de lesa humanidad, lo que según su criterio, ha supuesto en la práctica una relativización de los derechos de la persona sometida al poder punitivo del Estado⁴⁶³. En todo caso, todo lo anterior contrariamente enlaza el principio de la supremacía de la ley, la soberanía, popular, la lucha contra el poder de jueces y administradores y el imperio de la certeza jurídica, etc.⁴⁶⁴

En estos casos, la estructura del sistema jurídico, entonces, se soporta en postulados democráticos, frente a cualquier sistema totalitario. La legitimidad del sistema descansa entonces, sobre límites infranqueables y asegura el enjuiciamiento para los ciudadanos. Por ello el sistema penal guarda estrecha relación con las coyunturas políticas y determina la estabilidad democrática que se expresa en su función limitadora, en los términos de su expresa determinación y con ello en su eje de seguridad, en virtud de la certeza legal en materia penal⁴⁶⁵. Esta función contemporánea de la legalidad penal para algunos ha sido considerada también en forma negativa pues el principio de legalidad bajo esta condición, se generaliza mediante su plasmación en diversos instrumentos internacionales y se observa cómo un no precisado ‘Derecho internacional’. Según

⁴⁶² **GUZMAN DALBORA José Luis**. Ob. Cit. Pag. 174.

⁴⁶³ Esto se presenta, bien sea en el momento del proceso o en el del cumplimiento de una eventual condena, que deberían ser sometidos a un proceso de ponderación con los derechos de las víctimas y que ha conducido al cuestionamiento acerca del alcance de los primeros. **CADAVID QUINTERO Alfonso**. Constitución y Teoría del Delito. Artículo compilado en el texto: Derecho penal y Constitución (Memorias). Editorial Fondo de Publicaciones, Universidad Sergio Arboleda. Bogotá D.C. 2014 Pag. 215

⁴⁶⁴ **GUZMAN DALBORA José Luis**. Ob. Cit. Pag. 174.

⁴⁶⁵ **IBÍD.** Pag. 174.

Velásquez en estos casos, se torna en fuente del Derecho penal, para desdibujar la idea de seguridad jurídica que solía acompañar a su tradicional formulación⁴⁶⁶.

Al respecto, se observa que esta prevención solamente descansa en dicho principio de seguridad jurídica desde una perspectiva dogmática de la legalidad penal, de tipo carácter intra jurídico y no en su relación con las demás consecuencias actuales que determinan su configuración en el Estado social de Derecho. En la relación del derecho penal y principio de legalidad con los derechos humanos la discusión de Velásquez no profundiza en sus elementos esenciales que son objeto de valoración, la cual tiene las consecuencias que se analizan en el siguiente punto.

2.2. La reserva de ley en la creación de delitos y penas. -Legalidad Previa y estricta-

El art. 9º de la Convención Americana de Derechos humanos establece un margen de interpretación inicial, en su sistema de legalidad, al señalar que nadie podrá ser condenado por acciones u omisiones que en el momento no fueran delictivas conforme al derecho aplicable⁴⁶⁷. En este caso podría predicarse la extensión del principio de legalidad penal, bien en virtud del derecho nacional aplicable o del derecho internacional aplicable o los dos. Esta misma regla también hace parte del art. 7º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ Velásquez sostiene que por tales motivos, a la par de esas plasmaciones y de la interpretación que hacen los tribunales globales de ellas, se da cabida a fenómenos tan odiosos como la retroactividad de la ley penal en desfavor del reo aún en casos de cambios jurisprudenciales, la imprescriptibilidad de crímenes considerados como de lesa humanidad, la penetración de la costumbre en el ámbito del Derecho penal –algo que por ahora parece inevitable–, la aplicación de la analogía en desfavor del reo, el juzgamiento con base en los principios generales del derecho, etc. **VELASQUEZ VELASQUEZ Fernando**. Constitución y Principio de Legalidad. Pag. Artículo compilado en el texto: Derecho penal y Constitución (Memorias). Editorial Fondo de Publicaciones, Universidad Sergio Arboleda. Bogotá D.C. 2014. Pag. 261

⁴⁶⁷ El texto del artículo 9º establece lo siguiente: “**Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad:** Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm. Consultada el 7.12.2013.

⁴⁶⁸ **GUZMAN DALBORA José Luis**. Ob. Cit, Pag. 175.

En todo caso, en las sentencias de la Corte IDH este presupuesto ha sido matizado y en su lugar ha prevalecido la interpretación conforme al derecho interno, mas no la interpretación sobre la ampliación internacional que se observa en el art. 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, comentada anteriormente⁴⁶⁹. Por ejemplo, en el caso “García Asto y Ramírez Rojas contra el Perú”, se analizó en la sentencia que los hechos relacionados con la detención y juzgamiento de tres personas por presuntos delitos de terrorismo, presentaban problemas de indeterminación de conductas⁴⁷⁰. Aquí el problema de legalidad radica en la indebida legislación de tipo indeterminada⁴⁷¹. Este hecho se originó no solo por la intervención de innumerables actos jurídicos de dilatación de la actuación, sino también por presuntos hechos de terrorismo que nunca fueron probados⁴⁷². En la misma situación se encontró a la tercera persona, con la diferencia de que esta última, en el momento de la sentencia (2005), todavía seguía detenida, procedimiento que se produjo desde el año de 1991⁴⁷³.

Por otra parte, el contexto jurídico del caso implicó el análisis de un código penal de Perú de 1991, promulgado mediante Decreto Legislativo No. 635, del 3 de abril de 1991, que tipificó en su Título XIV los Delitos contra la tranquilidad pública, y en su Capítulo II, los delitos de terrorismo (art. 319), terrorismo agravado (art. 320), colaboración con el terrorismo (art. 321) y pertenencia a una organización terrorista (art. 322), entre otros. Así mismo, se tuvieron en cuenta en la decisión otros decretos posteriores que adicionaron y modificaron tanto la ley sustancial penal como los procedimientos internos⁴⁷⁴. Frente a

⁴⁶⁹ IBÍD. Pag. 175.

⁴⁷⁰ **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, García Asto y Ramírez Rojas contra el Perú, de 25 de noviembre de 2005. PAG. 31. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_espag.pdf. Consultada el 7.12.2013

⁴⁷¹ Además, en este precedente dos de las personas juzgadas fueron absueltas en el proceso, pero su detención se prolongó desde 1995 hasta el año de 2004. **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, García Asto y Ramírez Rojas contra el Perú. Ob. Cit. Pag. 31.

⁴⁷² IBÍD.. Pag. 58

⁴⁷³ Igualmente, en el caso revisado se presentaron múltiples acciones por parte de las autoridades judiciales para mantener a las personas víctimas de los hechos privadas de su libertad IBÍD. Pag. 58

⁴⁷⁴ La sentencia analiza, entre otros, un punto que regula y modifica la ley ordinaria a través de ciertos decretos excepcionales. Además de limitar algunas garantías, suspende la acción de *habeas corpus* en principio y después la revive mediante otros decretos. En este caso los hechos del proceso y las detenciones realizadas se relacionan directamente con las normas expedidas y complementadas, lo cual fue objeto de vulneración. El texto de la sentencia señala: “[...]En el marco de la legislación antiterrorista emitida en el Perú, el 5 de mayo de 1992 se promulgó el Decreto Ley No. 25.475 que “Establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio”, el cual tipificó, entre otros, los

este punto, la Corte IDH resolvió que las instancias penales deben acoger en forma estricta la ley penal interna⁴⁷⁵. Por otra parte, los actos judiciales procesales realizados fueron declarados ilegales por contrariar el art. 7º de la Convención, relativo a la protección de la libertad de las personas y requisitos de la detención. Es decir, se violaron principios relacionados con la legalidad procesal⁴⁷⁶. En este caso no aparecen diferencias con la interpretación de los límites de la legalidad penal, por el contrario, se complementan las dos nociones en situaciones en las cuales no es viable pregonar desmedro de garantías de la persona enfrentada al poder penal⁴⁷⁷ pues se trata de afirmar la seguridad jurídica para todos los ciudadanos frente a elementos legales lesivos de la sociedad. Si bien se denota una preocupación por el alcance de las decisiones interamericanas en el orden penal, lo evidente es que se debe mirar cada caso particular a fin de evitar generalizaciones no correspondientes con la misión de protección jurídica en materia de derechos humanos.

En el asunto examinado, se dejó en claro con respecto al principio de legalidad penal, que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, para que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales, asunto que debe valorar el juez en el caso concreto. Por tal motivo, los Estados deben extremar precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas, previa verificación de la efectiva existencia de la

delitos de terrorismo, colaboración con el terrorismo y afiliación a organizaciones terroristas, y estableció reglas procesales para la investigación y juzgamiento de dichos delitos. El mencionado Decreto derogó el capítulo II del Código Penal de 1991 (supra párr. 97.1). Ese mismo año se emitió el Decreto Ley No. 25.659 que tipificó el delito de traición a la patria, el cual era una modalidad agravada del delito de terrorismo establecido en el artículo 2 del Decreto Ley No. 25.475. El artículo 6º del Decreto Ley No. 25.659 dispuso la improcedencia de la acción de garantía de hábeas corpus en los casos de terrorismo y traición a la patria...". **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, García Asto y Ramírez Rojas contra el Perú. Ob. Cit. Pag. 31.

⁴⁷⁵ Aquí también se discute el alcance de los decretos legislativos del ejecutivo que complementan la ley penal, no necesariamente en la búsqueda de su determinación, sino para ocasionalmente establecer normas que contradicen tal determinación estricta. **IBÍD.** Pag. 31.

⁴⁷⁶ Así mismo se determinó que se vulneró el recurso judicial efectivo y la garantía judicial, entre otros aspectos (por ejemplo: habeas corpus, debido proceso, presunción de inocencia). **IBÍD.** Pag. 31

⁴⁷⁷ Este concepto lo enuncia Daniel Pastor como una de las críticas del desborde neopunitivista que inspira el derecho penal de los derechos humanos. **PASTOR Daniel** Ob. Cit. Pag. 247

conducta ilícita⁴⁷⁸. Del mismo modo, este principio implica que una persona no puede ser penada por un hecho que no era considerado un delito, punible o perseguible cuando fue cometido⁴⁷⁹.

En síntesis, se renueva el criterio tradicional del principio de legalidad, a nivel jurisprudencial, pese a la amplitud referida en el artículo 9º de la Convención analizada; además se conserva la certeza interna como factor de valoración de las conductas punibles con sanciones penales, junto con la prohibición de irretroactividad de la ley penal⁴⁸⁰. En todo caso, se conservan las garantías tradicionales del principio de legalidad en el criterio de la Corte IDH, no solo en este caso sino en muchos otros⁴⁸¹; sin embargo, en el asunto examinado de Perú, las autoridades judiciales fueron las que vulneraron el principio de legalidad, dado su incumplimiento tanto en el aspecto limitador legal como en el terreno de las garantías judiciales. Es decir, la tendencia de la Corte IDH ha sido especialmente respetuosa del derecho interno, instando a que los jueces no incurran en penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico⁴⁸². Estas normas fueron expedidas contra presuntos disidentes del gobierno, en regímenes autoritarios, lo que además les resta el carácter de constitucionales⁴⁸³, de normas legítimas y por lo tanto de

⁴⁷⁸ **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, García Asto y Ramírez Rojas contra el Perú. Ob. Cit. PAG. 31. Pag. 31

⁴⁷⁹ En el caso concreto se consideró:[...] En relación con el tipo penal básico de terrorismo establecido en el artículo 2 del Decreto Ley No. 25.475, es preciso indicar que este Tribunal no ha encontrado elementos para concluir que existe una violación del artículo 9 de la Convención, toda vez que dicho tipo penal fija los elementos de las conductas incriminadas, permite deslindarlas de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales y no contraviene otras normas de la Convención Americana [...]Igualmente la Corte IDH consideró en este caso que al calificarse una conducta con dos tipos penales, por parte de las autoridades judiciales peruanas, relativas a colaboración con el terrorismo y afiliación a organizaciones terroristas establecidos en los artículos 4 y 5 del Decreto Ley No. 25.475, respectivamente, se vulneró el principio de legalidad establecido en la Convención, por tratarse de tipos penales excluyentes e incompatibles entre sí. **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, García Asto y Ramírez Rojas contra el Perú. Ob. Cit. Pag. 90.

⁴⁸⁰ En el primer proceso cursado en contra de una de las víctimas, la Corte IDH también consideró como otro factor de vulneración del principio de legalidad, el de irretroactividad de la ley penal, por cuanto le fueron imputados ciertos actos que se llevaron a cabo con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1991, vale decir por hechos delictivos ocurridos en los años de 1987, 1988, 1989 y 1990 (*supra* párr. 97.83). IBÍD. Pag. 92

⁴⁸¹ Por ejemplo el caso "Almonacid Arellano y otros contra Chile". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_espag.pdf. Consultada el 7.12.13

⁴⁸² **GUZMAN DALBORA José Luis**, Ob. Cit. PAG. 176

⁴⁸³ Por ejemplo, en el caso de Perú se expidieron decretos leyes tras la ruptura constitucional de abril de 2002. Vale citar el decreto No 25475, del 6 de mayo de 1992, sobre terrorismo y el Decreto No 25659, del 13

derecho aplicable en términos de seguridad jurídica. La legitimidad de tal legislación, contradice en este caso al sistema interamericano⁴⁸⁴. Bajo este enfoque subsiste la duda respecto de si es necesario extender el criterio de legalidad penal, en los términos del art. 9º de la Convención de 1969, no por fundamentos legales violatorios del orden jurídico o por asuntos de ausencia de recurso efectivo, sino por razones de justicia material actual, frente al pasado y frente a la ausencia de mecanismos legales precisos.

Por otro lado, Daniel Pastor considera que a este fenómeno se le puede denominar como una de las manifestaciones del derecho penal de los derechos humanos debido a que organizaciones internacionales como el Sistema IDH imponen que la reparación de la violación del DIDH se logra por medio del castigo penal, con lo cual se invierte la función penal del DIDH que de proteger al acusado, ahora promueve la protección de la víctima mediante la condena sin límite⁴⁸⁵. No obstante, para estos casos no resulta adecuada esta posición, dado que en los límites examinados se rebasó por parte del Estado los derechos objeto de protección.

2.3. La Taxatividad o determinación de algunos tipos delictivos. Fundamento de legalidad estricta.

En materia penal prevalece el postulado según el cual el legislador no puede adoptar normas de contenido indeterminado que impidan el desarrollo de normas de contenido vago, cláusulas generales, elementos normativos etéreos y límites demasiado amplios para la decisión del juez. Este fenómeno se puede apreciar en la descripción de tipos abiertos y en las penas indeterminadas de contenido amplísimo en el límite máximo de la sanción⁴⁸⁶. El ejemplo de este caso se presenta en delitos como el terrorismo⁴⁸⁷ que,

de agosto de 1992, que "regula el delito de traición a la patria". Los mismos expresaban una modalidad agravada de los tipos y penas del terrorismo. IBÍD. Pag. 177 y 178

⁴⁸⁴ En este campo de garantías, se puede citar la sentencia "Castillo Petruzzi y otros", mediante la cual se observó que el decreto ley de agosto de 1992, le quitó a los tribunales ordinarios de justicia en Perú, la competencia para conocer los casos de civiles acusados de cometer el delito de traición a la patria, asignando su conocimiento a la justicia militar, sin que existieran las mínimas garantías del debido proceso. Se desconoció: el derecho de todo imputado a conocer la identidad de las personas que lo juzgan, el derecho al juez natural y por tanto se violó la Convención Interamericana IBÍD. Pag. 177 y 178

⁴⁸⁵ **PASTOR Daniel.** Ob. Cit. Pag. 247.

⁴⁸⁶ **GUZMAN DALBORA José Luis.** Ob. Cit, Pags. 179 Y 180

además de su contenido difuso, en muchos casos aparece representado con límites amplios entre el mínimo y máximo de sanción, junto con la asignación de jurisdicciones especiales *ad hoc*, caracterizadas por la falta de garantías de defensa, contradicción en las pruebas y la carencia de recursos para rebatir las decisiones judiciales⁴⁸⁸. En estos casos se presenta la inobservancia del principio de taxatividad que incluye tanto el alcance de la legalidad sustancial como procesal, que puede ser sutil o por el contrario ostensible como en los regímenes totalitarios. Para algunos como Malarino en situaciones como las examinadas, se cuestiona que la Corte IDH hiciera un papel de ampliación de límites de interpretación de la Convención IDH mediante la extensión de su poder de control. Esto se verifica en la ampliación de la base jurídica y temporal que incide en la *facta* sobre la cual puede pronunciarse⁴⁸⁹. Este poder de imposición de lo que puede ordenar en reparación, según este autor incide en la modificación judicial del derecho, en el reconocimiento de nuevos derechos de la víctima no descritos en fuentes convencionales en perjuicio de la persona sometida a procesos judiciales y en la intromisión de la Corte Americana en competencias de las funciones de las autoridades judiciales internas⁴⁹⁰. Si bien esta realidad cuestiona el papel de las decisiones en el sistema IDH, el problema en este caso particular de la legalidad penal, implica una

⁴⁸⁷ Esta preocupación incluso tiene un origen preciso, pues, de acuerdo con lo sostenido por Vito Todeschini: la razón esencial por la que los Estados tienden a calificar al terrorismo como un crimen, se debe al hecho de que se percibe como una amenaza a valores como los derechos sociales, la seguridad física y la vida de las personas y la existencia misma del Estado. También como una manifestación de la violencia política, ya que de hecho el terrorismo tiene como objetivo poner en duda la legitimidad de los gobiernos e instituciones públicas. Sin embargo, el "terrorismo" es además un estigma a través del cual el Estado intenta deslegitimar la base de la violencia política: "Originalmente se utilizó el término 'terrorismo' para describir la violencia de los gobiernos de terror, seguidos después de la Revolución francesa [...]. El significado del término ha cambiado a lo largo del siglo XIX para incluir tipos de violencia no estatal, tales como el asesinato de líderes políticos de profesión anarquista, sentido que más tarde llegó a ser de uso común [...] La razón de este cambio se explica en parte por la búsqueda de un objetivo político claro: definir el terrorismo como 'no convencional' significa una posición específica política y jurídica, generalmente compartida por todos los estados. Las actividades políticas de los grupos armados ilegales, son una forma ilegítima de perseguir y llevar a cabo el fortalecimiento del poder lo cual infrinja las restricciones constitucionales. Las organizaciones políticas se llaman 'terroristas' cuando desafían el monopolio estatal (uso legítimo de la fuerza)". **TODESCHINI Vito**. *Ripensare il Terrorismo nel Diritto Internazionale, JURA GENTIUM - Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, Journal of Philosophy of International Law and Global Politics*. Vol. X, n. 1, Anno 2013. PAG. 9. Disponible en http://www.juragentium.org/Centro_Jura_Gentium/la_Rivista_files/JG_2013_1.pdf. Consultada el 14. 01. 2014.

⁴⁸⁸ **GUZMAN DALBORA José Luis**. Ob. Cit. Pag. 180

⁴⁸⁹ **MALARINO Ezequiel**. *Activismo judicial, punitivización y nacionalización tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho Penal Internacional*. Edit. Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, Uruguay. Pag. 28 y 29.

⁴⁹⁰ *Ibidem* Pag. 29

persistencia en los atentados contra la misma. Sobre todo, cuando se trata de variaciones sutiles que denotan aparente legalidad puesto que, en el caso de ostensibles violaciones, se trata de vulneraciones del mínimo común universal establecido, el cual no concibe un desequilibrio en la distribución de las cargas legales necesarias y socialmente consensuadas de imputación penal⁴⁹¹. Es decir, en los casos objeto de tales modificaciones es necesaria la intromisión interamericana y la modificación del derecho positivo interno, pues la contrariedad afecta los principios establecidos en el art. 9º de la Convención IDH, no obstante la línea trazada por Malarino es sutil y merece detenimiento sobre el posible rebasamiento de límites incluso dentro del propio Sistema IDH.

En todo caso, este espacio de libertad en la elaboración conceptual normativa no puede siquiera permitir las variaciones sutiles advertidas de aparente legalidad, puesto que todo ello hace parte de la construcción de las bases materiales normativas de las reglas de imputación –desde el punto de vista objetivo, subjetivo y personal– que resulta infranqueable frente al concepto de ese mínimo espacio de libertad en la discusión de la definición penal⁴⁹². Según Jesús María Silva Sánchez, este espacio conceptual debe concebir los presupuestos de construcción de la dogmática penal moderna⁴⁹³, pero se debe adicionar a este criterio los presupuestos de los fundamentos y garantías procesales en materia penal, pues estos también regulan los espacios de libertad advertidos, de allí el análisis necesario e integral del principio de legalidad penal.

En lo que respecta a la concepción de la legalidad penal desde el sistema interamericano, se trata de un espacio de libertad conceptual y de la necesidad de la ley, que se expresa en términos democráticos. De allí la orientación sensible al sistema constitucional frente a sus límites, especialmente en el caso de la definición de tipos penales como el terrorismo. En este caso, el fenómeno citado de Perú, se presentó antes de la ruptura constitucional de 1992, puesto que en el Código Penal de 1991 se incorporaban numerosos delitos de terrorismo indeterminados, sin contar con los decretos posteriores que penalizaron estas conductas con fórmulas abiertas e indefinidas, más la adición de la restricción de las

⁴⁹¹ **SILVA SANCHEZ Jesús María.** Crisis del sistema Dogmático del Delito. Cuadernos de Conferencias y Artículos No 40. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2007. Pag. 20 al 22

⁴⁹² IBÍD. Pag. 22

⁴⁹³ IBÍD. Pag. 22

garantías procesales advertidas⁴⁹⁴. En este sentido se expresaban tipos penales demasiado flexibles con elementos de mera participación, con un carácter incierto que se verificaba en actos preparatorios como por ejemplo: “Instigar, planificar, propiciar, organizar o difundir actos de terrorismo”.⁴⁹⁵ Las tipologías anteriores, independientemente de la pena que pudiesen recibir por el hecho principal de Terrorismo del Art. 319, también eran penalizadas en las disposiciones subsiguientes (Art. 321, Cod. Penal de 1991 de Perú), aunque podrían recibir beneficios por colaboración con las autoridades⁴⁹⁶. Adicionalmente, y aunque estos preceptos no tuvieron vigencia más de un año debido a la expedición del decreto ley 25475 de 6 de mayo de 1992, el siguiente decreto No 25659 de 12 de agosto de 1992, complementario del anterior, permitió la configuración de una conducta de traición a la patria que igualmente constituye otro atentado de taxatividad, al determinar para estos casos la prisión perpetua en conductas flexibles e

⁴⁹⁴ En este sentido, Guzmán Dalbora cita el siguiente texto: “Artículo 319: “El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o terror en la población o en un sector de ella, realizando actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la seguridad personal o la integridad física de las personas, o contra el patrimonio de estas, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando para tales efectos métodos violentos, armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad social o estatal, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de diez años”. **GUZMAN DALBORA José Luis**. Ob. Cit. Pag. 181.

⁴⁹⁵ IBÍD. Pag. 181

⁴⁹⁶ Los delitos que se mencionan correspondían al Capítulo II que se denominaba “-Terrorismo”. El mismo fue derogado por el artículo 22 del Decreto Ley N° 25475, publicado el 6 de mayo de 1992 y que modificó el código penal de 1991 de Perú. Los artículos objeto de discusión correspondían a los siguientes: “Artículo 320.- La pena será: 1.- Privativa de libertad no menor de quince años si el agente actúa en calidad de integrante de una organización que, para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utiliza como medio el delito de terrorismo previsto en el artículo 319. La pena será privativa de libertad no menor de veinte años cuando el agente pertenece a la organización en calidad de jefe, cabecilla o dirigente [...]” Por su parte, el artículo siguiente preveía: “Artículo 321.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez años, el que de manera voluntaria obtiene, recaba o facilita cualquier acto de colaboración que favorezca la comisión de delitos comprendidos en este Capítulo o la realización de los fines de un grupo terrorista [...]”. Allí se clasificaban como actos de colaboración, “1.- La información sobre personas y patrimonios, instalaciones, edificios públicos y privados, centros urbanos y cualquier otra que tenga significación para las actividades del grupo terrorista. 2.- La construcción, cesión o utilización de cualquier tipo de alojamiento o de otros elementos susceptibles de ser destinados a ocultar personas o servir de depósito para armas o explosivos, víveres, dinero u otras pertenencias relacionadas con los grupos terroristas o con sus víctimas [...]” Finalmente, para el caso citado el artículo 322 comprendía tales tipologías. Su texto correspondía al siguiente: “Artículo 322.- Los que forman parte de una organización integrada por dos o más personas para instigar, planificar, propiciar, organizar, difundir o cometer actos de terrorismo, mediatos o inmediatos, previstos en este Capítulo, serán reprimidos, por el solo hecho de agruparse o asociarse, con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años...” Código Penal de la República de Perú, Decreto Legislativo N° 635. Promulgado 03.04.91. Publicado el 08.04.91. Disponible en: <http://www.cepal.org/oig/doc/per1991decreto635codigopenal.pdf>. Consultada el 23.01.2014.

indeterminadas⁴⁹⁷. Es decir, los casos aquí tratados se erigían bajo un estado *de facto*, condición especial que genera un concepto en el cual se resta o se anula por completo la legitimidad al principio de legalidad analizado.

En estas situaciones que se pueden calificar como de ausencia de legitimidad de las normas de la legalidad penal interna, es posible también citar casos como por ejemplo *Barrios Altos Vs. Perú*⁴⁹⁸ que establece la prohibición de amnistiar ciertos delitos, la prohibición de prescripción de delitos graves, la limitación de la regla que establece el plazo razonable, etc. Según Malarino, estas decisiones pueden ser denominadas como de activismo judicial⁴⁹⁹ en las cuales la Corte decide más allá del caso concreto y advierte que la regla del caso Barrios altos Vs. Perú, corresponde a una regla creada judicialmente⁵⁰⁰. Frente a este cuestionamiento vale decir que el argumento expresado por Malarino, no toma en cuenta el criterio de legitimidad del sistema constitucional de Perú en el caso particular, situación que fue verificada en las normas cuestionadas de la decisión⁵⁰¹. Además, si bien se trata de una creación del derecho lo cual es fuertemente

⁴⁹⁷ El texto corresponde al siguiente: DECRETO LEY – Regulan el delito de Traición a la Patria. Decreto Ley No 25659. El Presidente de la República, por cuanto, el gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Ha dado el Decreto Ley Siguiente. Artículo 1: "Constituye delito de traición a la patria la comisión de los actos previstos en el artículo 2o del decreto ley número 25.475, cuando se emplean las modalidades siguientes: a) utilización de coches bomba o similares, artefactos explosivos, armas de guerra o similares, que causen la muerte de personas o lesionen su integridad física o su salud mental o danen la propiedad pública o privada, o cuando de cualquier otra manera se pueda generar grave peligro para la población; b) almacenamiento o posesión ilegal de materiales explosivos, nitrato de amonio o los elementos que sirven para la elaboración de este producto o proporcionar voluntariamente insumos o elementos utilizables en la fabricación de explosivos, para su empleo en los actos previstos en el inciso anterior". Artículo 2: "Incorre en delito de traición a la patria: a) el que pertenece al grupo dirigencial [sic] de una organización terrorista, sea en calidad de líder, cabecilla, jefe u otro equivalente; b) el que integra grupos armados, bandas, pelotones de aniquilamiento o similares de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas; c) el que suministra, proporciona, divulga informaciones, datos, planes, proyectos y demás documentación o facilita el ingreso de terroristas en edificaciones y locales a su cargo o custodia, para favorecer el resultado dañoso previsto en los incisos a) y b) del artículo anterior". Promulgado el 7 de agosto de 1992. Publicado el 13 de agosto de 1992 en la Página No 108544. **GUZMAN DALBORA José Luis**. Ob. Cit. PAG. 181. También se puede consultar en la siguiente página web el texto original del Decreto: Disponible en: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/25659.pdf>. Consultada el 23.01.2014.

⁴⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001.

⁴⁹⁹ Malarino define el activismo judicial como la modificación judicial del derecho con el fin de actualizarlo a las necesidades sociales del momento de la aplicación. **MALARINO Ezequiel**. Ob. Cit. Pag. 29

⁵⁰⁰ **Ibíd**em Pag. 31

⁵⁰¹ **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001.

criticado por Malarino⁵⁰², la misma resulta positiva para los intereses jurídicos del Estado reclamante. En estos asuntos prevalece la búsqueda de la corrección del derecho legal pero injusto, bajo una base legal cierta que se deriva de la Convención IDH propiamente.

En general, este fenómeno como bien se analiza no obedece a un protagonismo judicial del Sistema IDH, sino que responde a regímenes caracterizados por gobiernos de facto o situaciones normativas de facto, sobre elementos que pudieron ser manipulados en forma deliberada a nivel legal. En otras palabras, el principio de legalidad es un instrumento del aparato represor antidemocrático que genera un contraste entre sistemas de facto y sistemas de derecho. En el primer caso siempre se van a producir maniobras legales que pervierten el principio de legalidad penal, más cuando se trata de enemigos bajo el pretexto de lucha antiterrorista⁵⁰³. Otro punto final, en este caso, es el de introducir conceptos genéricos que pueden causar confusión teórica⁵⁰⁴, por ejemplo, adicionar a los tipos penales categorías como la peligrosidad que sustituyen características del *ius puniendi* por las características personales del autor etc.⁵⁰⁵.

2.4. La irretroactividad de la ley más gravosa y las excepciones planteadas por la Corte Interamericana. Aplicación de legalidad extendida.

En cuanto a la irretroactividad la Corte IDH es flexible en la aplicación de la legalidad penal, reitera que la norma penal debe existir antes de la ocurrencia de los hechos y que la misma no debe ser desfavorable aun cuando sea posterior al hecho y si lo es no debe

⁵⁰² Malarino señala que la Corte IDH en Barrios altos, apoya reglas jurídicas en cierto tipo de meta conceptos, con lo cual no “encuentra” el derecho, sino que lo crea; y quien así hace, solo viste el decisionismo judicial con un disfraz iusnaturalista. **MALARINO Ezequiel** Ob. Cit. Pag. 32

⁵⁰³ La Corte Interamericana, en sentencia proferida en el caso de Fermín González Vs. Guatemala, de 20 de junio de 2005, indicó que este hecho “constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo”. **GUZMAN DALBORA Jorge Luis**. Ob. Cit. Pags. 184 y 185.

⁵⁰⁴ **IBÍD.** PAG. 185. La Corte señala: “La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación de los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán”.

⁵⁰⁵ Este asunto se puede observar en el siguiente caso del sistema interamericano. **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_espag.pdf. Consultada el 23.05.2015.

ser aplicable. El Estado no debe aplicar de manera retroactiva leyes penales que aumenten las penas, impongan circunstancias gravosas o creen figuras agravantes de los delitos⁵⁰⁶. A pesar de esta tendencia, en casos especiales como el relativo a la desaparición forzada de María Tiu Tojín y su hija de un mes de edad, a manos de militares guatemaltecos y miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil, hecho sucedido el 29 de agosto de 1990, en el cual se realizaron investigaciones infructuosas por el delito de secuestro en la justicia militar de ese país, la Corte cambió de punto de vista, hecho que fue consignado en la sentencia del 26 de noviembre de 2008⁵⁰⁷.

En el fallo se observan elementos complejos de análisis de la desaparición forzada, como por ejemplo los relativos al tiempo de la comisión del delito y la ley aplicable en el caso de los tipos permanentes y su alcance supranacional⁵⁰⁸, toda vez que se aplicó la ley más severa al procesado, así fuere posterior, apelando al periodo consumativo del delito, como por ejemplo la cláusula del Código Penal Alemán. Esta última establece en su art. 2.2, lo siguiente: “si la sanción penal cambia durante la comisión del hecho, se debe aplicar la ley que rige en el momento de su conclusión”⁵⁰⁹. En todo caso este precepto no debe descuidar las previsiones siguientes:

[...] Código Penal Alemán. Art. 2. Título I. Ambito de Validez. § 2. Validez en el tiempo.

(3) Si la ley que rige en la culminación del hecho es cambiada antes de la decisión, entonces ha de aplicarse la ley más benigna.

⁵⁰⁶ En este caso el autor se refiere a sentencias como la declaración pertinente de la sentencia del 25 de noviembre de 2005, en el caso “García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú”, que más o menos indica lo mismo, con la única diferencia de que el Estado peruano aplicó retroactivamente nada menos que su Código Penal, a actos realizados un cuatrienio antes de 1991 (fundamentos 207 y 208). **GUZMAN DALBORA José Luis**. Ob. Cit. Pag. 187.

⁵⁰⁷ **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, Caso Tiu Tojín VS. Guatemala, Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/.../seriec_190_espag.doc. Consultada el 23.05.2015.

⁵⁰⁸ **GUZMAN DALBORA José Luis**. Ob. Cit. Pag. 188.

⁵⁰⁹ **IBÍD.** Pag. 188.

(4) Una ley, que solo debe regir para un determinado tiempo, también es aplicable a hechos que durante su validez son cometidos aun cuando ella haya dejado de tener vigencia. Esto no es aplicable en la medida en que una ley disponga otra cosa [...]⁵¹⁰.

A pesar de la cláusula segunda, se observa que las siguientes retoman el principio de legalidad tradicional, con lo cual debe establecerse con claridad el señalamiento anterior para determinar los efectos de la sentencia objeto de estudio, tendencia que además tampoco es dominante y menos sobre esta base.

En el caso analizado, la Corte IDH señala que en la desaparición forzada de María Tiu Tojín y su hija se reitera el carácter de la conducta, expresado desde la sentencia Velásquez Rodríguez⁵¹¹, sustentado en que la misma no solo constituye un ilícito de naturaleza continua, permanente y pluri-ofensiva, que produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida de

⁵¹⁰ Es importante confrontar esta medida con el título de la norma en su integridad que señala: Código Penal Alemán. Art. 2. *Título I Ambito de Validez. § 2. Validez en el tiempo.* (2) Si la sanción penal cambia durante la comisión del hecho, entonces se debe aplicar la ley que rige en el momento de la culminación del hecho. Con los numerales siguientes 3 y 4 principalmente. **CODIGO PENAL ALEMAN.** Título Alemán: *Strafgesetzbuch, 32a cd., editado por Deutscher Taschenbuch. Verlag, des Verlages C.H. Beck, München, 1998.* Documento de 15 de mayo de 1871 con la última reforma del 31 de enero de 1998. Editorial Universidad Externado de Colombia. Traducción. LOPEZ DIAZ Claudia. Bogotá D.C. 1999 Pag. 5.

⁵¹¹ Los hechos del caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, señalan que según la denuncia presentada ante la Comisión y la información complementaria recibida en los días inmediatamente siguientes, Manfredo Velásquez, estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, "fue apresado en forma violenta y sin mediar orden judicial de captura, por elementos de la Dirección Nacional 2 de Investigación y del G-2 (Inteligencia) de las Fuerzas Armadas de Honduras". El apresamiento había tenido lugar en Tegucigalpa, el 12 de septiembre de 1981 en horas de la tarde. Los denunciantes declararon que varios testigos oculares manifestaron que fue llevado junto con otros detenidos a las celdas de la II Estación de la Fuerza de Seguridad Pública, ubicadas en el Barrio El Manchén de Tegucigalpa, donde fue sometido a "duras interrogaciones bajo crueles torturas, acusado de supuestos delitos políticos". Agrega la denuncia que el 17 de septiembre de 1981 fue trasladado al I Batallón de Infantería donde prosiguieron los interrogatorios y que, a pesar de esto, todos los cuerpos policiales y de seguridad negaron su detención. En el caso examinado la corte señala en los fundamentos No 147: Que el secuestro y desaparición de Manfredo Velásquez corresponde al marco de la práctica de desapariciones a que se refieren los hechos que se consideran probados en los literales a) a d) inclusive. iii) En el caso de Manfredo Velásquez se produjeron las mismas negativas de sus captores y de las autoridades de las Fuerzas Armadas, las mismas omisiones de éstas y del Gobierno en investigar y dar cuenta de su paradero, y la misma ineficacia de los tribunales de justicia ante los cuales se interpusieron tres recursos de exhibición personal y dos denuncias penales (testimonios de Miguel Ángel Pavón Salazar, Ramón Custodio López, Zenaida Velásquez, recortes de prensa y documentos). Por lo tanto reitera en los fundamentos 148. Por todo lo anterior, la Corte concluye que han sido probadas en el proceso: 1) la existencia de una práctica de desapariciones cumplida o tolerada por las autoridades hondureñas entre los años 1981 a 1984; 2) la desaparición de Manfredo Velásquez por obra o con la tolerancia de esas autoridades dentro del marco de esa práctica; y 3) la omisión del Gobierno en la garantía de los derechos humanos afectados por tal práctica. **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras Sentencia de 29 de julio de 1988. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_espag.pdf. Consultada el 1.02.2014.

la persona detenida⁵¹². Además de lo anterior, en este caso se pone de presente la inoperancia de la justicia militar, pues ni siquiera se llegó a dictar apertura de juicio. En esta circunstancia, la no retroactividad de la ley más severa constituye un obstáculo de justicia material que se resuelve con la adición del delito de desaparición de personas en mayo de 1996, incorporado en el código del país bajo observación de la justicia interamericana⁵¹³. El fundamento de tal decisión se sustentó en que era aplicable este delito y no el de secuestro, debido a que se mantenía la comisión de la conducta, toda vez que el destino de María y Josefa Tiu Tojín seguía siendo desconocido para la fecha de la decisión⁵¹⁴.

En este caso se funde la teoría de la Corte IDH con preceptos que impedirían esperar a que se legisle para criminalizar un hecho y posteriormente juzgarlo. Esta postura del sistema interamericano, lo que denota es la capacidad del tribunal para otorgar justicia efectiva, aun cuando se flexibilice la legalidad, sin que esto implique la quiebra del fundamento de legalidad. Sencillamente los elementos posteriores permitieron juzgar un acto que aún permanecía sin juzgamiento efectivo, en parte porque no se conocía el paradero de las víctimas. De todas maneras, en la tradición doctrinaria de la desaparición forzada, se aboga por la interrupción de la conducta de ejecución permanente, cuando se dé el amparo judicial, hecho que se cuestionaba en la sentencia interamericana. Es posible que sea discutible este factor frente a las posturas tradicionales para este delito, por lo menos, frente a tendencias dominantes, incluso desde el ámbito internacional. Este asunto contrapone principios de Derechos Humanos (Indubio Pro-víctima), sobre el principio de legalidad penal. Más allá de la discusión normativa penal, es probable que en este caso la interpretación del derecho, el concepto de interpretación progresiva implica su creación sobre una base jurídica cierta. Sin embargo, se producen circunstancias como la examinada (Caso Tiu Tojín VS. Guatemala, Sentencia de 26 de noviembre de 2008) o el caso Barrios Altos Vs. Perú en que se reconoce el papel creador de la Corte IDH, dentro del sistema tutelar de Derechos Humanos⁵¹⁵. No obstante, esta posibilidad habría

⁵¹² **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, Caso Tiu Tojín VS. Guatemala, Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/.../seriec_190_espag.doc. Consultada el 23.05.2015.

⁵¹³ GUZMAN DALBORA José Luis. Ob. Cit. Pa. 188. fundamentos 87 y 88

⁵¹⁴ IBÍD. Pag. 188

que mirarla más adelante frente a otros aspectos del principio de legalidad penal, sustentados en la violación de derechos humanos.

Conclusiones Tercer Capítulo

1. Los fundamentos tanto de crímenes como de actuaciones penales internacionales advierten que tan sólo hasta antes del siglo XIX, se identificaban con decisiones sobre disputas asociadas a las guerras entre reinos, bajo el concepto de la guerra justa y la tradición consuetudinaria, con fueros que no consultaban Estados de derecho sino leyes expedidas por monarcas. Es decir, el establecimiento de las prohibiciones en los usos y costumbres de la guerra datan de manera indiscutible de los instrumentos del siglo XIX.
2. Las previsiones sobre la guerra aparecen en documentos como la Constitución de los Estados Unidos de 1776 o el Código Lieber de 1863, así como la batalla de solferino de 1859 entre otros, que mencionaban la persecución de crímenes asociados a los Conflictos Armados (Crímenes de Guerra). Estos precedentes junto con la creación de la cruz roja internacional en 1863, la Convención de Ginebra de 1864 y la declaración de San Petersburgo de 1868, sentaron las bases para la creación de fundamentos de persecución internacional que posteriormente se pretenden establecer en el tratado de Versalles de 1919 y los juicios de *Leipzig* de 1922. Se reitera como aporte de investigación el hecho de que sólo hasta el Tribunal de Núremberg se puede identificar un factor trascendental en la persecución internacional de delitos y tal vez, se puede asociar a este fundamento, el comienzo de la justicia penal internacional y por ende de la legalidad penal internacional. Este proceso dio origen al concepto de legitimidad internacional en el terreno de los Conflictos Armados.
3. En el campo de los derechos humanos, el factor asociado al principio de legalidad tanto interna como internacional, ha sido relevante en la consideración inicial de derechos fundamentales en la era post revolución francesa y posteriormente en su

⁵¹⁵ Sobre este punto Malarino destaca cinco aspectos en los cuales se puede cuestionar el papel de creación del derecho por parte de la Corte IDH. Al respecto indica que su papel rebasa el objeto del pacto para el cual fue creada y sigue más bien reglas discrecionales. **MALARINO Ezequiel**. Ob. Cit. Pags. 38 a 41

origen y denominación propiamente de derechos humanos en la posguerra (1948). Estos dos factores se identifican como factores de legitimidad de los derechos humanos mediante este proceso evolutivo. En este orden, el fundamento de lesa humanidad se evidencia como factor común, tanto en la consideración de la protección de los derechos humanos, en virtud de su vulneración en los Tribunales de Derechos Humanos como también desde Nüremberg hasta la actualidad, en la consideración de tales violaciones, como crímenes internacionales.

4. Por otra parte, el principio de legalidad penal en el sistema interamericano y sus avances frente al Derecho Penal, revelan que la reserva de la ley en la creación de delitos y penas, se ha orientado de un lado, en la aplicación en forma estricta de la ley penal interna, sobre todo frente a normas que complementan la ley penal. En este sentido se examinaron precedentes que advirtieron situaciones de normas que contradicen la determinación estricta, al contemplar elementos imprecisos, bastante amplios y flexibles que agravan la punibilidad. Esto junto con la mengua de garantías fue reprimido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sobre todo en regímenes de facto que han determinado la vulneración de la reserva y la certeza legal.
5. También se presenta como resultado de investigación, precedentes del SIDH que excepcionan el principio de irretroactividad de la ley más gravosa. En el caso analizado, el fundamento jurídico de la Corte IDH, determinó que los hechos no habían sido juzgados y que se fallaría en su conclusión, con la última pena vigente. En este sentido se permitió el juzgamiento de casos de desaparición forzada, en los cuales nunca se había presentado justicia efectiva, es decir nunca se había llegado a su juzgamiento final, bajo el argumento de la justicia material que representa un pilar relevante, junto con la seguridad jurídica.
6. Las decisiones del sistema interamericano han sentado una postura rígida para algunas situaciones y ha declarado los actos de vulneración de la legalidad penal, más aún, si los hechos se desarrollaron en contextos de regímenes ilegítimos. No obstante, cuando se ha desconocido el principio de justicia efectiva no ha dudado en proceder a la alteración de la legalidad penal flexibilizando su contenido.

Capítulo IV

El principio de legalidad en la construcción de la Justicia Internacional. Fundamentación desde los Tribunales ad hoc hasta el Estatuto de Roma. (Hacia unas Bases de legitimidad internacional confrontada en una base diversa y ampliada del sistema jurídico penal.)

Introducción al Tercer Capítulo

1. La legalidad penal internacional. Necesidad de justicia por medio de Tribunales de Juzgamiento a partir de las consecuencias de la guerra.

1.1. Los Aportes de Núremberg en la construcción de la legalidad internacional.

1.2.1. El principio de legalidad de Núremberg

1.2.2. La situación especial de los delitos contra la humanidad.

1.3. Los Aportes del Tribunal de Tokio sobre el marco de Núremberg

2. Los Tribunales Ad Hoc en la Construcción de la legalidad penal internacional.

2.1. Los aportes del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia.

2.2. Los aportes del Tribunal de Ruanda.

3. El principio de legalidad en el Estatuto de Roma de 1998 (ER).

3.1. El principio universal de justicia. Presupuesto de legitimidad en orden a la supra legalidad Internacional del Estatuto de Roma (ER).

3.2. De los avances del principio de justicia universal hasta la legalidad penal concebida en la CPI.

3.3. Elementos del principio de legalidad en el Estatuto de Roma

4. El Estatuto de Roma (ER). Relación entre el principio de legalidad y los crímenes de su competencia.

4.1. Relación frente al Genocidio

4.2. Relación de los crímenes de lesa humanidad con el principio de legalidad.

4.3. Relación con los Crímenes de Guerra

4.4. Situación especial de la agresión.

Conclusiones capítulo IV

Capítulo IV

El principio de legalidad en la construcción de la Justicia Internacional. Fundamentación desde los Tribunales ad hoc hasta el Estatuto de Roma. (Hacia unas Bases de legitimidad internacional confrontada con una base diversa y ampliada del sistema jurídico penal)

Introducción al Capítulo IV

En el presente capítulo se pretende demostrar el concepto de legitimidad internacional que finalmente reside en unos instrumentos internacionales específicos que construyen una jurisdicción sobre unos crímenes internacionales, elementos que corresponden a un concepto propio de legalidad penal internacional que después va a causar efectos de diversa índole en los sistemas penales contemporáneos.

La anterior construcción corresponde de un proceso de evolución que tal y como fue confrontado en el capítulo anterior, determinó que en virtud de los desarrollos de la justicia internacional se puede afirmar que la legitimidad internacional de violaciones y graves infracciones se funda en varios frentes. Por un lado, la fundamentación de los bienes jurídicos concebidos desde la protección del DIH como primer estadio en el reconocimiento de prohibiciones internacionales; en segundo lugar, desde los derechos humanos con sus mecanismos de protección internacional. Finalmente, todos estos preceptos devienen en instrumentos especiales, derivados principalmente de las actuaciones en el escenario de los conflictos armados, especialmente en los avances y consolidación del DIDH con el objeto de buscar la justicia efectiva internacional.

Al final de este desarrollo, se puede constatar una noción ampliada del principio de legalidad en el nivel internacional, como factor de legitimación del cumplimiento del DIH en los actos vertidos en el escenario de la guerra. Allí se incumple con la legalidad internacional cuando se incurran en las graves infracciones que deben ser tipificadas en el derecho interno de las altas partes involucradas en un conflicto armado.

En relación con el aspecto señalado, se observa que a partir de esta primera evolución se va a desarrollar un factor universal de cumplimiento de los instrumentos de derechos

humanos, lugar en donde reposa la legitimidad de los Fundamentos susceptibles de protección. Este desarrollo va a permitir el advenimiento de una justicia penal internacional a partir de estos dos factores procedentes bien del DIH o del DIDH. Como se puede ver los mismos sirven de fundamento de la posterior legalidad internacional de los crímenes más graves contra la humanidad, factor de jurisdicción y competencia que generan la legitimidad de instituciones como los Tribunales *ad hoc* o la CPI en la persecución de dichas conductas.

Precisamente, en virtud de este proceso, se observa la construcción a lo largo de 50 años, de un sistema penal internacional que tiene consecuencias puntuales frente al instituto del principio de legalidad y sobre todo en la construcción de la legitimidad internacional de sus instituciones que se proyecta en forma paralela con el sistema penal interno, junto con sus exigencias procesales de persecución que involucran un factor también de justicia material efectiva.

A partir de estas consideraciones es preciso analizar que en las bases del derecho internacional humanitario, en sus comienzos se establecieron prohibiciones internacionales de las graves violaciones, que sólo a través de Tribunales Internacionales vienen a ser identificadas como crímenes de naturaleza punitiva que en forma inobjetable van a causar efectos en el derecho y principios internos de los Estados. Este fenómeno, sin duda va a generar efectos en este principio objeto de estudio y seguramente va a establecer sus posibles nuevas relaciones interpretativas, como se examina a continuación.

1. Tribunales de Juzgamiento y consecuencias de la guerra: necesidad de Legalidad y legitimidad internacional

A principios del siglo XX era importante prever acciones en contra del ejercicio de la fuerza internacional, mediante escenarios como las Conferencias de Paz de la Haya 1899 y 1907. Luego de la Primera Guerra Mundial, conocida como la Gran Guerra, la respuesta de las potencias aliadas y asociadas a las observaciones de la delegación alemana sobre las condiciones de paz (*Conditions de paix-Conditions of peace*), mejor conocida como el

Tratado de Versalles de 1919⁵¹⁶, se traduce en los arts. 227, 228 y 229, que establecieron la creación de Tribunales *Ad Hoc*⁵¹⁷. En dicho instrumento, no sólo se identificó a un Estado como único responsable de las violaciones del derecho humanitario⁵¹⁸, sino también a un individuo el Ex – Emperador Guillermo II de Hohenzollern por su “Suprema Ofensa contra la moralidad internacional y la santidad (carácter sacro) de los Tratados”⁵¹⁹. Pese al esfuerzo anterior, los Tribunales no llegaron a ser creados y solamente las instancias nacionales conocieron en principio de tales delitos⁵²⁰. Se puede afirmar que este comienzo de violaciones corresponde al primer antecedente de justicia internacional en términos contemporáneos.

De igual forma, en virtud del tratado mencionado se estableció una verdadera cláusula de juzgamiento, ante tribunales militares de connotación internacional, para actos de violación a las leyes y costumbres de la guerra; además de una responsabilidad directa debido a los hechos que comprometieron, en la primera Guerra Mundial al Kaiser Guillermo II.⁵²¹ La importancia de este Tribunal radicó en el establecimiento del principio de punibilidad por crímenes de guerra, es decir, no solo creó una de las primeras bases de la legalidad penal internacional, sino que autorizó a los aliados a la creación de tribunales nacionales para juzgar tales crímenes (art. 229)⁵²².

⁵¹⁶ En dicho tratado también se impusieron a Alemania cláusulas territoriales, como la restitución de la Alsacia-Lorena a Francia, o militares, como la reducción de armamentos y efectivos. **PRIETO SANJUAN RAFAEL A.** La Internacionalización de la Jurisdicción Penal. De Versalles a Bagdad. Editorial Biblioteca Jurídica DIKE. Primera Edición. Bogotá D.C. Colombia 2005. Pag. 21

⁵¹⁷ Documento del tratado de Versalles de 1919. Disponible en <http://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/>. Consultado el 9.10.2015

⁵¹⁸ IBÍD.

⁵¹⁹ PRIETO SANJUAN Rafael. Crímenes de Guerra, Infracciones y violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C. 2010 Pag. 35

⁵²⁰ OLASOLO HECTOR. OB. Cit. 2003. Pag. 35.

⁵²¹ PRIETO SANJUAN Rafael. Ob. Cit. Pag. 22.

⁵²² Prieto Sanjuán señala que se reconoció a pesar de todo, la posibilidad de la capacidad penal del individuo, (personas físicas naturales) para el juzgamiento por violaciones de obligaciones internacionales bien convencionales o consuetudinarias exigibles. Así mismo, se estableció en adición que las violaciones de las demás personas a las leyes y costumbres de la guerra contenidas en las convenciones II de 1899 y IV de 1907 podría darse en las jurisdicciones militares de las potencias aliadas. PRIETO SANJUAN Rafael. 2010 Ob. Cit. Pag. 35

De igual forma se estableció la creación de un cuerpo especial para informar sobre las personas que debían ser perseguidas⁵²³. Este modelo sancionador no llegó a implementarse porque al ex emperador alemán nunca se le juzgó, dado el asilo concedido en los países bajos y la negativa de su extradición⁵²⁴.

Este primer intento frustrado de justicia internacional dio origen a la imputación de violaciones graves de carácter internacional a las personas naturales o físicas, procedentes de normas convencionales o consuetudinarias⁵²⁵. Así mismo, las demás personas, comprometidas en la violación de leyes y usos de la guerra terrestre, podrían ser juzgadas por la jurisdicción militar de cada una de las potencias aliadas⁵²⁶. En este sentido se puede establecer un avance importante en materia penal de garantías, dada la constitución de un órgano jurisdiccional internacional, que de paso va a limitar el voluntarismo y descentralización de los Estados para concebir bienes o intereses comunes en la sociedad. También se va a impedir la horca, el paredón y la decapitación sin previo juicio, que eran la regla respecto de quienes resultaban vencidos en la guerra⁵²⁷. Por otro lado, en el período entre guerras se pueden mencionar los esfuerzos de 1937, por parte de la Sociedad de Naciones, al realizar un nuevo intento para la creación de una jurisdicción internacional⁵²⁸, con el desarrollo de la “Convención contra el

⁵²³ La Comisión tenía como función ser un órgano decisorio de las responsabilidades de los autores de la guerra, para la aplicación de las sanciones mediante el informe del 3 de febrero de 1920. En este los aliados pusieron en conocimiento de Alemania los nombres de 896 pretendidos criminales de guerra, aunque por razones políticas la lista se redujo a 45, de los cuales Alemania tan solo juzgó a 12 ante el Tribunal Supremo del Reich (Leipzig), resultando absueltos 6. No se aplicó el art. 228 porque Alemania se negó a la extradición de sus nacionales. BASSIOUNI M. CH. Ob. Cit. 1984. Pag. 61.

⁵²⁴ WERLE Gerhard. Tratado de Derecho Penal Internacional. Traducción Gutiérrez Rodríguez María y otros. 2ª Edición. Ed. Tirant Lo blanch. Valencia España. 2011. Pag. 41

⁵²⁵ Para Prieto Sanjuán, es importante destacar en este Tribunal, la ley alemana de 17 de diciembre de 1919 que otorgaba competencia al Tribunal Supremo de Leipzig, para juzgar a los responsables de las violaciones a las leyes y costumbres de la guerra. Fueron 45 casos seleccionados por Gran Bretaña Francia y Bélgica. 13 Personas condenadas y ninguna por más de dos años de prisión. En un tiempo en que el paredón la horca o la decapitación era la costumbre en el caso de los vencidos en guerra, el establecimiento de un Tribunal era un avance importante. Por otra parte, la constitución de un órgano jurisdiccional internacional constituyó otro avance en la configuración de bienes comunes en la sociedad de naciones de ese entonces. **PRIETO SANJUAN Rafael** Ob. Cit. 2010 Pag. 36 y 37

⁵²⁶ **PRIETO SANJUAN Rafael**. Ob. Cit. Pag. 22

⁵²⁷ **IBÍD.** Pag. 22.

⁵²⁸ **WERLE Gerhard**. Ob. Cit. Pag. 62.

terrorismo”, propuesta que finalmente fracasó por la crisis derivada de la Guerra Civil Española y las acciones de agresión de Alemania, Italia y Japón⁵²⁹.

En síntesis, en este período se produjo una cierta parálisis de los esfuerzos por regular este tipo de actos y conductas internacionales, aspecto que se comenzó a dilucidar durante la Segunda Guerra Mundial⁵³⁰. Puede decirse que solo hasta después de la segunda gran conflagración se cuestionaron los principios que, hasta ese momento, hacían parte del principio de legalidad penal; por ejemplo, se pusieron en tela de juicio las normas penales del régimen nazi que, en la práctica eran normas, pero no derecho y en muchos casos en desconocimiento de las reglas de certeza positivista vigentes en el derecho penal de aquel entonces. Solo con el advenimiento y las decisiones en la posguerra se pudo establecer toda una serie de fenómenos que se analizarán en el siguiente punto.

1.1. Los aportes de Núremberg en la construcción de la legalidad internacional

La construcción de la legalidad internacional en el campo penal, tiene como epicentro dos confrontaciones Universales, un período entre guerras y otro de post guerra mundial después de 1945. En este escenario se puede observar que las motivaciones de una y otra, implican diferencias relevantes en los precedentes derivados del juzgamiento de tales confrontaciones⁵³¹. En efecto, si bien, en la Primera Guerra Mundial, Alemania pretendía la hegemonía de Europa, el régimen nazi tenía por objeto fundar un régimen de mil años, separando a la especie humana en dos categorías irreconciliables: la raza aria y los sub-hombres (judíos y gitanos) que debían ser eliminados o esclavizados⁵³². Este

⁵²⁹ **OLASOLO Héctor**. Ob. Cit. 2003 Pag. 35.

⁵³⁰ **BASSIOUNI M. CH.** Ob. Cit. 1984. Pag. 61

⁵³¹ El fin de la Primera Guerra (1919) supuso para Alemania, la aceptación de unas durísimas cláusulas que inmediatamente fueron ejecutadas: – pérdida de todas las colonias, – separación de Austria, – desaparición de las academias militares y prácticamente de todo el Ejército, y – elevadísimas indemnizaciones. Los alemanes deberían además asumir su exclusiva culpabilidad por la contienda y liberar a los criminales de Guerra. Así se firmó el tratado de Versalles recibido por la nación alemana como una colosal humillación. **JIMENEZ BURILLO, Florencio**. El holocausto nazi y Los juicios de Nüremberg. España: Editorial UOC, Barcelona España, 2007. Pag. 11

⁵³² **PRIETO SANJUAN Rafael.**, Ob. Cit. 2005, Pags. 26 y 27

suceso, que originó el holocausto de 6 millones de judíos en la segunda guerra⁵³³, permitió el desarrollo de la legalidad penal, toda vez que implicó construir tipos penales vinculados a la persona individual y a su vez, propició el desarrollo de un principio de responsabilidad jurídico penal directo ante el derecho internacional⁵³⁴ tal y como se venía discutiendo desde la Primera Gran Guerra a raíz de sus consecuencias⁵³⁵.

En segundo término, se trataba de establecer un principio preferencial obligatorio, más allá del derecho Estatal, para prevenir la acción penal de los individuos y de los Estados, que permitió asumir los supuestos jurídicos del llamado Acto de Estado⁵³⁶, en orden a que los hechos punibles contra el derecho penal internacional pudieran ser castigados superando los límites de esta justificante⁵³⁷.

En tal sentido, solo hasta el 8 de agosto de 1945, mediante el acuerdo de Londres, celebrado entre Francia, Rusia, Reino Unido y los Estados Unidos, se pudo concebir el Tribunal *Ad hoc* de Núremberg⁵³⁸, lo que sin duda fue una de las principales manifestaciones reales del principio de jurisdicción penal internacional⁵³⁹. El acuerdo (Londres, 8 de agosto de 1945) permitió llegar a un consenso entre las diferencias de sistemas legales provenientes de los británicos y norteamericanos (*common law*), de Francia (derecho civil) y de la Unión Soviética con su propia justicia socialista. Para ello se

⁵³³ JIMENEZ BURILLO analiza este proceso en virtud del contexto que tiene lugar desde la República Weimar de 1919, las crisis políticas posteriores de 1923, 1924 y la crisis económica de 1929 que fortalecieron el partido nacional socialista en Alemania y a la postre dieron lugar al ascenso al poder de Hitler en 1933. Señala que a partir de este tiempo se comienza a legislar respecto de una serie de medidas anti semitistas que ponían por fuera de la ley a los partidos políticos. Las mismas comienzan a crear campos de concentración que albergaron a más de 100.000 presos políticos en esos momentos, además de que aprobaron leyes autorizando la eugenesia para enfermos mentales y delinquentes sexuales. **JIMENEZ BURILLO, Florencio**. Ob. Cit. Pags. 11 a 14

⁵³⁴ **AMBOS KAI y GUERRERO OSCAR JULIAN, (1999)** El Estatuto Penal de Roma, Primera Edición. Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. Colombia. Pag. 53.

⁵³⁵ Este punto se puede ampliar en **JIMENEZ BURILLO, Florencio**. Ob. Cit. Pag. 11

⁵³⁶ **PRIETO SANJUAN Rafael**. Ob. Cit. 2010. Pag. 34 y 35

⁵³⁷ **AMBOS KAI y GUERRERO OSCAR JULIAN, (1999)** Ob. Cit. Pag. 53

⁵³⁸ En efecto, las potencias adoptaron inicialmente la Declaración de Saint James (Reino Unido) en 1942 y, al año siguiente, la declaración de Moscú firmada en 1943. Al acuerdo de Londres se adoptó un Protocolo rectificativo de aquel y un cuarto documento contentivo de las reglas de procedimiento, adoptado el 29 de octubre de 1945. **PRIETO SANJUAN R.** ob. Cit. 2005, Pag. 28.

⁵³⁹ OSLASOLO Héctor Ob. Cit. 2003 Pag. 35

desarrolló un proceso mixto, expresado en la declaración de anexo del estatuto del Tribunal de Núremberg⁵⁴⁰. La competencia material del Tribunal consistía en el conocimiento de los Crímenes contra la Paz (Crimen de agresión) Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad vinculados con la Guerra⁵⁴¹.

El avance anterior constituye, en materia penal, un primer sincretismo internacional de diversas corrientes, claramente motivado por los elementos facticos que generaban un nuevo fenómeno internacional de crímenes y de su necesaria persecución⁵⁴². Los aspectos ideológicos y morales que tanto se pretendían decantar y evitar, para lograr el máximo de juicio objetivo, aquí aparecen como factores ineludibles para la aplicación de la justicia internacional, pese a su consideración de justicia de los aliados propiamente dicha⁵⁴³. En otras palabras, pese al calificativo de justicia de vencedores, el Tribunal también fue el resultado de un siglo de reflexión derivado de los juicios de Leipzig (entre 1919 y 1922); de la declaración de París, adoptada desde la guerra de Crimea de 1856, y del Código Lieber de 1863. Así se puede citar al Convenio de Ginebra de 1864, las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, entre otros instrumentos que fueron imputados

⁵⁴⁰ Las cuatro potencias aliadas finalmente coincidieron en el establecimiento de un Tribunal Internacional especial para juzgar a los criminales de guerra nazis, previendo la justificación de los actos ejecutados por los eventualmente acusados, traducido en "La Carta de Londres de 8 de agosto de 1945" que creó el Tribunal de Núremberg. Además de estos dos tribunales militares internacionales, los aliados crearon Tribunales Militares en sus zonas de ocupación respectiva, mediante la ordenanza 10 del Consejo de Control del 20 de diciembre de 1945, la cual disponía que cada potencia ocupante podría juzgar a oficiales alemanes de bajo rango. **BASSIONI M. CH.** ob. Cit. 1984 pag. 62.

⁵⁴¹ Como se mencionó antes, Se denominaba acuerdo cuatripartito pues contenía el acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945; "La Carta" o estatuto del Tribunal Militar Internacional; un protocolo facultativo rectificativo de aquel y un cuarto documento contentivo de las reglas de procedimiento adoptado el 29 de octubre de 1945. Adicionalmente se debe citar la declaración de Potsdam de 26 de julio de 1945 mediante la cual el General McArthur comandante de las fuerzas aliadas en el lejano oriente instaura más tarde, el Tribunal Militar Internacional de Tokio, el 19 de enero de 1946. **PRIETO SANJUAN Rafael** Ob. Cit. 2010. Pag. 38

⁵⁴² En primer lugar, ha sido determinante la calificación del plan común para desarrollar los crímenes internacionales. Sobre este punto, Bassiouni ha señalado que en los antecedentes de la guerra, el eufemismo es un factor que ha servido de motivación para el plan común que la genera. Bajo esta premisa, en el siglo XIX, el concepto "destino manifiesto" para los pioneros americanos motivados por el "Go West" se convirtió en la racionalización para el exterminio de los nativos americanos. En La década de 1930 la solución final de la cuestión judía planteada por los nazis se convirtió en el eufemismo que llevó al Holocausto de 1945. Los eufemismos son parte de la guerra o las palabras en cada conflicto, que históricamente han sido determinantes. El uso principal del eufemismo es para una de las partes en un conflicto a legitimar la causa de la otra; para las espadas de la guerra. **M. CHERIF BASSIOUNI.** Crimes Against Humanity. Edit. Cambridge University Press. New York, 2011. Pags. 3513, 3522.

⁵⁴³ En todo caso se establece un aporte sustancial a la justicia internacional penal que se traduce en la construcción de los crímenes de su competencia y después en el modelo que se repite en el Tribunal Militar Internacional del lejano oriente. **QUESADA ALCALÁ Carmen.** La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal. Editorial Tirant Lo Blanche. Valencia España 2005. Pag. 47

y oponibles a la responsabilidad de Alemania⁵⁴⁴. También le fue imputado el incumplimiento al Pacto de la Sociedad de Naciones, que prohibía la guerra de agresión; el Protocolo de 1924; los Acuerdos de Locarno de 1925 y, sobre todo, el Pacto de Briand-Kellog de 1927, cuya prohibición sobre el uso de la fuerza había sido aceptada por Alemania mediante declaración con Polonia en 1934⁵⁴⁵.

Sin duda en Núremberg se establecía una nueva orientación para la defensa de intereses universalmente reconocidos por la comunidad de naciones de ese tiempo, la construcción de la justicia internacional y los consensos entre diferentes sistemas jurídicos⁵⁴⁶. Con esto se desarrolla un primer debate en torno a un sistema penal y al principio de legalidad tradicional, frente a los factores complejos que debieron ser instaurados en Núremberg y que por supuesto ampliaron un concepto que hasta entonces se encontraba en su univocidad tradicional.

1.1.1. El principio de legalidad de Núremberg.

Por otra parte, en lo referente al principio de legalidad, en el texto de principios consagrado para el establecimiento del Tribunal referido se establecieron, en los artículos primero y segundo del mandato, las bases de lo que hoy se considera concretamente

⁵⁴⁴ En adelante, El IMT diseña los conceptos calificables como crímenes internacionales (art. 6). **AMATI Enrico, COSTI Mateo, FRONZA Emanuela**. Introducción al Derecho Penal Internacional. Edit. Universidad Libre. Bogotá D.C. Pag. 38

⁵⁴⁵ **PRIETO SANJUAN, Rafael** OB. Cit. 2005. Pag. 28.

⁵⁴⁶ Rafecas destaca que todo el proceso que culmina en Núremberg es el resultado de varias etapas del nacionalsocialismo que van en escalamiento hasta la solución final y el exterminio judío. La primera de ellas se inicia a partir de 1933 y se centró en la erradicación de la influencia judía, fase que se extiende hasta 1939. La misma, se representa con medidas tales como: Anulación del parlamento, sometimiento de órganos judiciales, control y censura de prensa, leyes antisemitistas como las de Núremberg entre otras. Así mismo se recrudecen políticas de emigración judía, despidos de instituciones educativas como en el caso de Kelsen quien se desempeñaba como decano de la Universidad de Colonia o la famosa noche de los cristales de 18 de octubre de 1938 que implicó la expulsión de miles de judíos de origen polaco con más de 20 o 30 años de residencia en Alemania. La segunda etapa se presenta hacia 1939 y se denominó la solución territorial con la deportación de judíos a Madagascar. Entre 1940 y 1941 se presentó el plan Siberia de deportación de judíos europeos en Rusia que corresponde a la tercera fase. La cuarta fase pretendió la aniquilación judía en el frente oriental (1941 – 1942) y comienza con la operación Barbarroja. Finalmente se presentó la quinta etapa con el exterminio en los campos de concentración, mediante las cámaras de gas de todos los judíos, fase que se inicia aproximadamente a principios de 1942, en lo que se denominó la solución final. **RAFECAS Daniel**. Historia de la solución final. Edit. Siglo XXI editores. Buenos Aires Argentina, 2013, Pags. 35 a 82, 86 a 107, 111 a 167, 171 a 212, 233 a 255.

como la jurisdicción por delitos cometidos conforme al derecho internacional. Las normas referidas expresaban lo siguiente:

[...] Principios de derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg (Aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950).

Principio I.- Toda Persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.

Principio II.- El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido [...]⁵⁴⁷.

Como se puede ver en los principios I y II aparecen referencias claras del *nullum crimen sine lege*, ámbito que posteriormente se desarrolla a nivel de tipicidad en el principio VI sin embargo frente a delitos contra la humanidad la discusión implicó serias discrepancias frente a la posible violación de este fundamento dada la inexistencia de tales conductas⁵⁴⁸.

En el principio VI se desarrollaron las conductas objeto de juzgamiento por parte del Tribunal, las cuales van a derivar en la construcción de nuevas tipologías a nivel internacional planteadas en los cargos de las diferentes decisiones adoptadas, que van desde el plan criminal de manera contextual, hasta los crímenes de guerra contra la humanidad y la paz⁵⁴⁹. Este planteamiento fue uno de los primeros aportes a la

⁵⁴⁷ El proceso realizado en la Comisión de Derecho Internacional para la formulación de los principios aparece en el siguiente texto: **NACIONES UNIDAS**. La Comisión de Derecho Internacional y su Obra. Séptima Edición Volumen I. Edit. Publicación de las Naciones Unidas. New York 1999 Pag. 103. También consultar en: **Página del ICRC** disponible en el siguiente enlace: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm>. Consultada el 2.02.2016.

⁵⁴⁸ El problema principal que se planteaba a la hora de juzgar a Hitler y sus subordinados es que una parte importante de los hechos por los que se les quería juzgar no estaban prohibidos jurídicamente en el tiempo de su realización y por lo tanto habría que crear leyes nuevas que incluyesen los delitos cometidos. Pero tal medida era jurídicamente discutible ya que suponía infringir uno de los principios nucleares de los derechos civilizados como era la prohibición de dictar leyes retroactivas que supusiesen el castigo de actos que en el momento de realizarse no estaban incluidos formalmente en una norma penal. Se temía en ese momento que los juicios fuesen ilegales y que los abogados hallaran fundamento suficiente para lograr la absolución de los Alemanes. **PEREZ TRIVIÑO José Luis**. El holocausto nazi y Los juicios de Nuremberg. España: Editorial UOC, Barcelona España 2007. Pag. 18

⁵⁴⁹ Así mismo, en el texto se expresaba la responsabilidad de jefes de Estado o autoridades del Estado (Principio III), junto con la responsabilidad derivada por la obediencia debida proveniente de orden superior (Principio IV). En el principio V se establecieron las bases del debido proceso del juicio de Núremberg, con respecto a una persona acusada de un delito conforme al derecho internacional. Se trataba de un juicio imparcial sobre los hechos y el derecho (Principio V). El texto de los principios también puede ser consultado en **O'DONNELL DANIEL, UPRIMNY INES MARGARITA Y VALENCIA VILLA ALEJANDRO**. Compilación

construcción de la legalidad internacional en materia penal, configurado por diferentes sistemas y con elementos nuevos frente al principio de legalidad vigente hasta entonces, al menos en el sistema continental⁵⁵⁰. Sobre este aspecto, en el primer volumen de procedimientos del Tribunal de Núremberg, en el apéndice A de la acusación, se realiza la declaración individual de responsabilidad, mediante declaraciones a nombre de cada acusado que constituyeron los cargos en los que se basó la acusación, según el Principio VI (artículo 6º) del Estatuto del Tribunal⁵⁵¹.

De esta forma, en el caso de Goering se señalaron los cargos ocupados, funciones y regencias en el tercer Reich, entre 1932 y 1945, para analizar el contexto de su actuación, respecto de los cuatro crímenes por los cuales fue juzgado⁵⁵². Este tipo, o método de análisis del contexto que rodea las conductas, ha trascendido en la actualidad. En este

de Instrumentos Internacionales. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional. Tercera Edición, Bogotá D.C., 2002, Pags. 469 y 470.

⁵⁵⁰ **CHINCHON ALVAREZ Javier**. Derecho Internacional y Transiciones a la Democracia y la Paz. Hacia un modelo de castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia Iberoamericana. Ediciones Parthenon. Madrid, España 2007 Pags. 98 y 99

⁵⁵¹ Una referencia de legitimación importante, lo constituye el juicio de Eichmann relatado por Hanna Arendt, quien describe el papel de la Alemania de la posguerra frente a la responsabilidad de los Nazis después de Núremberg. En este sentido señala: "El juicio de Eichmann tuvo en Alemania consecuencias mayores que en cualquier otra parte del mundo. La actitud del pueblo alemán hacia su pasado, que tanto ha preocupado a los expertos en la materia durante más de quince años, difícilmente pudo quedar más claramente de manifiesto: el pueblo alemán se mostró indiferente, sin que, al parecer, le importara que el país estuviera infestado de asesinos de masas, ya que ninguno de ellos cometería nuevos asesinatos por su propia iniciativa; sin embargo, si la opinión mundial—o, mejor dicho, lo que los alemanes llaman *das Ausland*, con lo que engloban en una sola denominación todas las realidades exteriores a Alemania— se empeñaba en que tales personas fueran castigadas, los alemanes estaban dispuestos a complacerla, por lo menos hasta cierto punto". **ARENDT Hanna**. Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal. Editorial Lumen S.A., Cuarta Edición. Barcelona España 2003. Pag. 15

⁵⁵² Nuremberg Trial Proceedings vol. 1. **Apéndice A:** "Declaración de responsabilidad individual por crímenes establecidos en [los Cargos Primero](#), Segundo, [Tercero y Cuarto](#): **Goering:** El acusado Goering entre 1932 y 1945 fue: Miembro del Partido Nazi, Líder Supremo del Ministerio S.A, General de la SS, miembro y presidente del Reichstag, del Interior de Prusia, Jefe de la Policía Secreta de Prusia y Policía del Estado, Jefe del Consejo de Estado de Prusia, Custodio del Plan de Cuatro Años, Ministro del Reich, Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea, Presidente del Consejo de Ministros para la Defensa del Reich, miembro del Consejo Secreto de Gabinete, jefe Industrial de la cosechadora y el Sucesor Designado a Hitler. El acusado Goering usó los cargos mencionados, su influencia personal, y su conexión estrecha con el Führer de tal forma que: promovió el acceso al poder de los conspiradores nazis y la consolidación de su control sobre Alemania, expuestos en [el Primer Cargo](#) de la Acusación; promovió la preparación militar y económica para la guerra expuestos en [el Primer Cargo](#) de la Acusación; participó en la planificación y preparación de la conspiración nazi para las Guerras de Agresión y Guerras en Violación de Tratados Internacionales, Acuerdos y Garantías expuestas en [los los Cargos Primero y Dos](#) de la Acusación. También autorizó, dirigió y participó en los Crímenes de Guerra expuestos en [el Tercer Cargo](#) de la Acusación y en los Crímenes contra la Humanidad expuestos en [el Cuarto Cargo](#) de la Acusación, incluyendo una amplia variedad de crímenes contra las personas y bienes". Traducción libre. Disponible en http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/20th.asp. Consultada el 2.04.2012.

sentido, cada situación examinada por parte de tribunales internacionales implica determinar el alcance de los crímenes internacionales que se investigan; sobre todo para conocer las políticas de los regímenes infractores; si fueron anteriores, concomitantes o posteriores a la comisión de los delitos. En muchos casos, los elementos anteriores pueden determinar la diferencia entre un delito ordinario y un crimen internacional. Sin duda estas bases permitieron el desarrollo de conductas a nivel internacional, lo que constituye las bases del principio de legalidad desde el punto de vista de tribunales internacionales.

Por otra parte, en cuanto a los crímenes de guerra, estos fueron fáciles de tipificar, toda vez que se contaba con prohibiciones que constituían antecedentes de derecho consuetudinario reconocidos por las partes, con la Convención de la Haya de 1907, así como con legislaciones de derecho pactadas en tratados⁵⁵³.

De esta forma, se comienza con una tradición derivada del DIH de generar la prohibición y someter su regulación al derecho interno de las partes para establecer la sanción como delito de la grave infracción. En aplicación a tal definición, en el volumen 1 de procedimientos del Tribunal de Núremberg, se realizó la acusación por el cargo tercero, relativo a los crímenes de guerra (artículo 6º, literal b), con respecto a todos los imputados, por los actos realizados mediante el concierto con otros y bajo la preparación de un plan común para perpetrar crímenes de tal naturaleza entre el 1º de septiembre de 1939 y el 8 de mayo de 1945⁵⁵⁴. En este caso comienzan las definiciones y la interpretación propia de este Tribunal que sirvió de base para las prohibiciones posteriores en términos de crímenes internacionales base.

⁵⁵³ **BASSIOUNI M. CHERIF.** De Versalles a Ruanda en 75 años: la necesidad de establecer una Corte Penal Internacional Permanente, (Volumen 10), Revista de Derecho Público, Universidad de los Andes. Bogotá D.C. Colombia. Mayo de 1999. Pag. 62.

⁵⁵⁴ Nuremberg Trial Proceedings vol. 1 Acusación: Tercer Cargo – “Los Crímenes de Guerra (Carta, [el artículo 6](#) , en especial 6-b)-VIII. Exposición del Delito: Todos los acusados de crímenes de guerra entre el 1 de septiembre de 1939 y 08 de mayo 1945, en Alemania y en todos los países y territorios ocupados por las Fuerzas Armadas alemanas desde el 1 de septiembre de 1939, en Austria, Checoslovaquia e Italia, y en alta mar: Todos los acusados, actuando en concierto con otros, prepararon y ejecutaron un Plan Común o Conspiración para cometer Crímenes de Guerra como se define en [el artículo 6](#) (b) de la Carta. Este plan implicaba, entre otras cosas, la práctica de la "guerra total", incluyendo los métodos de combate y ocupación militar en conflicto directo con las leyes y costumbres de la guerra; y la comisión de los delitos cometidos en el campo de batalla durante encuentros con ejércitos enemigos, en contra de los prisioneros de guerra y en territorios ocupados contra la población civil de esos territorios.” Traducción libre. Disponible en: http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/20th.aspaq. Consultada el 1.04.2012.

En los principios de Núremberg, en lo relativo a los delitos contra la humanidad, se describieron los comportamientos realizados contra la población civil, bajo cualquier circunstancia, bien sea en momentos contra la paz (agresión), en el escenario de los crímenes de guerra o en relación con este. Dicha fórmula desarrolló una teoría de extensión jurisdiccional que consistía en la interpretación de los crímenes de guerra, los cuales se aplicaban a ciertas personas protegidas, es decir, a civiles durante tiempos de confrontación entre Estados beligerantes⁵⁵⁵. Estos aportes en particular se examinan a continuación.

1.1.2. La situación especial de los delitos contra la humanidad.

Los fundamentos de legalidad penal internacional, en los crímenes contra la humanidad se pueden apreciar en el Tribunal de Núremberg, en su visión sustancial referida a los crímenes y también en su naturaleza procesal, relativa a su juzgamiento en el *Texto original del acuerdo de Londres* de 1945. En dicho documento se expresó que las Naciones Unidas, en tal situación, habían hecho declaraciones de su intención de que los criminales de guerra fueran conducidos ante la justicia⁵⁵⁶.

En resumidas cuentas, se trató de un principio de jurisdicción internacional, mediado a su vez por el interés de justicia internacional. Así mismo, en el siguiente Considerando del acuerdo de Londres, se mencionaba que “en la Declaración de Moscú del 30 de octubre de 1943” sobre atrocidades cometidas por los alemanes de la Europa ocupada, constaba que los funcionarios alemanes y los hombres y miembros del partido Nazi que hubieren sido responsables de crímenes y atrocidades o hubiesen participado en los mismos, a través de su consentimiento, serían entregados a los países en los que cometieron sus abominables actos⁵⁵⁷. Todo ello, para que pudieran ser juzgados y condenados con

⁵⁵⁵ Al contrario de los crímenes de los piratas o los comerciantes de esclavos, blancos tradicionales de la responsabilidad individualizada para el derecho internacional, no requerían de ningún elemento transfronterizo o universal para caer bajo la condición de la ley: eran crímenes que el mundo no podía tolerar que se produjeran en ningún lugar ni momento. Eran una vergüenza para todos. **ROBERTSON Geoffrey**. Crímenes contra la Humanidad. la lucha por una justicia global. Traducción de Antonio Resines. Editorial Siglo XXI de España, Editores. Madrid, España Pag. 242.

⁵⁵⁶ Texto Original del Acuerdo de Londres de 1945. Disponible en: http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Acuerdo_Londres_8_Agosto_1945.pdf. Consultada el 14.01.2013.

⁵⁵⁷ Texto Original del Acuerdo de Londres de 1945. Disponible en: http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Acuerdo_Londres_8_Agosto_1945.pdf. Consultada el 14.01.2013.

arreglo a las leyes de esos países liberados y de los gobiernos libres que se crearían en dichos países.⁵⁵⁸

Del mismo modo se consideró que “la declaración se realizaba sin perjuicio de que pudiese haber casos de destacados criminales cuyos delitos no tuvieran una ubicación geográfica determinada; en tal situación, serían castigados por decisión conjunta de los gobiernos aliados”⁵⁵⁹. Igualmente se reiteró un principio de persecución internacional por tales crímenes que inicialmente se denominaban de guerra, para incorporar todos los hechos que correspondieron a la Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Mediante este fundamento se comienza a establecer un factor que también interviene en el principio de legalidad y que corresponde al fundamento de justicia efectiva material que debe además tener un sentido objetivo de persecución.

Así mismo, este mandato de persecución de conductas internacionales fue ratificado en los Principios de Derecho Internacional, reconocidos por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg, aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1950)⁵⁶⁰. A través de este primer precedente del estatuto de persecución de crímenes internacionales, se pudieron definir inicialmente, las conductas contra la humanidad que a su turno recibieron nuevos insumos y regulaciones posteriores para la protección de los derechos humanos⁵⁶¹. En todo caso, este primer fundamento de un delito nuevo a nivel internacional, descrito después de los hechos, comenzaba a desarrollar interpretaciones más flexibles en materia de legalidad, que las tradicionales interpretaciones dogmáticas analíticas propias de la teoría del delito penal interno de los Estados en ese tiempo. En síntesis, el proceso que se consolida en Nüremberg, en el

⁵⁵⁸ IBÍD.

⁵⁵⁹ El documento del Acuerdo de Londres de 1945, fue suscrito por el gobierno de los Estados Unidos de América, el gobierno provisional de la República Francesa, el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Disponible en: http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Acuerdo_Londres_8_Agosto_1945.pdf. Consultada el 14.01.2013.

⁵⁶⁰ **O´DONELL Daniel Et. Al.** COMPILACION DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. Editorial Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá D.C. 2002. Pags. 469 y 470.

⁵⁶¹ Si bien es cierto que este delito no había sido codificado, sus antecedentes se encontraban en documentos como la Declaración de San Petersburgo de 1868, en la cual se prohibía cierto tipo de balas explosivas y expansivas reprimidas en las “leyes contra la humanidad”. Igualmente aparecen vestigios en la cláusula Martens, incorporada en las convenciones de La Haya de 1899 y 1907, así como en la Declaración de Francia, Gran Bretaña y Rusia de 1915, en el informe de la comisión instituida al término de la Primera Guerra Mundial en 1919. **ANELLO Carolina Susana.** Ob. Cit. Pag. 50.

caso de los delitos contra la humanidad, se inicia desde la Gran Guerra, mediante la cual se trató de lograr la condena por los actos contra la humanidad.⁵⁶² Los anteriores actos de no resolverse mediante justicia efectiva, de alguna manera tendrían que ser corregidos desde esta perspectiva internacional. De allí la necesidad de prevalencia de los Derechos Humanos, que después va a reivindicar esta expectativa insatisfecha de justicia. En este momento todavía no se consolidan los conceptos de mínimos comunes universales que van a generar el criterio de legitimidad desde las conductas contra la humanidad.

En concreto, la noción moderna de crímenes contra la humanidad fue contenida en el Estatuto del Tribunal de Núremberg, en su artículo 6(c), en los siguientes términos:

Asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano cometido contra una población civil, antes o durante el curso de una guerra, así como persecuciones sobre bases políticas, raciales o religiosas, ejecutados en conexión con cualquier otro crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal, haya existido o no violación del derecho interno del Estado donde fueron perpetrados.⁵⁶³

De acuerdo con la norma citada, los crímenes contra la humanidad al no hacer parte de ningún tratado, resultaban más difíciles de tipificar y dicha solución trataba de evitar legislar *ex post facto*, de tal suerte que las prescripciones contra la humanidad, se extendían en conexión a los comportamientos de guerra, para la misma categoría de

⁵⁶² Según Nino, en el intento por “reivindicar” el genocidio de los armenios por parte de los turcos (1915), pese a que fue igualmente infructuoso, se trató de sentar unas bases de las violaciones. A partir de 1914, los “Jóvenes Turcos” deportaron a seiscientos mil armenios (un tercio de la población armenia radicada en Turquía) al desierto de Siria, donde fueron masacrados. Luego, en virtud del Tratado de Lausana de 1923, se contemplaba la amnistía respecto de estos crímenes, e incluso se presentaron casos de justicia retroactiva por su propia mano. Por ejemplo, en 1921 un armenio mató de un disparo a uno de los principales arquitectos de la masacre, Talaat Bey, en Berlín. El homicida fue procesado y absuelto al aceptarse la teoría de que había actuado motivado exclusivamente por el deseo de vengar a su pueblo. En este caso, el sultán de Turquía deseaba aplacar a los aliados, particularmente a los británicos, pero solo se condenó a dos oficiales, e incluso se presentaron actos de justicia por propia mano y después de amnistía respecto de estos crímenes (Lausana 1923). **NINO Carlos Santiago**. El Castigo como Respuesta a las Violaciones a los Derechos Humanos Una Perspectiva Global. Título original: “Punishment as a Response to Human Rights Violations”, publicado en Radical Evil on Trial, Carlos Santiago Nino, Yale University Press, New Haven y Londres, 1996. Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización expresa de Emecé Editores S.A., Argentina. Pag. 2. Disponible en <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/56.pdf>. Consultada el 29.05.2015.

⁵⁶³ Este tipo incluyó, a diferencia de los crímenes de guerra, hechos contra los propios nacionales si se llevan a cabo de forma sistemática contra una población determinada. **WERLE Gerhard**. Ob. Cit. Pag. 463. **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-578 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda.

personas protegidas⁵⁶⁴. En este caso, vale la pena resaltar que la definición que asocia al crimen antes o durante el curso de una guerra, permitía valorar hechos antes del inicio de la confrontación universal, hecho que se verifica en el análisis de cada cargo en Núremberg⁵⁶⁵. Todo ello, dentro de un Estado en particular, siempre y cuando estos crímenes estuvieren relacionados con la iniciación y con la conducta de guerra agresiva o con los crímenes de guerra⁵⁶⁶.

Así mismo, aun cuando la mayor parte de las violaciones imputadas a criminales nazis fueron crímenes de guerra cuyo origen estaba en el derecho de la Haya⁵⁶⁷, la consagración de esta nueva categoría de crímenes contra la humanidad era necesaria para extender la responsabilidad penal de altos oficiales, por actos cometidos contra la población civil⁵⁶⁸. Más aún, teniendo en cuenta que se habían expedido leyes nacional-

⁵⁶⁴ Con el fin de evitar ese cuestionamiento, se optó por establecer una conexión con los crímenes de guerra y contra la paz, pues tal y como se indicó se podían encontrar en documentos claramente definidos en el DIH elementos de punición de leyes contra la humanidad (Declaración de San Petersburgo de 1868). **ANELLO Carolina Susana**. Ob. Cit. PAG. 50.

⁵⁶⁵ Según Nino, antes de la Segunda Guerra Mundial jamás se había enfrentado la humanidad a un poder autoritario que combinaba un deseo despiadado de conquistar el mundo con una doctrina explícita de superioridad racial, que arrastró a la esclavitud y el exterminio a millones de judíos, opositores políticos, minorías étnicas, homosexuales y gitanos. El misterio de cómo tamaña maldad llegó a apoderarse de seres humanos y los predispuso a cometer tales hechos sigue sin explicación. No obstante, este desprecio descarado por los valores humanos fundamentales significó que fuera moralmente imposible para los aliados permitir que gente como Göring retornara tranquilamente, sin castigo, a la comodidad de su hogar. **NINO Carlos Santiago**. El Castigo como Respuesta a las Violaciones a los Derechos Humanos Una Perspectiva Global. Ob. Cit. PAG. 3. Disponible en <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/56.pdf>. Consultada el 29.05.2015.

⁵⁶⁶ **BASSIOUNI M. CH.**, Ob. Cit. Vol 10. Mayo de 1999, PAG.61

⁵⁶⁷ En la gran Guerra (I) se observa esta necesidad. Por ejemplo, las potencias victoriosas de la Primera Guerra Mundial acusaron al gobierno alemán y a sus aliados de cometer atrocidades de guerra que incluían, entre otras, la despiadada invasión de Bélgica, el posterior ataque y destrucción de la milenaria ciudad de Lovaina; la toma de rehenes civiles y el posterior asesinato de muchos de ellos; la violación de mujeres; el asesinato de niños y adultos durante la ocupación de Francia; el lanzamiento de zeppelines sobre Londres, que ocasionó la muerte a doscientos civiles; el hundimiento del Lusitania que significó la pérdida de mil doscientas vidas civiles; y la ejecución de la directora de la escuela de enfermería de Bruselas, Edith Cavell. Según los escritos de Telford Taylor, estas atrocidades reflejaban la torpeza, arrogancia y absoluta brutalidad del gobierno alemán. **NINO Carlos Santiago**. El Castigo como Respuesta a las Violaciones a los Derechos Humanos Una Perspectiva Global. Ob. Cit. Pag. 3. Disponible en <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/56.pdf>. Consultada el 29.05.2015.

⁵⁶⁸ En este punto es viable citar a la Academia de Derechos Alemán, fundada en 1933. La misma se desarrolló por iniciativa de Hans Frank para la realización del código nacionalsocialista en todo el ámbito del derecho. Se trataba de un código del pueblo, conforme a criterios jurídicos. En este proyecto participó Edmund Mezger. El proyecto adaptó las raíces ideológicas y políticas del régimen nazi al derecho alemán, lo que se llamó el proceso de renovación del derecho. En este proceso se desarrolló el proyecto de leyes racistas de 1933 que entró en vigencia en 1944. Mediante este tipo de leyes se buscaba el disciplinamiento social de uniformidad y pureza racial (se trataba de leyes a los extraños a la comunidad: vagabundos, homosexuales, mendigos,

socialistas que aumentaban los atentados contra la sociedad⁵⁶⁹. Este asunto comienza a ser polémico, en la medida en que *ex post facto* se puede revisar un asunto no comprendido en los límites legales vigentes y podría darse un efecto retroactivo, más aún sobre la naturaleza de una conducta no existente al momento de los hechos⁵⁷⁰.

Bajo este panorama, Kai Ambos anota que, en definitiva, lo que pudo haberse afectado con esta tipicidad de delitos contra la humanidad fue el principio de no retroactividad de la ley penal⁵⁷¹, pues en el Tribunal de Núremberg el principio de interés de justicia prevaleció en la consideración de la legislación *ex post facto* de los hechos, sobre todo dada la amplitud de las consideraciones bajo las cuales fue concebido⁵⁷². Este podría ser el primer antecedente de flexibilidad de legislación penal en el ámbito internacional. Si bien se menoscaban principios jurídicos como el de legalidad y seguridad, todo ello se desarrolla en favor de las víctimas de la II Gran Guerra; incluso podría aseverarse un primer antecedente de ponderación en este sentido de intereses relevantes para la comunidad internacional que definitivamente prevalecían en esta especial situación⁵⁷³.

prostitutas). **MUÑOZ CONDE Francisco**. Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en 1944. Revista Penal, enero. Nº 11, Editorial Praxis, Barcelona España, 2003. Pag. 81 a 83.

⁵⁶⁹ Sobre este punto es de recordar el Juicio de Eichmann. Allí, David Rousset, quien había estado recluido en Buchenwald, describió lo que ocurría en los campos de concentración: "El triunfo de las SS exigía que las víctimas torturadas se dejaran conducir a la horca sin protestar, que renunciaran a todo hasta el punto de dejar de afirmar su propia identidad. Y esta exigencia no era gratuita. No se debía a capricho o a simple sadismo. Los hombres de las SS sabían que el sistema que logra destruir a su víctima antes de que suba al patíbulo es el mejor, desde todos los puntos de vista, para mantener a un pueblo en la esclavitud, en total sumisión. Nada hay más terrible que aquellas procesiones avanzando como muñecos hacia la muerte". (*Les Jours de notre mort, 1947*). **ARENDET Hannah**. Eichmann en Jerusalén. Un Estudio sobre la banalidad del mal. Editorial Lumen S.A., Cuarta Edición. Traducción de Carlos Ribalta. Barcelona, España, 2003. Pag. 12

⁵⁷⁰ Para determinar tales aspectos, la extensión de la responsabilidad penal se sustentó en el reconocimiento de que la aplicación de ciertas provisiones sobre crímenes de guerra, se aplicaban a civiles y otras personas protegidas, por lo cual su sanción se justificaba si existía una conexión con algún crimen de guerra o contra la paz de competencia del Tribunal de Núremberg. BASSIOUNI M. Ch. Ob. Cit. Vol. 10 Mayo de 1999. Pag. 76

⁵⁷¹ Este es el primer trabajo destinado a legitimar las conductas que, si bien se presentaron, no tenían el respaldo de legalidad estricta en el Derecho Internacional y por lo tanto el argumento consuetudinario de su existencia en las leyes y costumbres de la guerra de 1899 y 1907 fue suficiente para vincular este crimen en conexión con los crímenes de guerra y así declarar su existencia. En cuanto a la evolución del concepto de crímenes de lesa humanidad, este cobija un conjunto de conductas atroces cometidas de manera masiva o sistemática, cuyo origen es principalmente consuetudinario, que han sido proscritas por el derecho internacional desde hace varios siglos. **WERLE Gerhard**. Ob. Cit. Pag. 464.

⁵⁷² **AMBOS KAI**. El nuevo Derecho Penal Internacional. Lecturas compiladas. Curso Andino sobre la Corte Penal Internacional. Lima Perú 2004., Pag. 276 a 278.

⁵⁷³ Incluso cuando en un principio se exigía la conexidad anotada con crímenes de guerra o contra la paz, la condición ha ido desapareciendo. Si bien la conexión entre crímenes de guerra desaparece por primera vez en

Este podría ser un primer factor de análisis, el de la seguridad frente al acto impune de gran connotación internacional, que se resuelve en favor de la persecución del hecho fáctico.

Frente a este último aspecto, en la decisión de acusación, realizada el 6 de octubre de 1945, se estableció que la regla de los crímenes contra la humanidad pretendía reprimir las vulneraciones de tratados internacionales e incluso de los principios generales del derecho, acto que se corrobora en el primer volumen de procedimientos del Tribunal de Núremberg. Por ejemplo, en el cargo cuatro de la acusación, que indica el “plan común” para cometer entre otros los crímenes de asesinato y persecución de todos los que fueron o eran sospechosos de ser hostiles al partido nazi, en particular los representantes de la nación judía⁵⁷⁴.

la ley 10 del Consejo de Control Aliado, la jurisprudencia de los Tribunales sucesivos, en virtud de dicha norma, no imputaron crímenes antes del estallido de la Segunda Guerra mundial. Posteriormente, la punibilidad conforme al derecho internacional consuetudinario de los crímenes contra la humanidad, al igual que los principios de Núremberg, fueron reconocidos y confirmados en muchas ocasiones. por ejemplo, el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1954, se mantuvo en todos los proyectos subsiguientes de la Comisión de Derecho Internacional. La punibilidad de los crímenes contra la humanidad se recogió también en convenciones que disponían la imprescriptibilidad de estos delitos. No obstante, su persecución fue escasa hasta los sucesos de la Antigua Yugoslavia y Ruanda, que contribuyeron a reforzar la punibilidad consuetudinaria de los crímenes contra la humanidad. En todo caso se presentaron precedentes como Adolf Eichmann en Israel o Klaus Barbie en Francia, etc. **WERLE Gerhard**. Ob. Cit. Pag. 464 a 466

⁵⁷⁴ Nuremberg Trial Proceedings vol. 1 – “Acusación: Cargo Cuarto. (Carta, Artículo [6](#) , en especial 6-c). X. Declaración del delito. Todos los acusados cometieron Crímenes contra la Humanidad durante un período de años anteriores al 8 de mayo de 1945 en Alemania y en todos los países y territorios ocupados por las fuerzas armadas alemanas desde el 1 de septiembre de 1939, en Austria y Checoslovaquia, en Italia y en alta mar. Todos los acusados, actuando en concierto con otros, prepararon y ejecutaron un plan común o conspiración para cometer crímenes contra la humanidad tal como se define en el [artículo 6](#) (c) de la Carta. Este plan implicaba, entre otras cosas, el asesinato y la persecución de todos los que fueron o que eran sospechosos de ser hostiles al Partido Nazi y todos los que estaban o se hicieron sospechosos de oponerse al plan común alegado en el [Cargo](#). Los crímenes contra la humanidad, fueron cometidos por los acusados y por otras personas de cuyos actos son responsables (en [el artículo 6](#) de la Carta), como las demás personas, al cometer los Crímenes de Guerra, realizaron sus actos en la ejecución de un plan común y conspiración para cometer los crímenes de guerra. También, en la formulación y ejecución del plan y conspiración en los que todos los acusados participaron como líderes, organizadores, instigadores y cómplices. Estos métodos y crímenes constituyeron violaciones de los convenios internacionales, de leyes penales internas, de los principios generales del derecho penal según se derivan de la legislación penal de todas las naciones civilizadas y participaron en y parte de un patrón sistemático de conducta. Estos actos eran contrarios al artículo 6 de la Carta. La Fiscalía se basan en los hechos expuestos en el [Tercer Cargo](#) también constituyen crímenes contra la humanidad...” En particular se detallan en el texto de la acusación, las atrocidades contra los judíos frente a conductas como “...(A) Asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes y Durante la guerra; (B) persecución por motivos políticos, raciales y religiosos en ejecución del plan y en relación con el plan común descrito en el primer cargo. Responsabilidad Individual y colectiva...”, suscrita por: / S / Robert H. Jackson. Actuando en nombre de los Estados Unidos de América. / S / François de Menthon. Actuando en nombre de la República Francesa. ts / Hartley Shawcross. Actuando en nombre del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. / S / R. Rudenko. Actuando en nombre de la

Uno de los aspectos más relevantes lo constituye la interpretación en la acusación de elementos que son en la actualidad, un ingrediente necesario para la configuración de los delitos de lesa humanidad que, pese a sus antecedentes de comienzos del siglo XX, de manera concreta se reprimen en Núremberg⁵⁷⁵. En las actuaciones del Tribunal, tanto en la acusación como en la sentencia, además de relacionar la conducta descrita en el Estatuto (Principio VI-C o artículo 6 c), se señalan métodos y crímenes que constituyeron violaciones de los convenios internacionales, de leyes penales internas y de los principios generales del derecho penal, según se derive de la legislación penal de todas las naciones civilizadas⁵⁷⁶.

Sobre este punto, Gerhard Werle destaca que estas conductas contra la humanidad eran adecuadas para abarcar la magnitud de la muerte en masa, organizada administrativamente con dimensiones industriales y por ello en parte los tipos penales de Núremberg eran incompletos⁵⁷⁷. A su vez el Estatuto indicaba de que se trataba y por supuesto la legalidad interna no debía excluir la persecución penal, así mismo la punibilidad era independiente de que los actos transgredieran el derecho del país donde se hubieren consumado⁵⁷⁸.

Lo anterior representó, en primer lugar, la indicación de las normas vulneradas y el alcance internacional de la conducta y, en segundo término, la participación y el patrón

Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.” Traducción Libre. Disponible en http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/20th.asp#g. Consultada el 1.04.2012

⁵⁷⁵ Además de la consagración del artículo 6º que no existía en otra convención, se determinó que los actos por los cuales se juzgaba a los Nazis se debía a un acto de los países soberanos a los cuales se rendía incondicionalmente el Reich Alemán. Es decir, se erigía en un acto correspondiente con el derecho internacional de ese momento. Todo ello por cuanto el deber de obediencia en este caso trascendió las obligaciones internacionales que sobrepasa las impuestas a los Estados y por lo tanto proporcionó una base jurídica para considerar responsables de crímenes contra la humanidad a individuos de todos los niveles tanto soldados rasos como líderes. **ROBERTSON Geoffrey**. Crímenes contra la Humanidad. la lucha por una justicia global. Traducción de Antonio Resines. Editorial Siglo XXI de España, Editores. Madrid, España Pags. 242 y 241.

⁵⁷⁶ **AMBOS Kai**. Ob. Cit. 2004. Pags. 276 a 278

⁵⁷⁷ **WERLE Gerhard**. Pasado, presente y futuro del tratamiento jurídico-penal de los crímenes internacionales. Editorial Hammurabi. Buenos Aires Argentina. Pags. 22 a 26.

⁵⁷⁸ Todo este modelo, junto con la ley 10 del consejo de control aliado autorizaban el sometimiento del sistema jurídico nacionalsocialista. **IBID**. Pags. 22 a 26. Sobre la evolución de las conductas de lesa humanidad en Núremberg consultar: **DIAZ SOTO José Manuel**. Revista Derecho Penal y Criminología. Instituto de Ciencia Penales y Criminológicas. Universidad Externado de Colombia. Volumen XXXIII. Número 95. Julio Diciembre 2012. Pags. 125 a 127.

sistemático de la conducta, el cual se conoce en la actualidad, gracias al Estatuto de Roma de 1998, como la política sistemática y generalizada de los crímenes de lesa humanidad⁵⁷⁹. Estos patrones internacionales son los que intervienen en la valoración de actos ilícitos internacionales constitutivos de crímenes en la actualidad⁵⁸⁰.

No obstante, la discusión anterior sobre los crímenes de lesa humanidad, un factor de legitimación internacional lo constituyó la resolución 95 (I), del 11 de diciembre de 1946, mediante la cual las Naciones Unidas confirmaron los principios de derecho internacional, reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg. Por lo anterior, el factor anterior de extensión de la legalidad penal, si bien fue controversial para ese momento, tales reconocimientos otorgaron el aval de legitimación necesario para su materialización efectiva⁵⁸¹. Este asunto, corresponde a los primeros pasos para la interpretación y definición internacional de este tipo de conductas; también constituye un precedente de carácter vinculante de las decisiones de Naciones Unidas, lo cual desde entonces corresponde a uno de los antecedentes de legitimidad internacional de los crímenes objeto de estudio⁵⁸².

De igual forma se permitió un orden jurídico que a su vez promovió el establecimiento de cláusulas generales universales para este tipo de actos⁵⁸³. Tales principios fueron

⁵⁷⁹ Finalmente, la acusación por los "crímenes contra la paz" no tenía un precedente legal, salvo el episodio Kaiser de Alemania, al finalizar la Primera Guerra Mundial. El obstáculo fue superado en el artículo 6° de la Carta de Londres, al disponer la acusación de aquellos que dirigieron o participaron en la guerra de agresión contra otras naciones, violando los tratados y los principios del Derecho Internacional. Todo lo anterior, sin contar con el precedente del pacto Brian-Kellog de 1927 sobre prohibición uso de la fuerza, solemnizado con Polonia en 1934. **BASSIOUNI M. CH.** Ob. Cit. Vol 10. Mayo de 1999 Pag.63

⁵⁸⁰ Por otro lado, los principios enunciados de Núremberg, han tenido un profundo desarrollo e influencia en las instituciones de carácter internacional posteriores, en particular frente a los delitos de lesa humanidad (Principio VI. a. Delitos contra la paz. b. Delitos de guerra y c. Delitos contra la humanidad) **IBÍD.** pags. 469 y 470

⁵⁸¹ Los crímenes contra la humanidad, la amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar mundiales consisten en el ataque sistemático y masivo a los derechos humanos de la población civil. El hecho global cuestiona a la humanidad como tal, en el sentido de un estándar mínimo de las reglas de la coexistencia humana. El hecho afecta, además de la víctima, a la comunidad internacional en su conjunto, a los intereses supraindividuales e individuales (vida, salud, libertad, dignidad, etc.). **WERLE Gerhard.** Ob. Cit. Pag. 460

⁵⁸² Después del Tribunal de Ruanda, la comisión de Derecho Internacional incluyó en el nuevo proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996) otra definición que tuvo un papel relevante en las negociaciones de la CPI, en los términos actuales de la conducta. **IBÍD.** Pag. 466.

⁵⁸³ En estos casos se trataba de Crímenes contra la Humanidad porque el mero hecho de que un congénere hubiere sido capaz de concebirlos y ejecutarlos era un descrédito para la naturaleza humana. **ROBERTSON Geoffrey.** Ob. Cit. Pag. 243.

formulados por la Comisión de Derecho Internacional, a pedido de la Asamblea General a través de la resolución 177-II; El documento consta de siete principios que sintetizan lo principales aportes del Estatuto de Núremberg (acuerdo cuatripartito de Londres, 8 de agosto de 1945)⁵⁸⁴. El factor de legitimación internacional, en este caso, adquiere carácter vinculante en virtud del establecimiento del Tribunal de Núremberg, con lo cual sus decisiones van a tener oponibilidad ante la comunidad internacional. Sobre este tema, también es viable citar, como desarrollo posterior a Núremberg (durante la posguerra), la Ley N° 10 sobre el Castigo de Personas que fueran culpables de haber cometido crímenes de guerra, crímenes contra la paz o crímenes contra la humanidad, del 20 de diciembre de 1945 (Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado)⁵⁸⁵. Estos procesos, se denominaron “Justicia de Vencedores” frente al cual, es inobjetable que se trataba de un contexto de difícil interpretación que solo puede explicarse con los elementos del tiempo analizado⁵⁸⁶.

Ahora bien, la normatividad anterior, en relación con los crímenes de lesa humanidad, generó efectos que permanecen hasta hoy, como los de dejar de exigir una conexión con crímenes de guerra o crímenes contra la paz, hecho que posteriormente se revela en las demás instancias internacionales de protección internacional⁵⁸⁷. Sobre el particular, Gustav Radbruch señaló que en el antecedente de la sentencia de Núremberg se adicionaron dos nuevos pensamientos al derecho internacional establecido⁵⁸⁸. De una parte, se establecieron las obligaciones de derecho internacional que no deben ligar a los Estados, sino obligar a los gobernantes y a cada ciudadano en particular; de otra, en el

⁵⁸⁴ **ANELLO CAROLINA SUSANA**. Corte Penal Internacional. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina. 2003. Pag. 22.

⁵⁸⁵ Dentro de los numerosos procesos penales nacionales, cabe destacar doce procesos que fueron llevados a cabo ante tribunales militares estadounidenses después del Juicio de Núremberg, hasta mediados de 1949 (*Nürnberger Nachfolgeprozesse*), en adelante denominados procesos sucesivos al Juicio de Núremberg. Cada uno de los doce procesos se concentraba en un grupo de autores. Fueron acusados representantes de la profesión médica, de la Administración de Justicia, de las fuerzas armadas, de la economía y de la industria, así como dirigentes del Estado y del Partido Nacional Socialista. **WERLE Gerhard**. Tratado de Derecho Penal Internacional. Traducción Maria del Mar Díaz Pita y otros. Ed. Tirant Lo blanch. Valencia España. 2005. Pag. 57, 58 y 59

⁵⁸⁶ Este hecho fue denominado “justicia de vencedores”, como aspecto final de la controversia. BASSIOUNI M. CH. Ob. Cit. Vol 10. Mayo de 1999 Pag. 65

⁵⁸⁷ IBÍD. Pags. 57, 58 y 59.

⁵⁸⁸ **RADBRUCH GUSTAV**. Relativismo y Derecho. Trabajos traducidos entre 1934 y 1945. Serie Monografías. Editorial Temis. Segunda Edición. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá D.C. Colombia. 2009, Pag.18

futuro que la violación de las obligaciones de derecho internacional, deben ser penadas en la persona del culpable, conforme a un nuevo derecho penal internacional establecido por la jurisprudencia⁵⁸⁹. Esta legitimación nuevamente reitera elementos basados en aspectos de justicia material⁵⁹⁰.

De todas formas, Radbruch manifestó que el Tribunal era una semilla para el futuro, toda vez que no podía aseverarse su validez real, debido a que solo se aplicó a los alemanes vencidos, sin que se pudiese extender a otros gobernantes; además, para que un Tribunal fuera supranacional debía ser constituido por representantes también supranacionales, aun por encima de su propia nación⁵⁹¹.

Sobre este punto, habría que adicionar los precedentes que generaban de un lado los principios internacionales para la persecución de estos delitos, junto con el Tribunal de Núremberg y sus decisiones. Pese a las observaciones anteriores, Radbruch fue partidario y estuvo conforme con el fallo y condenas impuestas a la cúpula nazi, pues, según su criterio, se trató de un caso de maldad extrema que, bajo el pensamiento de Kant, significaba actuar contra la ley moral con todas las consecuencias que esto genera. Dichas consecuencias incluso se reflejan en la cita que realiza de un amigo de él, que fue objeto de torturas en el campo de concentración de Buchenwald⁵⁹².

En este aspecto que complementa los elementos de la legalidad penal derivada de Núremberg, habría que añadir la connotación del hecho basada en maldad extrema. Por supuesto esta fórmula estaría por fuera de la consideración positivista de la ley, más en el terreno internacional de los efectos penales en las decisiones de Núremberg.

⁵⁸⁹ RADBRUCH GUSTAV. Ob. Cit. Pag. 18

⁵⁹⁰ Por las razones anteriores el gran logro de Nüremberg fue el cargo cuarto. El crimen contra la humanidad, pues a todos los efectos era un crimen ordinario practicado a una escala de barbarie inimaginable hasta el holocausto. Fue un crimen reconocible incluso para los que habían proyectado cuando vieron las películas de los campos de concentración-. "Las palabras de la carta: exterminación, esclavización, deportación, persecución por razones políticas, raciales o religiosas en conexión con cualquier otro crimen y otros actos inhumanos no alcanzan a describir el horror indescriptible de su comisión. **ROBERTSON Geoffrey**. Ob. Cit. Pag. 242

⁵⁹¹ IBÍD. Pag. 18

⁵⁹² **IBÍD.** Pag. 19 y 20

1.2. Las Contribuciones del Tribunal de Tokio sobre el marco de Nüremberg

Por otra parte, mientras que Nüremberg determinó el concepto de crimen contra la humanidad en el Genocidio de los civiles judíos en los campos de concentración, el juicio de Tokio amplió la definición a asesinatos bárbaros de prisioneros en circunstancias que aisladamente equivaldrían a crímenes de guerra, sin embargo, las circunstancias de manifestaciones sistemáticas y generalizadas del liderazgo japonés adicionó otro concepto internacional⁵⁹³. Se trató de la responsabilidad penal por permitir atrocidades como algo distinto de pretender su consumación⁵⁹⁴. Se refería a un concepto de omisión específica en el control de las hostilidades por actos de barbarie de los subalternos. Se trató de la responsabilidad de mando, aceptada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos al rechazar la apelación del General “Yamashita” que se convertiría en la base de la inculpación de posteriores conflictos como en la Antigua Yugoslavia⁵⁹⁵.

En todo caso es entendible que el tribunal haya surgido en aquel momento histórico, cuando también se originaron las Naciones Unidas, fruto de la posguerra y como organismo aglutinador que podía –desde el punto de vista ideológico– regir los destinos del mundo vertido en las experiencias desastrosas de la guerra, para trazar nuevas líneas de pensamiento que en materia penal reprimieran los casos de la Segunda Guerra Mundial. Aquí, desde luego, se analizan otros elementos de legitimación internacional que en adelante van a ser parte de la agenda de Naciones Unidas; este último puede considerarse el organismo supranacional autorizado para establecer los principios internacionales que deben regir las medidas adoptadas en este sentido.

Por otra parte, no todos los responsables de la guerra, como lo anota Radbruch, fueron juzgados, sino únicamente los protagonistas de la agresión. Sin embargo, a pesar del señalamiento anotado, también es cierto que sin tales antecedentes no habría sido posible construir estos criterios de justicia internacional, con unas propias reglas de

⁵⁹³ El tipo de crímenes contra la humanidad también se incluyó en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el lejano Oriente, concretamente en su Art. 5 c). A diferencia de lo que sucedió en el juicio de Nüremberg, en Tokio no hubo ningún enjuiciamiento por crímenes contra la humanidad. También la ley No 10 del Consejo del Control Aliado acogió el tipo de crímenes contra la humanidad con algunas añadiduras y una modificación esencial: en la Ley desaparece la relación entre el crimen contra la humanidad y los crímenes de guerra. **WERLE Gerhard**. Ob. Cit. Pag. 464.

⁵⁹⁴ **ROBERTSON Geoffrey**. Ob. Cit. Pag. 245

⁵⁹⁵ **IBÍD.** Pag. 245

legalidad penal internacional especial, que cobran vigencia hasta la actualidad y que adquieren –a partir de este momento– el concepto de mínimo común universal necesario para este tipo de situaciones. Tales preceptos han servido de base para que el Estado esté atento a regular esos ámbitos de normalidad, de alteración y de convivencia pacífica. Incluso esta connotación se vio reflejada en la Convención de las Naciones Unidas, sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad del 26 de noviembre de 1968, que en su artículo 1º señala el alcance de estos dos tipos de conductas y, a su vez, genera otro precedente necesario para el establecimiento de una jurisdicción internacional⁵⁹⁶.

2. Los Tribunales *Ad Hoc* en la Construcción de la legalidad penal internacional

Sin duda, otro de los elementos que permitió la construcción de una legalidad penal internacional se debe al juzgamiento de conductas internacionales derivadas de Núremberg, lo cual generó el desarrollo de los crímenes objeto de represión, así como también los procedimientos, entre otros aspectos. Posterior a este suceso, los principales precedentes de Núremberg fueron consagrados en el Estatuto del Tribunal penal Internacional para la Ex-Yugoeslavia (Res. UN. 827 del 25 de mayo de 1993, Crímenes, arts. 2, 3, 4 y 5, en adelante TPIY)⁵⁹⁷ e instrumentos como el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, establecido mediante Resolución 955, del 8 de noviembre de 1994⁵⁹⁸. En todo caso en estas nuevas instancias internacionales se desarrollan unos fines y fundamentos propios para asegurar las características de la legalidad penal internacional conforme a las siguientes contribuciones.

⁵⁹⁶ El instrumento en mención entró en vigor el 11 de noviembre de 1970; sin embargo, Colombia no la ha ratificado. O'DONNELL DANIEL, UPRIMNY INES MARGARITA Y VALENCIA VILLA ALEJANDRO ob. Cit. 2002, Pags. 475 a 477.

⁵⁹⁷ Estatuto del Tribunal de la Ex Yugoslavia. disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>. Consultada el 20.02.2016.

⁵⁹⁸ En el Tribunal de Ruanda se describieron las conductas del art. 2º, relativo al Genocidio; el art. 3, referido a Crímenes de Lesa Humanidad; art. 4º, Violaciones, y del art. 3º Común de los Convenios de Ginebra y del Protocolo II. Disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-ruanda-5tdmhw.htm>. Consultado el 15.10.2015

2.1. Los aportes del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia

En el caso de la antigua Yugoslavia, los antecedentes que dieron lugar al Tribunal se originan en 1992 con la expedición de la Resolución 771, emitida por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, según la cual se previno de manera urgente la necesidad de conformar “una comisión de Expertos imparcial para examinar y analizar las situaciones sobre las pruebas presentadas a dicho organismo, relacionadas con graves incumplimientos de la Convención de Ginebra y otras violaciones del derecho internacional humanitario, cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia”⁵⁹⁹. Uno de los aportes más significativos de los Tribunales *Ad Hoc* corresponde en primer lugar a que se trata de un concepto verdadero de justicia internacional que se representa en la jurisprudencia para interpretar los distintos tipos penales e interpretar la culpabilidad de los responsables⁶⁰⁰.

Así mismo el tribunal expresa la tendencia a establecer la responsabilidad penal individual por las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, la violación a las leyes o usos de la guerra, Genocidio y crímenes de lesa humanidad, bajo una tendencia amplia sobre la naturaleza del conflicto armado⁶⁰¹, por cuanto se refiere a las normas humanitarias tanto convencionales como consuetudinarias que previenen tanto el escenario del conflicto armado interno como internacional.⁶⁰² También debe aseverarse que, en la Ex Yugoslavia, puede tomarse como un conflicto internacionalizado⁶⁰³. De igual forma, el Tribunal para la antigua Yugoslavia (en adelante TPIY), se establece en virtud de la resolución de Naciones Unidas 808/93 (22 de febrero de 1993), para la implementación de medidas coercitivas y operaciones para el mantenimiento de la Paz⁶⁰⁴. El TPIY fue previsto para el enjuiciamiento de los presuntos responsables principalmente,

⁵⁹⁹ **BASSIOUNI M. CH.** Ob. Cit. Vol. 10. Mayo de 1999 Pag. 77. Los antecedentes en forma más detallada antes y después de la Guerra de los Balcanes aparecen en: **FUENTES Jorge.** Los Balcanes 10 años después de Dayton. Edit. Política Exterior, Vol. 20, No. 111 (May - Jun, 2006) Pags. 134 a 139

⁶⁰⁰ **QUESADA Alcalá Carmen.** Ob. Cit. Pag. 63.

⁶⁰¹ **RAMELLI ARTEAGA Alejandro.** Ob. Cit. Pags. 104 y 105

⁶⁰² **PRIETO SANJUAN Rafael** Ob. Cit. 2005. Pags. 56 y 57.

⁶⁰³ Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No.: IT-94-1-D, Decision of the Trial Chamber on the Application by the Prosecutor for a Formal Request for Deferral, 8 Nov. 1994. Case No.: IT-94-1-Tbis-R117 11 November 1999. Disponible em <http://www.icty.org/case/tadic/4>. Consultada el 15.10.2015.

⁶⁰⁴ **WERLE Gerhard.** Ob. Cit. 2011 Pag. 60

de las violaciones aseveradas al Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), cometidas en la Ex Yugoslavia desde 1991 (art. 1º, Estatuto del TPIY)⁶⁰⁵. Este concepto de graves violaciones junto con los desarrollos del Estatuto del Tribunal, se complementa con la sanción⁶⁰⁶.

Del mismo modo, el Tribunal determinó en su artículo 2º su competencia para perseguir a las personas que cometieren o dieran la orden de cometer infracciones graves a la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sobre las personas o bienes protegidos como el homicidio intencionado, tortura u otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, entre otras graves infracciones al DIH. Es decir, se trata de una legalidad tanto en la definición de conductas como en su enjuiciamiento de tipo convencional en el escenario del DIH⁶⁰⁷. En este sentido, la competencia del TPIY, reconoce la existencia de un conflicto armado en virtud de dos elementos relativos a la intensidad del conflicto y la organización de las partes. Los mismos se imponen para diferenciar los actos de bandolerismo e insurrección desorganizados, de corta duración o actividades terroristas que no son reguladas por el DIH⁶⁰⁸. Suponen igualmente la aplicación temporal y espacial del anterior criterio en el cual podrían cometerse crímenes sobre el conjunto del territorio hasta que se logre un arreglo pacífico. Esto incluiría crímenes tanto ordinarios como internacionales⁶⁰⁹.

Además del derecho tanto de la Haya como de Ginebra, se han desarrollado en el TPIY, precedentes que han constituido elementos relevantes de análisis en los conflictos

⁶⁰⁵ **PRIETO SANJUAN Rafael** Ob. Cit. 2005. Pags. 56 y 57.

⁶⁰⁶ Estatuto del Tribunal de la Ex Yugoslavia. disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>. Consultada el 20.02.2016

⁶⁰⁷ Por ejemplo se relacionan, entre otras conductas, las siguientes: Causar graves sufrimientos intencionalmente o atentar gravemente contra la integridad física o la salud; destrucción o apropiación de bienes no justificada por necesidades militares, ejecutadas de forma ilícita e innecesaria a gran escala; obligar a un prisionero a servir en las fuerzas armadas enemigas; privar a un prisionero a ser juzgado en forma legítima e imparcial; la expulsión o el traslado ilegal de un civil o su detención ilegal; la toma de civiles como rehenes etc. (Estatuto del TPIY arts. 2º y 3º). Disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>. Consultada el 10.15.2015.

⁶⁰⁸ **RAMELLI ARTEAGA Alejandro** Ob. Cit. Pag. 106

⁶⁰⁹ **IBÍD.** Pag. 106

armados internos, como el caso Prosecutor Vs. Dusko Tadic⁶¹⁰. En este orden de ideas, la orientación de la legalidad se traduce en el contexto del conflicto armado para de allí en adelante determinar sus consecuencias, es decir, aparece un elemento de contexto definitivo que permite identificar la naturaleza de la situación a examinar y los criterios sobre los cuales se origina su interpretación⁶¹¹. En este campo se destaca la asimilación del derecho penal aplicable en los conflictos armados internacionales y no internacionales desde una perspectiva punitiva internacional bélica, en el escenario de las guerras civiles⁶¹². Siguiendo esta línea, frente a los crímenes de lesa humanidad se estableció en los precedentes derivados del Tribunal, que las conductas que señalaban la conexión con un conflicto armado de carácter internacional o interno, procedente de los antecedentes de Nüremberg, no era exigible según el derecho consuetudinario es decir ya no se establece este vínculo para predicar la conducta⁶¹³. Con esta variación se permitió el análisis de un sinnúmero de comportamientos internacionales⁶¹⁴.

Finalmente, en el caso del concepto de persona protegida también se observan aportes del TPIY, así como criterios relevantes para la consideración de los crímenes de guerra y de lesa humanidad contemporáneos como los elementos de sistematicidad y generalidad en su comisión⁶¹⁵. En todo caso, el Tribunal pese a que reitera las conductas

⁶¹⁰ **IBÍD.** Pag. 22; Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No.: IT-94-1-D, Decision of the Trial Chamber on the Application by the Prosecutor for a Formal Request for Deferral, 8 Nov. 1994. Case No : IT-94-1-Tbis-R117 11 November 1999 – 18 Disponible en <http://www.icty.org/case/tadic/4>. Consultada el 15.10.2015.

⁶¹¹ El vínculo entre crímenes relacionados con los conflictos armados y los delitos contra la humanidad se originó desde la base de los hechos, sin embargo, más adelante se establece la separación de esta conexidad. En este sentido Schabas indica que no ha habido sentencias por Genocidio en que no hubiese también condenas por crímenes contra la humanidad. Del mismo modo, advierte que es extremadamente extraño que en cualquiera de los tribunales, la condena a una persona por crímenes de guerra, no vayan acompañados de los cargos de crímenes contra la humanidad. Por esto el Tribunal para la antigua Yugoslavia tiene competencia para enjuiciar a las personas responsables de los delitos comprendidos en el Estatuto, cuando se cometan en conflictos armados, internacionales o internos en carácter y dirigido contra una población civil. **SCHABAS William.** The UN International Criminal Tribunals. The Formes Yugoslavia Rwanda and Sierra Leona. Edit. Cambridge University Press. New York. United States of América. Pags. 185 y 186

⁶¹² WERLE Gerhard Ob. Cit. 2011 Pag. 60

⁶¹³ La regla impuesta por el derecho internacional consuetudinario para perseguir los crímenes contra la humanidad, evitaría que en ausencia de conflictos armados se violara la máxima *nullum crimen sine lege*. **SCHABAS William.** Ob. Cit. Pag. 187 y 188

⁶¹⁴ WERLE Gerhard Ob. Cit. 2011 Pag. 60

⁶¹⁵ En este sentido es importante consultar la traducción que se realiza del caso Blasic, que desarrolla los elementos de lesa humanidad tratados en esta parte. **RAMELLI ARTEAGA Alejandro.** Ob. Cit. Pags. 130 y 131. En el mismo sentido: **DIAZ SOTO José Manuel.** Ob. Cit. Pags. 136 a 139.

internacionales que surgieron en Núremberg sigue unas líneas autónomas para construir nuevos precedentes internacionales⁶¹⁶.

2.2. Los aportes del Tribunal de Ruanda

El conflicto de Ruanda tiene un escenario de confrontación armada interna que comienza a gestarse entre 1991 y 1993, caracterizado por las divisiones internas, violaciones masivas de derechos humanos, así como la planificación del genocidio de 1994⁶¹⁷. La presión internacional durante este tiempo, propició una reforma constitucional que permitiría instaurar la democracia y el pluralismo político con la formación de un gobierno legítimo, además de que se dio inicio a las negociaciones de paz con el Frente Patriótico Ruandés (FPR) proveniente de Uganda. Mientras se celebraban los acuerdos se produjeron varios acontecimientos. Por un lado, en mayo de 1992 se promovió la ofensiva del FPR que generó varios centenares de desplazados, junto con su réplica de febrero de 1993⁶¹⁸. Mientras tanto en el vecino país de Burundi se desata una ola de violencia étnica, después del asesinato del presidente electo “Hutu” -Melchor Ndadaye- el 21 de octubre de 1993 a manos de militares Tutsi, hecho que incita en Ruanda el sentimiento contra estos últimos⁶¹⁹. Por último, En Ruanda, el 7 de abril de 1994, se presenta un hecho que sirvió de combustible para propiciar el Genocidio objeto de la justicia internacional por estos hechos, con el derribamiento de un avión en el que viajaban los presidentes de Ruanda y Burundi, antes de aterrizar en el aeropuerto de Kigali. Este acontecimiento propició la

⁶¹⁶ **SHABAS William** Ob. Cit. Pag. 188. En este caso se trata de un conflicto armado cada vez que se recurre a la fuerza armada entre Estados o se presenta un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos organizados o entre tales grupos en el seno del Estado. Consultar en este sentido: **PROSECUTOR V. DUSKO TADIC, Case No.: IT-94-1-D**, Decision of the Trial Chamber on the Application by the Prosecutor for a Formal Request for Deferral, 8 Nov. 1994. Case No: IT-94-1-Tbis-R117 11 November 1999. Disponible en: <http://www.icty.org/case/tadic/4>. Consultada el 15.10.2015. Los elementos de sistematicidad y generalidade aparecen definidos de manera concreta en el caso Blasic. **PROSECUTOR Vs. TIHOMAR BLASIC. Case No.: IT-95-14-A**, In the Appeals Chamber. 29 July 2004. Disponible en <http://www.icty.org/x/cases/blasic/acjug/en/bla-aj040729e.pdf>. Consultada el 20.02.2016

⁶¹⁷ **PRIETO SANJUAN Rafael A. Et. Al.** AKAYESU: El primer juicio internacional por Genocidio. Edit. Pontificia Universidad Javeriana – Dike. Bogotá D.C. 2006. Pag. 42

⁶¹⁸ **PRIETO SANJUAN Rafael A. Et. Al.** Ob. Cit. 2006 Pag. 43. Para analizar El conflicto político en los Grandes lagos consultar: **PALOMO GARRIDO Aleksandro**. El derecho de Intervención Humanitaria en la Globalización y el Conflicto de los Grandes Lagos. Edit. Revista Foro Internacional, Vol. 54, No. 2 (216), Colegio de México (ABRIL-JUNIO, 2014). Pags. 325 a 328

⁶¹⁹ **PRIETO SANJUAN Rafael A. Et. Al.** Ob. Cit. 2006 Pag. 44

masacre de los tutsis y de la oposición hutu a manos de extremistas también hutus⁶²⁰. Todo esto se había planeado meses antes y el resultado fue el asesinato de alrededor de un millón de personas durante los meses siguientes.⁶²¹

En virtud de los hechos anteriores se estableció el Tribunal Internacional para Ruanda (Resolución 955, del 8 de noviembre de 1994)⁶²² mediante el cual se destacó la principal característica frente a los actos objeto de investigación que correspondió a un Grupo Identificable⁶²³. Este factor influyó notablemente en la determinación del Genocidio aun por encima de la naturaleza del conflicto⁶²⁴. Los hechos se caracterizaron por un sinnúmero de masacres en este sentido, mientras los enfrentamientos se producían entre las tropas del FPR, fuerzas gubernamentales y los disidentes de estas últimas⁶²⁵.

Uno de los principales aportes del Tribunal de Ruanda fue la determinación en el art. 4º del estatuto, de la naturaleza de conflicto armado no internacional, concebido para reprimir las violaciones al art. 3º común de los cuatro convenios de Ginebra y del protocolo II adicional de 1977. Para la definición del conflicto armado interno, el Tribunal estableció el art. 3º común, para declarar la existencia del mismo, el cual además ha de decidirse en cada caso concreto. En segundo término, en el caso *Prosecutor Vs. Jean Paul Akayesu*, el Tribunal destacó la existencia del conflicto cuando se presentan

⁶²⁰ Sobre los antecedentes de las masacres consultar: **KUPERMAN Alan J.** El Genocidio de Ruanda una reconsideración. Edit. Estudios de Política Exterior, Vol. 14, No. 74 (Mar. - Apr., 2000). Pags. 132 a 134.

⁶²¹ **PRIETO SANJUAN Rafael A. Et. Al.** Ob. Cit. 2006 Pag. 46. Para ampliar los hechos que desembocan en el Genocidio en Ruanda, consultar: **MACKINTOSH Anne.** Beyond Ethnic Conflict. Development in Practice, Volume 7, Number 4, Special Double Issue, Published by: Taylor & Francis, Ltd. on behalf of Oxfam GB and Ireland. November 1997. Pags. 464 a 474.

⁶²² En el Tribunal de Ruanda se describieron las conductas del art. 2º, relativo al Genocidio; el art. 3, referido a Crímenes de Lesa Humanidad; art. 4º, Violaciones, y del art. 3º Común de los Convenios de Ginebra y del Protocolo II. Disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-rwanda-5tdmhw.htm>. Consultado el 15.10.2015. Sobre el punto concreto de los factores de limpieza étnica y la competencia del Tribunal Consultar: **LERNER Natan.** La sociedad internacional y los crímenes contra la humanidad. Edit. Estudios de Política Exterior, Vol. 9, No. 46 (Aug. - Sepag., 1995), Pag. 109 y 110.

⁶²³ Además del Genocidio, Schabas señala la adición del tribunal según la cual, para que se configure un crimen contra la humanidad que ha comprometido a la población civil debe ser objeto de un ataque generalizado o sistemático. Este requisito se establece explícitamente en los Estatutos del TPIR Y SCSL. **SCHABAS William.** Ob. Cit. Pag. 191

⁶²⁴ El factor del Genocidio le otorgó una naturaleza especial al TPIR, en todo caso El Tribunal para la antigua Yugoslavia sirvió de Modelo para la creación del Tribunal para Ruanda. **WERLE Gerhard.** Ob. Cit. Pag. 61

⁶²⁵ **PRIETO SANJUAN Rafael A. Et. Al.** Ob. Cit. 2006 Pags. 46 y 47

hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor grado⁶²⁶. La sala de Primera Instancia en este caso interpretó el artículo 4º del Estatuto del Tribunal al señalar que no constituye conflicto armado los disturbios y tensiones internas, los conflictos armados de baja intensidad. De igual forma, la valoración de este concepto no se puede dejar a la apreciación subjetiva de las partes, sino con base en los criterios establecidos en el art. 3º común y el protocolo II⁶²⁷.

En este último caso, Jean Paul Akayesu fue acusado de genocidio, de cometer crímenes de lesa humanidad y violaciones al art. 3º común de los Convenios de Ginebra, toda vez que en su condición de Alcalde de Taba en Ruanda, teniendo bajo su cargo funciones ejecutivas y de mantenimiento del orden público en el municipio, al menos 2000 tutsis fueron asesinados entre el 7 de abril y finales de junio de 1994. Akayesu no impidió las masacres, ni solicitó ayuda a las autoridades nacionales, ni adoptó medidas para reprimir o impedir los hechos.⁶²⁸ Bajo estos fundamentos, el TPIR determinó en la existencia del conflicto la fundamentación suficiente para la imputación de las conductas, al tener en cuenta los criterios de intensidad del mismo, (Artículo 3º común Cuatro Convenios de Ginebra- Conflictos de Baja Intensidad y Artículo 1º Protocolo II – Conflictos de alta intensidad)⁶²⁹ todo en razón de que a la luz de los instrumentos internacionales, existen unas condiciones objetivas en el caso de Ruanda que permitieron calificar una situación de violencia interna, en términos de conflicto armado no internacional⁶³⁰.

⁶²⁶ Es importante destacar en el Caso AKAYESU, que la característica generalizada se refiere a la escala de los actos cometidos y el número de víctimas. El Tribunal indicó en este caso que el concepto de generalizado puede ser definido como una acción masiva, con frecuencia, a gran escala, llevada a cabo en conjunto con una considerable seriedad y dirigido contra una multiplicidad de víctimas. **SCHABAS William**. Ob. Cit. Pag. 192

⁶²⁷ **RAMELLI ARTEAGA Alejandro**. Ob. Cit. Pag. 110 a 113

⁶²⁸ **IBÍD.** PAG. 109

⁶²⁹ Además de la situación de conflicto armado indicada, también es preciso observar una evolución respecto de los crímenes contra la humanidad (Art. 3º) del Estatuto del TPIR, en el cual se establece que los mismos se presentan cuando "*cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil* en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso". Disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-rwanda-5tdmhw.htm>. Consultado el 15.10.2015. En el mismo sentido **DIAZ SOTO José Manuel**. Ob. Cit. Pag. 131.

⁶³⁰ **RAMELLI ARTEAGA Alejandro**. Ob. Cit. Pag. 111 a 113

Pues bien, a partir de las fuentes analizadas se derivan las principales consecuencias del establecimiento de la legalidad penal internacional y la jurisdicción especial *ad hoc* para su persecución, como uno de los factores de construcción a lo largo de los últimos cien años y que ha tenido un desarrollo diverso al sistema de legalidad penal continental.

En dicha tarea se ha establecido una competencia material y una jurisdicción especial, que constituye tanto el factor de conductas internacionales como el factor procesal de actuaciones internacionales⁶³¹. En esta medida se han generado los elementos del principio de legalidad analizado desde la perspectiva internacional y sus transformaciones; en virtud de los instrumentos reseñados que han podido ampliar su contenido hasta la vigencia del Estatuto de Roma de 1998 y sus efectos, los cuales serán analizados más adelante, a propósito del principio de legalidad continental objeto de estudio.

3. El principio de legalidad en el Estatuto de Roma de 1998 (ER)

Al inicio del presente capítulo se indicó que las bases de la legalidad penal internacional se desarrollaron bajo el principio de jurisdicción universal⁶³². Este fundamento generó una cláusula, según la cual en los estatutos nacionales se otorgaba a los tribunales de cualquier país la competencia para sancionar crímenes internacionales⁶³³, como por ejemplo crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio; independientemente del territorio donde se hubiere cometido el hecho y la nacionalidad

⁶³¹ En Ruanda el trabajo relativo al Genocidio constituyó un trabajo pionero en la investigación de este tipo de delitos. **WERLE Gerhard**. Ob. Cit. Pag. 61

⁶³² Por ejemplo, en el art. VI de la Convención sobre el Genocidio de 1948 se previó la persecución penal a través del Estado donde se competiera el Delito, mediante la competencia de un Tribunal penal Internacional. **WERLE Gerhard**. Ob. Cit. PAG. 63

⁶³³ La construcción de la legalidad internacional, también se origina a raíz de la contribución significativa de la jurisdicción universal. Bajo esta noción, sus fundamentos, provienen de diversos instrumentos internacionales, no solamente derivados del legado de Núremberg y demás Tribunales Internacionales instaurados frente a graves violaciones contra los derechos humanos; sino también desde un punto de vista amplio, de la competencia que se asigna para proteger valores que interesan a la comunidad internacional, inicialmente bajo el denominado principio de jurisdicción universal. Según Sánchez Legido, la jurisdicción universal se asociaba en principio a la persecución del crimen de piratería, toda vez que en el siglo XVIII la amenaza en los mares, por parte de los corsarios, lo erigía prácticamente en un delito contra la humanidad. **SANCHEZ LEGIDO Angel**. Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional. Tirant Monografías 301. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2004. PAG. 42

del perpetrador o la víctima⁶³⁴. Desde este principio se presentan los siguientes factores de análisis.

3.1. El precedente del principio universal de justicia. Presupuesto de legitimidad en orden a la supra legalidad Internacional del Estatuto de Roma (ER).

La concepción de la jurisdicción universal como precedente del Estatuto de Roma, se enfrentó en primer lugar, a la posibilidad de su procedencia en el Estado requerido, en la medida en que el consenso sobre el particular, surgía de instrumentos internacionales, con lo cual la competencia al respecto implicaba la necesidad de consideración de prevalencia del principio sobre el orden nacional para tener efecto vinculante⁶³⁵. Por otro lado, el Derecho de Núremberg, así como los Tribunales *Ad hoc* posteriores, atendieron aspectos especiales de graves crímenes en determinados conflictos, pero no tenían operancia frente a los demás atentados que podrían sucederse en la comunidad de naciones⁶³⁶.

En este sentido, se observa un primer consenso sobre conductas perseguibles a nivel internacional que se enfrenta a un fenómeno en el cual el derecho internacional y los órdenes nacionales necesitan de la formación de un conjunto único necesario, marcado, según Kelsen, por relaciones recíprocas de coordinación o subordinación que les otorga

⁶³⁴ En España, el principio de justicia universal aparece recogido en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, recientemente modificado por Ley Orgánica 3, del 8 de julio de 2005. **ANDRES DOMINGUEZ Ana Cristina**, Derecho Penal Internacional, Tirant Monografías 456. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España. 2006. Pag. 177. En el mismo sentido, **DE RIEDMATTEN Matilde**, La Jurisdicción Universal; Una Breve Introducción Disponible en <https://wayback.archive-it.org/1068/20080820063443/http://www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES/PID/Lju.htm#>. Consultada el 13.06.08. En el mismo sentido SANDOVAL MESA Jaime A. Ob. Cit. 2012 pags. 31 a 33

⁶³⁵ Desde esta perspectiva, el principio de justicia universal se ha interpretado como una delegación de cierto grado de soberanía supranacional admitida, en torno a determinados bienes jurídicos reconocidos por toda la comunidad internacional que además se encuentra interesada en su protección. **PEREZ CEPEDA Ana Isabel**. Principio de Justicia Penal Universal versus Principio de Jurisdicción Penal Internacional. Artículo compilado en el texto. El principio de Justicia Universal Fundamentos y Límites. Editorial Tirant Lo Blanche, Valencia España, 2012. PAG. 62.

⁶³⁶ Tal vez diversos hitos posteriores a la Segunda Guerra Mundial implicaron la aplicación del principio de jurisdicción universal en forma limitada, pues, como lo señala Werle, en todo caso la persecución de las conductas internacionales solo deviene en virtud del Derecho de Núremberg, de las actuaciones de los Tribunales *Ad Hoc* posteriores, así como de la consolidación de la CPI. **WERLE Gerhard**. Tratado de Derecho Penal Internacional. Editorial Tirant Lo blanche. 2ª Edición. Valencia España, 2011.

su validez⁶³⁷. Este fue un primer momento de análisis; sin embargo, aquí aparece un problema consistente en determinar el alcance de este tipo de legalidad internacional, toda vez que ello se ve enfrentado a las nociones de Estado soberano autónomo que conciben este elemento como dogma. Desde este punto de vista, solo el reconocimiento de esta competencia por el “Estado soberano”, puede admitir en un primer momento, este ejercicio judicial internacional⁶³⁸.

Este primer obstáculo para consagrar un factor de justicia universal produjo ciertas barreras, por ejemplo, la consideración de lo estatal para perseguir estas conductas, a pesar que desde el punto de vista sustancial tenían un alcance universal. Del otro lado de la discusión, Kelsen reconoce igualmente que un sistema puede estar fundado en el derecho internacional y, por lo tanto, los Estados y sus sistemas nacionales están subordinados al derecho internacional⁶³⁹, es decir que la justicia universal tendría cabida desde tal punto de vista a nivel de su legitimidad internacional.

En síntesis, el principio de justicia universal, desde la postura normativa de Kelsen, reconoce que el derecho internacional finalmente delimita los ámbitos territorial, personal y temporal⁶⁴⁰. En consecuencia, este fundamento, más positivista, cumple un papel que le permite servir de fuente de protección de tales estatutos, a nivel de justicia de los Estados nacionales, es decir, de efectividad. Por lo tanto, allí reside su validez universal, desde el derecho internacional y sus cláusulas especiales que le dan legitimidad a la persecución de crímenes internacionales, sea cual fuere la teoría del Estado intervenido, y reconozca o no su validez⁶⁴¹.

⁶³⁷ **KELSEN Hans.** Teoría Pura del derecho. 4ª Edición 9ª Reimpresión. 1ª Edición, Octubre de 1960. Editorial Eudeba, Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires Argentina 2009, PAG. 164.

⁶³⁸ Kelsen denomina a este punto como la primacía del estado nacional que es inconciliable con una pluralidad de Estados. KELSEN Hans, Ob. Cit. 2. PAG. 166.

⁶³⁹ KELSEN Hans, Ob. Cit. 2. PAG. 166.

⁶⁴⁰ IBÍD. PAG. 171 y 172

⁶⁴¹ El principio de justicia internacional, constituye una de las bases de la legalidad internacional antes del ER de 1998, (vigencia en el año 2001).El mismo era posible en algunas legislaciones como la española para la persecución de crímenes internacionales. Por ejemplo, el caso adelantado en el año de 1998, mediante el cual la audiencia nacional procedió por los delitos de genocidio y terrorismo que se imputaban por la Jurisdicción española al Sr. Adolfo Francisco Scilingo y otros, cometidos entre 1976 y 1983, durante la dictadura en Argentina. En todo caso este principio, en el caso español, ha sufrido reformas como la del año 2009 que ha limitado sus efectos actuales (Ley Orgánica 1/2009 Art. 23.4. Ley Orgánica del Poder Judicial.). **AUDIENCIA NACIONAL** - Sala de lo Penal – Pleno Rollo de Apelación 84/98 – Sección Tercera -Sumario 19/97 - Juzgado

En este sentido, la jurisdicción universal se caracteriza porque no se vincula con ninguno de los tradicionales elementos constitutivos de la estatalidad, al definirse a través de un título de jurisdicción que atribuye competencia a autoridades de un Estado que carece de especiales vínculos o nexos de unión con los hechos de cuyo enjuiciamiento se trata⁶⁴². En efecto, desde la perspectiva analizada pueden advertirse criterios de jurisdicción universal que, de acuerdo con los trabajos del profesor Kai Ambos, confluyen en la combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional⁶⁴³. Es decir, se asocian las condiciones sustanciales y procesales susceptibles de persecución como el lugar de comisión del asunto, los autores y víctimas, o los intereses o bienes jurídicos lesionados⁶⁴⁴.

Por otra parte, la jurisdicción universal se destina no solo a proteger intereses estatales, sino también actos que vulneran directamente valores e intereses comunitarios⁶⁴⁵, junto con el concepto de lesión de bienes jurídicos que interesan a la comunidad internacional y su debida persecución y sanción. Los fundamentos referidos van a hacer parte de la

Central de Instrucción Número Cinco, Madrid, España., M.PAG. D. Francisco Castro Meije Et. Al. Decisión de 4 de Noviembre de 1998. SANDOVAL MESA Jaime A. Ob. Cit. Pags. 32 y 33

⁶⁴² La idea central de la responsabilidad de una determinada conducta (macro criminalidad) proviene del derecho penal; mientras que las clásicas figuras penales de Núremberg, en su calidad de normas internacionales, se deben clasificar formalmente como derecho internacional, al igual que las prohibiciones derivadas de los Derechos Humanos. De este modo la conducta en cuestión se somete a una punibilidad autónoma de derecho internacional como un principio de la responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional. **AMBOS Kai**, La Parte General del Derecho Penal Internacional, Bases para una elaboración dogmática. Traducción de Ezequiel Malarino. Fundación Honrad-Adenauer-Stiftung E.V. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. 2006 Pags. 34 y 35

⁶⁴³ En este punto, el derecho penal internacional es al mismo tiempo parte del derecho público formal, y puede originarse, básicamente, a través de la celebración de convenciones multilaterales por parte de los Estados interesados (crf. Art. 38 1. a. E.C.I.J.) o a través de la formación de derecho consuetudinario o principios generales del derecho. (cfr. Art. 38 1. b. y c. E.C.I.J. - E.C.IJ. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia -). **IBÍD.** Pags. 34 y 35

⁶⁴⁴ Desde esta perspectiva, el principio de universalidad sería aquel título de jurisdicción con el que los jueces y tribunales de un determinado Estado asumen competencia para enjuiciar delitos cometidos en el extranjero, por extranjeros, contra extranjeros y sin que tal Estado pueda considerarse especialmente lesionado. SANCHEZ LEGIDO Angel. Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional. Tirant Monografías 301. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 2004. PAG.. 37 y 38.

⁶⁴⁵ En virtud del mismo, según la ley penal de un Estado, como por ejemplo el Estado Español, es aplicable respecto de determinados delitos con independencia del lugar de su comisión y de la nacionalidad del delincuente (CFR. LOPJ Art. 23.4, Mod. Ley orgánica 3- de 8 de julio de 2005. Mod. Ley 1/2009. Art. 23.4. LOPJ.). Se trata de un principio complementario del de territorialidad, cuya finalidad última es impedir la impunidad del delincuente. ANDREZ DOMINGUEZ Ana Cristina, 2006 Ob. Cit. PAG. 177. SANCHEZ LEGIDO Ángel. Ob. Cit. . PAG. 40

legalidad penal internacional, así como lo fueron, la guerra justa, el derecho de gentes o los usos y costumbres de la guerra en el DIH y en los crímenes de guerra.

Lo anterior, por cuanto en el esquema del desarrollo clásico del principio de legalidad penal, analizado en el primer capítulo, lo relevante se centraba en el sistema penal, su seguridad y certeza legal e instituciones; sin embargo, el factor de efectividad e impunidad solamente viene a ser una preocupación que lentamente se va inscribiendo en la justicia internacional, de acuerdo con la jurisdicción universal que va generando obligaciones al orden interno.

La suma de todos los elementos anteriores, conforman el fundamento más relevante de la jurisdicción universal, que posteriormente se concibió en el Estatuto de Roma como un factor asociado a combatir la impunidad y que guarda una plena relación en su establecimiento⁶⁴⁶.

3.2. De los avances del principio de justicia universal hasta la legalidad penal concebida en la CPI

El proceso de formación del Estatuto de Roma, se fue dando en forma paralela a los desarrollos del principio de jurisdicción universal mencionado en el punto anterior⁶⁴⁷, como también en virtud de los alcances de los Tribunales *Ad Hoc*, y de las decisiones de los tribunales internacionales de protección de derechos humanos⁶⁴⁸. Debido a este proceso,

⁶⁴⁶ En el artículo 1º del Estatuto de Roma de 1998, se establece: "[...] Art. 1º. La Corte: Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional («La Corte»). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales (...)".

⁶⁴⁷ Todo lo anterior se erige atendiendo el sentido de sujeción y prevención del delito que se desarrolla sobre estos valores, que son el fruto de experiencias comunes a lo largo del tiempo y que a su vez requieren de un esfuerzo colectivo de la comunidad internacional, tanto de cooperación como de coerción, para asegurar su protección. BASSIOUNI M. Cherif. Ob. Cit. PAG. 49

⁶⁴⁸ Ignacio Berdugo menciona que esto se debe a que constituye el contenido de lo que se conoce como Derecho Penal Internacional, pues la legitimación para la consideración de las mismas como delitos se funda en el carácter de los bienes jurídicos a los que van referidos, que afectan a toda la humanidad y se exteriorizan en las normas del Derecho Internacional. **BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE Ignacio**. Acerca de la internacionalización del Derecho Penal. Artículo compilado en *El Principio de Justicia Universal: Fundamentos y Límites*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 2012. PAG. 23

entre 1946⁶⁴⁹ y 1996 se propició la codificación de los crímenes internacionales derivados de las graves violaciones de los derechos humanos y del DIH, para ser asumidos por un organismo de carácter internacional e independiente⁶⁵⁰.

La idea alrededor de este organismo internacional se inició en 1950, en virtud de la solicitud a la Comisión de Derecho Internacional (International Law Comisión - ILC) de estudiar la posibilidad de redacción de un código penal sustantivo y un estatuto para una Corte Penal Internacional (en adelante CPI), que sin embargo no tuvo mucho apoyo a causa de los hechos asociados a la Guerra Fría⁶⁵¹.

En 1951 se creó un nuevo comité, conformado por representantes de 17 Estados, cuyo objetivo era redactar una Convención para la creación de una Corte Penal Internacional, hecho que nuevamente no tuvo mayor acogida y fue postergado hasta la preparación del Proyecto de Código de Ofensas que contenía cinco artículos y una lista de trece crímenes

⁶⁴⁹ En efecto, durante la primera sesión de la Asamblea General de 1946, Estados Unidos respaldó la resolución 95 que confirmaba los principios del Derecho Internacional, reconocidos por la carta del Tribunal de Núremberg y la Jurisprudencia del Tribunal IMT. Después, en 1947, la Asamblea General ordenó al Comité de Codificación del Derecho Internacional, que es el predecesor de la Comisión de Derecho Internacional, formular una codificación general de las ofensas contra la paz y la seguridad de la humanidad. El autor reitera que en la época existían razones prácticas para ser partidarios de un sistema permanente de justicia penal internacional. Un sistema permanente eliminaría la necesidad de crear tribunales *ad hoc*, cada vez que fuera necesario. La decisión de establecer tales tribunales, sin mencionar la redacción de los estatutos aplicables, tomaba un tiempo considerable durante el cual las pruebas de los crímenes se vuelven muy difíciles de obtener y se disipa la voluntad política de llevar a cabo los procesos. La resolución establecía un mandato a la ILC, según el cual debía: "[...] 1. Formular los principios de derecho internacional reconocidos en la carta del tribunal de Núremberg y en la jurisprudencia y el tribunal, y 2. Preparar un proyecto de código de ofensas contra la paz y la seguridad de la humanidad, indicando claramente el lugar que se le debe conceder a los principios mencionados...". **BASSIOUNI M. Cherif, (Volumen 10 Mayo de 1999)**, Ob. Cit. PAG.. 89 y 90. **WERLE Gerhard**. Ob. Cit. PAG. 63 y 64

⁶⁵⁰ Posteriormente, el 9 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención Sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio. Para la época, dicha convención determinaba el llamado a juicio de los criminales por los Estados con jurisdicción territorial o por los tribunales penales internacionales que pudieran tener competencia. **BASSIOUNI M. Cherif. (Volumen 10 Mayo de 1999)**, Ob. Cit. PAG. 91.

⁶⁵¹ Se trataba de un código de ofensas para la paz. Muchos países pensaban, para ese entonces, que en teoría el establecimiento de la Corte Penal Internacional (CPI) era benéfico; sin embargo, en la práctica, ello era imposible debido a la disparidad de criterios entre las potencias mundiales, dados los acontecimientos de la Guerra Fría. En el caso citado, la Unión Soviética temía que esto pudiese afectar su soberanía. En tanto que los Estados Unidos, en este punto de la Guerra Fría, estaban preparados para tal iniciativa. Por su parte, Francia era el único miembro permanente del Consejo de Seguridad dispuesto a apoyar la propuesta. **IBÍD.** PAG. 91. Solo el ambiente favorable tras el fin de la Guerra Fría propició los trabajos para la creación de un Tribunal Penal Internacional. **WERLE Gerhard**. Ob. Cit. PAG. 64.

internacionales⁶⁵². El mismo fue entregado a la Asamblea General en 1954. De su contenido vale la pena destacar su artículo 2º, referente a la agresión; fundamento que propició su definición hasta las discusiones de 1974, mediante una resolución de consenso⁶⁵³ que no fue incluida en ningún instrumento multilateral⁶⁵⁴.

El proceso definitivo para la redacción de un proyecto preparatorio de lo que sería un código de ofensas de la futura Corte Penal Internacional se daría, inevitablemente, entre 1981 y 1996⁶⁵⁵. La propuesta final fue impulsada para ser sometida a discusión en la Asamblea General, y el 17 de julio de 1998 se produjo su aprobación definitiva⁶⁵⁶. El instrumento, luego del cumplimiento de las condiciones especiales para su ratificación, fue puesto en vigencia el 1º de Julio de 2002, ante la comunidad internacional. Este trabajo que culminó en virtud de los antecedentes referidos, permitieron el establecimiento de un tribunal permanente para juzgar los crímenes más graves en contra de la humanidad y la consolidación de la CPI, lo que generó unos presupuestos especiales alrededor de la conformación del principio de legalidad penal internacional, como se examina a continuación⁶⁵⁷.

⁶⁵² Los aspectos legales y sustanciales de la codificación fueron encomendados a un órgano de redacción, mientras que otro órgano se encargaba de la forma como se haría cumplir la normatividad sustantiva. **BASSIOUNI M. Cherif** (Volumen 10 Mayo de 1999) Ob. Cit. PAG. 92.

⁶⁵³ Debido a que los dos proyectos, es decir, la Corte Penal Internacional y el Código de Ofensas, dependían de las decisiones de los comités especiales mencionados, no pudieron tener un mayor desarrollo, y fueron puestos a un lado, mientras se desarrollaron las definiciones de los delitos y de las medidas, proceso que duró varias décadas. **BASSIOUNI M. Cherif** (Volumen 10 Mayo de 1999) Ob. Cit. PAG. 92.

⁶⁵⁴ Al respecto, entre 1954 y 1974 se nombraron cuatro comités para definir la agresión, los cuales se conformaron sucesivamente de 15 miembros hasta un número especial de 35 delegados, hecho que se consolidó en el año de 1974 con la promulgación de una resolución de consenso que no fue incluida en ningún instrumento multilateral. **IBÍD..** PAG. 93 y 94

⁶⁵⁵ En 1981, la Asamblea General solicitó reconsiderar el proyecto del Estatuto de la Corte Penal Internacional, así como el Proyecto del Código de Ofensas y, al año siguiente, el nuevo relator designado elaboró un informe que contenía algunas consideraciones generales sobre Derecho Penal Internacional, responsabilidad Estatal y Personal, así como observaciones sobre su contenido. El texto definitivo fue terminado en 1991 y debido a las críticas presentadas tanto por algunos gobiernos como por académicos, su texto fue revisado y adoptado hasta 1996. **IBÍD..** PAG. 95.

⁶⁵⁶ Desde el comienzo de las negociaciones se presentaron dos grupos de Estados. Los que propugnaban por una posición de un tribunal fuerte e independiente (Australia, Canadá y Alemania) y otros que preferían la idea de una tribunal débil y más bien simbólico (Estados Unidos, India y China) que solo podía ser activado en situaciones de crisis por el Consejo de Seguridad. **WERLE Gerhard.** Ob. Cit. PAG.. 65 y 66

⁶⁵⁷ En el curso de las negociaciones, las cuestiones jurídicas materiales, sobre todo la formulación de los tipos penales, no tuvieron mayor controversia, en virtud de la temprana acotación de las negociaciones a los crímenes fundamentales de derecho penal internacional. Esto obedeció a que se tenían los precedentes del Tribunal Militar de Núremberg, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal

3.3. Elementos del principio de legalidad en el Estatuto de Roma

En resumidas cuentas, en el art. 1º de la CPI se desarrolla la jurisdicción internacional, conforme a lo establecido en el art. 4º del ER⁶⁵⁸. Tales fundamentos advierten que el campo de acción de la CPI, como organismo Internacional, comprende una estructura propia, una organización específica y, lo más relevante, una personalidad jurídica internacional⁶⁵⁹.

A partir de tales elementos se comienza a determinar, desde el plano de la función, la competencia, la legalidad de los delitos y de las penas, la prohibición de su doble juzgamiento, etc. Este último principio además aparece acorde con la competencia suplementaria del instrumento, bajo unas características especiales. Así se puede observar toda una integración de las normas de derecho internacional que directamente fundamentan, excluyen o regulan la responsabilidad penal⁶⁶⁰.

Desde el punto de vista del principio de legalidad penal de las conductas establecidas en el ER, se puede observar, en primera instancia, el art. 22, según el cual se describe dicho concepto bajo la denominación de principio *nullum crimen sine lege*⁶⁶¹. Frente a este

Internacional para Ruanda, que significaban ejemplos probados de justicia en la práctica. **WERLE Gerhard.** Ob. Cit. PAG. 66

⁶⁵⁸ Art. 4º del Estatuto de Roma: "[...] **Condición Jurídica y Atribuciones de la Corte:** 1. La Corte tendrá personalidad jurídica internacional. Tendrá también la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos. 2. La Corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado [...]" Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Documento citado de Naciones Unidas citado, pag. 3.

⁶⁵⁹ En este sentido, los fundamentos de legitimidad se traducen en el interés estatal de promoción de las instituciones provenientes del ER, lo cual deriva en una obligación de adaptación de las mismas en los Estados, lo que se traduce, según Werle, en un enraizamiento mucho más firme del DPI en el ordenamiento jurídico interno. Este desarrollo fortalece la legitimidad en general del sistema penal internacional, en favor de la persecución de los crímenes internacionales y la lucha contra la impunidad. **WERLE Gerhard.** Ob. Cit. PAG. 76

⁶⁶⁰ La pertenencia de un tipo penal al DPI requiere en primer lugar: La norma debe describir un injusto culpable individualmente y amenazar con una pena como efecto jurídico. En segundo lugar, la norma debe ser parte de un ordenamiento jurídico internacional. En tercer lugar, la punibilidad debe existir con independencia de la recepción del tipo delictivo en el orden jurídico estatal. **IBÍD.** PAG. 78

⁶⁶¹ Art. 22 ER. "[...] *Nullum crimen sine lege:* **1.** Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. **2.** La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. **3.** Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la

punto, en el Derecho Penal Internacional (DPI) confluyen dos corrientes provenientes del Derecho Internacional convencional o del Derecho Internacional consuetudinario⁶⁶². Así, por ejemplo, a diferencia de la fuente consuetudinaria, la fuente convencional le da precisión a las conductas del DPI, fundamento que permite en el ER someter el principio de legalidad a las definiciones del art. 5º y siguientes, dando lugar a un proceso en el cual se jerarquizan tales fuentes. Las mismas le dan relevancia en cuanto a su importancia en la interpretación de sus normas (art. 21, ER)⁶⁶³.

Es decir, del artículo referido se advierte, en primer lugar, el desarrollo de una noción principal de justicia, según la cual, no es posible determinar la responsabilidad de alguien penalmente, sin que exista ley previa que describa la conducta objeto de la incriminación. En segundo término, se proscribe la interpretación por analogía de las conductas punibles y se deja en claro la autonomía de las conductas descritas⁶⁶⁴.

De acuerdo con los conceptos del profesor Jaén Vallejo (2008), el principio analizado posee cuatro características esenciales que deben ser contenidas en todo ordenamiento penal, las cuales corresponden a sus formas típicas de vulneración, como son: la prohibición de fundar la represión penal de una conducta en normas distintas a las contenidas en una ley formal (*lex scripta*). La prohibición de aplicar la ley penal a supuestos no previstos por ella, es decir, la llamada prohibición de aplicación analógica de la ley penal (*lex stricta*). La prohibición de aplicación retroactiva y la creación de normas penales que fundamenten o agraven la responsabilidad penal (*lex previa*). Junto con la prohibición de crear leyes penales con contenido indeterminado (*lex certa*)⁶⁶⁵.

tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto [...]". Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Documento de Naciones Unidas citado, PAG. 18.

⁶⁶² **HORMAZABAL MALAREE Hernán**. Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal. Artículo compilado en El Texto: El Principio de Justicia Universal: Fundamentos y Límites. Editorial Tirant Lo Blanche. Valencia, España, 2012. PAG. 241

⁶⁶³ Sin embargo se permite la fuente proveniente del Derecho Internacional (22.3, ER), lo que se ha denominado el principio de legalidad en términos del *nullum crimen nulla poena sine iure*. Esto, según Hormazábal, no altera el núcleo del principio referido. **IBÍD.** PAG. 241

⁶⁶⁴ Dentro del espacio del principio de legalidad del DPI aparece la definición de comportamientos punibles, el derecho procesal penal internacional, las reglas para su investigación, las instituciones y regulación de los órganos jurisdiccionales y los encargados de la ejecución de las penas. En todas estas disciplinas rige el principio de legalidad, el cual transversal y el punto de unión entre todas ellas. **IBÍD.** PAG. 243

⁶⁶⁵ **JAEN VALLEJO Manuel** Ob. Cit. PAG. 38

Kai Ambos anota que estas 4 características enunciadas se encuentran presentes en el Estatuto de Roma, en los arts. 22 a 24, y que allí se consagra el principio de no retroactividad de la ley penal, lo que reitera el carácter de *nullum crimen sine legem* (art. 22, ER)⁶⁶⁶. Siguiendo esta orientación, en el ER se verifica el gran paso frente al respeto de la garantía fundamental del principio de legalidad que determina la competencia material, hacia la proclamación de una garantía penal, es decir, de normas penales que satisfagan la garantía criminal de la ley escrita, previa y taxativa de la conducta incriminada⁶⁶⁷. Este criterio reitera los presupuestos alrededor de la existencia, en el principio de legalidad, de una garantía criminal para los fundamentos de hecho, y la sanción como elementos de la conducta objeto de prohibición penal. Así mismo, este fundamento representa la necesidad de abordar la garantía de su enjuiciamiento⁶⁶⁸.

Bajo este concepto, las garantías penales abarcan en el Estatuto, el principio de legalidad (art. 22.1.), la irretroactividad de la ley penal internacional (art. 24), la proscripción de la analogía (art. 22.2.) y el principio de imputación subjetiva (art. 25)⁶⁶⁹. Es decir, el principio de legalidad supone el reconocimiento de la garantía criminal, tanto en su aspecto material de predeterminación normativa, como en su aspecto formal (rango de ley de la norma), e implica la garantía penal (art. 21 “*Nulla poena sine lege*”); sin perjuicio de la crítica que pueda merecer la ausencia de dosimetría penal, pues no se asigna una pena a cada crimen ni se concretan los criterios de individualización de la sanción (agravantes y atenuantes), siguiéndose aquí el sistema anglosajón que impera en el procedimiento⁶⁷⁰.

⁶⁶⁶ Advierte que dicha característica, en casos como el del Tribunal de Núremberg, ha sucumbido frente al principio de justicia que en dicha ocasión permitió la legislación *ex post facto* de los hechos. AMBOS KAI (2004) El nuevo Derecho Penal Internacional. Lecturas compiladas. Curso Andino sobre la Corte Penal Internacional. Lima Perú febrero 2008. PAG. 276 a 278.

⁶⁶⁷ RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO José Luis. “Los Principios Generales de Derecho Penal en relación con los Crímenes Internacionales” Jornadas sobre Justicia Penal Internacional, Escuela Gallega de Administración Pública. Santiago de Compostela, España 18 al 19 de mayo de 2000. Pag. 5.

⁶⁶⁸ En este orden de ideas, los arts. 5, 6, 7 y 8 del ER no son estrictamente normas sustantivas penales, sino que también tienen el carácter de normas que fijan la competencia objetiva de la CPI. Así el art. 5º del ER señala la competencia, pues en forma genérica determina los crímenes de competencia (genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión). En los artículos siguientes se especifican los comportamientos punibles que se comprenden dentro de cada uno de estos géneros. **HORMAZABAL MALAREE Hernán.** Ob. Cit. PAG. 245 y 246.

⁶⁶⁹ **HORMAZABAL MALAREE Hernán.** Ob. Cit. PAG. 248

⁶⁷⁰ RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO José Luis. Ob. Cit. PAG. 5

No obstante lo anterior, para algunos autores como Ana Cristina Andrés Domínguez, este aspecto del principio de legalidad es parcialmente cierto, debido a que la interpretación de los arts. 22 a 24 ER debe hacerse con respecto al art. 21 ER, que permite incluso la descripción de conductas acudiendo a los principios generales del Derecho, la doctrina y la jurisprudencia, debido a la influencia del *Common Law*⁶⁷¹. Sin embargo, esta interpretación del estatuto señala que esto es posible siempre y cuando no se contradigan los presupuestos establecidos en el tratado y en sus instrumentos complementarios, con lo cual esta posibilidad es limitada y poco probable⁶⁷².

Por otra parte, en el tema de la definición de los delitos de la Corte, Rodríguez Villasante señala que la palabra “conducta”, empleada en el art. 22 del Estatuto (principio de legalidad – determinación de la conducta) fue cuidadosamente elegida para comprender no solo los crímenes de acción dado un comportamiento positivo, sino también la conducta relativa a los delitos de omisión dentro de los crímenes de guerra, y la comisión por omisión como lo estipulado en el art. 28 que regula la responsabilidad de los jefes y otros superiores, por no haber adoptado todas las medidas necesarias para prevenir los crímenes cometidos por sus subordinados⁶⁷³.

En el mismo sentido, la existencia de tipos abiertos no implica el desconocimiento del principio de legalidad, sino que frente a los tipos cerrados se hace una completa descripción fáctica del crimen. Según este autor, los tipos abiertos necesitan ser complementados con elementos normativos⁶⁷⁴ o con elementos valorativos constituidos por cláusulas generales que se identifican con el juicio mismo de antijuridicidad, los cuales

⁶⁷¹ El principio de juridicidad es una versión de los sistemas de *Common law*, más amplio que el principio de legalidad de los sistemas continentales. El mismo se encuentra desprovisto de la reserve de la ley para la descripción de tipos penales y admite la configuración de las conductas, incluso a partir de la costumbre y la jurisprudencia. CFR. ANDRES DOMINGUEZ A.C. 2006, PAG. 95 y 126 a 132.

⁶⁷² La autora referida advierte también que esta es una variante que aparece en el Estatuto, debido a la influencia del Common Law, que permite el principio de “juridicidad”, por ejemplo en crímenes como el referido a otros actos inhumanos (art. 7º, Lit. k E.R.) que no tiene una definición concreta. ANDRES DOMINGUEZ A.C. 2006, PAG. 95 y 126 a 132. SANDOVAL MESA Jaime Alberto. Ob. Cit. Pags. 50 a 53

⁶⁷³ RODRIGUEZ VILLASANTE y PRIETO JoséLuis. Ob. Cit. PAG. 6. Cfr. Sandoval Mesa Jaime Alberto, Bogotá D.C. 2003. Ob. Cit. pag. 88.

⁶⁷⁴ Por ejemplo, la remisión a determinados preceptos de los convenios de Ginebra u otros instrumentos convencionales, como la encarcelación “en violación de normas fundamentales de derecho internacional” del art. 7.e.) del Estatuto o el crimen de guerra consistente en dirigir ataques contra objetos o ciudades que “no sean objetivos militares” de los arts. 8.2.b) ii) y v) del mismo Estatuto. IBÍD.PAG. 6

quedan a la libre apreciación de la Corte, luego de su concreción y valoración en la formulación de los “elementos del crimen”.⁶⁷⁵

En general todas estas nuevas concepciones plasmadas en el principio de legalidad concebido en el Estatuto de Roma, así como en los demás sistemas internacionales de protección de derechos humanos examinados, reiteran pese a la amplitud de la interpretación y las posibilidades de extensión de la norma penal internacional un criterio basado en la ley internacional.

En este sentido es parcialmente cierto lo aseverado por Ana Cristina Andrés Domínguez, en la medida en que el sistema de fuentes del art. 21 del ER, acude para la interpretación al instrumento y a los elementos del crimen y reglas de procedimiento y prueba. Esto se complementa con una cláusula según la cual se recurre al derecho interno o a los principios generales del derecho siempre y cuando no existan contradicciones con el Estatuto, y por lo tanto se aplicará de preferencia este último. Con esta disposición se cierra el camino a la amplitud ilimitada de interpretación de los crímenes internacionales en materia de legalidad penal internacional.

El mismo efecto ocurre en los Tribunales *ad hoc* y en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, en los cuales, posiblemente, el máximo nivel de interpretación reside en sus normas internacionales e incluso en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Ahora bien, en el siguiente capítulo se analizará la forma en que los elementos del principio de legalidad penal tradicional y del principio concebido en la justicia penal internacional generan efectos en la situación particular del derecho colombiano. En el caso nacional, se presentan además nuevos elementos *sui generis*, como la presencia de un conflicto armado y otros elementos transnacionales y de justicia transicional que indudablemente generan consecuencias en el principio de legalidad penal estudiado.

⁶⁷⁵ Así, el crimen de lesa humanidad, que se describe como “otros actos inhumanos de carácter similar...” en el apartado k) del art. 7.1 del Estatuto o el crimen de guerra, consistente en privar a un prisionero de guerra “de sus derechos a un juicio justo e imparcial” del artículo 8.2.a.) apartado vi) del Estatuto. IBÍD. PAG. 6.

Por el momento, resulta conveniente observar las consecuencias del principio de legalidad frente a los crímenes objeto de competencia y los diferentes desarrollos que se advierten en tales fundamentos.

4. El Estatuto de Roma (ER): relación entre el principio de legalidad y los crímenes de su competencia

En primer lugar, el concepto de legalidad del ER se deriva de su art. 5º, en el que además se verifica la competencia de la Corte Penal Internacional en los crímenes internacionales más graves en contra de la humanidad, a saber: a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra; d) el crimen de agresión. A través de dicha cláusula, se observan los crímenes descritos bajo el ámbito de competencia de la CPI⁶⁷⁶.

Los presupuestos anteriores permitieron la construcción del concepto de legalidad internacional, el cual se proyecta en su contenido material. La suma de sus componentes, conforme a lo expuesto en los numerales anteriores, implicaría que el contenido de legitimidad de la justicia internacional del ER se expresa con mayor intensidad, en primer lugar, en virtud de la jurisdicción internacional contenida en su art. 1º, en segundo término, en el alcance del principio de legalidad del ER derivado de su art. 22, junto con las demás normas rectoras, tanto sustanciales como procesales, y finalmente en el contenido material de las conductas objeto de persecución internacional⁶⁷⁷. Teniendo en cuenta este concepto, los crímenes respecto del principio de legalidad revelan los siguientes aspectos:

⁶⁷⁶ Ahora bien, en el Estatuto de Roma los principios que analizan y complementan el alcance de dichas conductas se estructuran, como lo señala Ana Cristina Andrés Domínguez, de la siguiente manera: principio de legalidad de los delitos y de las penas (arts. 22 a 24 ER); normas relativas a la responsabilidad penal (arts. 25, 27, 28, 29 y 30) y normas referentes a la exclusión de la responsabilidad penal (arts. 26, 31, 32 y 33). **ANDRÉS DOMÍNGUEZ A.C.** 2006 Ob. Cit. PAG. 126. SANDOVAL MESA Jaime A. Ob. Cit. 2012 Pags. 50 a 53.

⁶⁷⁷ En este sentido en la decisión de condena de Thomas Lubanga por el crimen de reclutamiento forzado de menores, la CPI estableció el marco legal para la sentencia siguiendo el principio de legalidad establecido en el Estatuto de Roma y su cuerpo complementario de la siguiente forma: El marco legal aplicable a la etapa de determinación de la sentencia, corresponde a la aplicación del artículo 21 (1) del Estatuto, a los artículos 23, 76, 77, 78 y 81 (2) (a) del Estatuto y al Reglamento de procedimiento y prueba arts. 143, 145 y 146 ninguna de estas disposiciones limitan la valoración de factores que están siendo considerados durante la sentencia. **SITUATION IN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v THOMAS LUBANGA DYILO.** International Criminal Court. Trial Chamber I. No.: ICC-01/04-01/06 Date: 10 July 2012. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute.

4.1. Relación frente al genocidio

El crimen de genocidio en sus comienzos aparecía fusionado con las conductas de lesa humanidad que guardaban similitudes en los comportamientos y elementos especiales. Según Werle, se trataba de una figura que si bien pudo generarse en los actos contra los armenios en 1915⁶⁷⁸, sin duda se originó en la posguerra (siglo XX), con ocasión de los trabajos de Raphael Lemkin derivados de los juicios de Núremberg⁶⁷⁹. En este sentido las modalidades del Crimen específico, aparecieron descritas (art. 2º) en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948), que es considerada un instrumento de derecho internacional consuetudinario y como *ius cogens*⁶⁸⁰. Es decir, a pesar de que el genocidio se considera como el crimen más atroz y que el mundo ha sido testigo de muchos actos de genocidio ocurridos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial⁶⁸¹, han sido pocas las condenas por este crimen⁶⁸². Además, determinar la

⁶⁷⁸ Según Werle, en los actos contra los armenios, cuya estimación sobre el número de víctimas oscila entre 500.000 y un millón de personas, el momento culminante de esta conducta se presentó cuando más de seis millones de judíos murieron bajo la política del Tercer Reich, tras la subida al poder de Hitler en 1933. En Alemania los judíos fueron despojados de sus derechos y apartados de la sociedad, entre múltiples actos que se produjeron luego y durante la Segunda Guerra Mundial. **WERLE George**. Ob. Cit. 2011 PAG. 409.

⁶⁷⁹ Sobre este punto es preciso destacar que el término genocidio tiene sus orígenes en los trabajos de Raphaël Lemkin, para referirse al holocausto judío. La palabra se compone del griego *Genos*, que significa raza, y la expresión latina *caedere*, que significa matar. **IBÍD.** PAG. 412. Los acuerdos de Londres no incluyeron el genocidio expresamente en el listado de delitos por los cuales serían Juzgados los líderes nacionalsocialistas y en la práctica tales crímenes terminaron siendo calificados de lesa humanidad. **RAMELLI ARTEAGA Alejandro**. Ob. Cit. PAG. 216. **RAMÍREZ SANGUINO Waldyr**. El delito de Genocidio. Ed. Leyer. Bogotá D.C. 2003. PAG.. 12 y 13

⁶⁸⁰ Según Werle, la respuesta penal al genocidio en el Tribunal Militar Internacional de Núremberg tuvo un valor secundario y, pese a la adopción de la Convención contra el Genocidio (1948), solo hasta el Tribunal de la Antigua ex Yugoslavia se estableció una competencia para su persecución. **WERLE George**. Ob. Cit. 2011 PAG. 411 y 415. La Corte Constitucional analiza los antecedentes del término de genocidio, en la revisión de constitucionalidad del Estatuto de Roma realizada el 30 de julio de 2002. En tal sentido advierte que para reafirmar este señalamiento, se impone que aun cuando en el Estatuto de Núremberg no se emplea la expresión genocidio, ni ninguno de los criminales nazis fue condenado por tal conducta, la definición de crímenes contra la humanidad que se utiliza en el art. 6 (c) del mismo, cubre varios de los actos que hoy en día hacen parte de la definición legal de genocidio. Señala la Corte que uno de los casos más famosos por este crimen es el de Adolph Eichmann, quien fue condenado a muerte y ejecutado por genocidio por la Corte de Israel. Ver Attorney General of Israel vs. Eichmann (1968), 36 ILR (District Court). **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-578 DE 2002.

⁶⁸¹ En el texto elaborado por Lemkin sobre el particular se enfatizó que el elemento que distinguía al genocidio de otros crímenes era la existencia de un plan sistemático para destruir las bases esenciales de un grupo, con el fin de eliminarlo. Ese plan sistemático fue descrito por Lemkin en los siguientes términos: "El objetivo de tal plan debe ser la desintegración de las instituciones políticas y sociales, la cultura, el lenguaje, los sentimientos nacionales, la religión y la subsistencia económica de grupos nacionales, así como la destrucción de la seguridad personal, la libertad, la salud, la dignidad e incluso la vida de los miembros de dichos grupos nacionales. El genocidio se dirige contra el grupo nacional como tal, y las acciones ejecutadas contra los individuos de dicho grupo se hacen por el solo hecho de pertenecer a dicho grupo nacional" (Traducción). **LEMKIN Raphaël**. Axis Rule in Occupied Europe. Laws of Occupation. Analysis of Government proposals for

situación concreta en que se presenta también ha sido objeto de controversia dados los factores que se deben sumar para su comisión. En términos de legitimidad, puede ser el concepto más complejo y exigente en la justicia internacional para su producción efectiva. En el Estatuto de Roma el Genocidio fue definido en su art. 6⁶⁸³ como los actos destinados a destruir⁶⁸⁴ total o parcialmente⁶⁸⁵ un grupo nacional⁶⁸⁶, étnico, racial o religioso, conforme a las modalidades⁶⁸⁷ específicas establecidas⁶⁸⁸.

Con respecto a las conductas referidas en el Estatuto de Roma, Kai Ambos advierte que, en términos generales, se requiere, por lo menos objetivamente, que haya víctimas en el genocidio y que se manifieste la intención⁶⁸⁹ de destruir⁶⁹⁰ a un número apreciable de

Redress. Carnegie Endowment For International Peace. Edit. Rumford Press, Concord NH. United States of America 1944. Pags 79 y 80. Revisión sobre el texto original de la traducción realizada de este fragmento por la **CORTE CONSTITUCIONAL** en la Sentencia C-578 de 2002.

⁶⁸² IBÍD.

⁶⁸³ Estatuto de Roma. "Artículo 6: Genocidio: A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por 'genocidio' cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo. b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo. c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo. e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo".

⁶⁸⁴ "Art.6 a) Elementos del Crimen. La expresión "dado muerte" es intercambiable con la expresión "causado la muerte". Notas Interpretativas, Comisión redactora de los Elementos del Crimen de las Naciones Unidas. Documento PCNICC/2000/INF/3/Add.2 (2003)– Informe Comisión redactora de los Elementos del Crimen de las Naciones Unidas. pag. 6.

⁶⁸⁵ "Art.6 b) – Elementos del Crimen. Esta conducta puede incluir, actos de tortura, violaciones, violencia sexual o tratos inhumanos o degradantes, pero no está necesariamente limitada a ellos". Notas Interpretativas, Comisión redactora de los Elementos del Crimen de las Naciones Unidas. Ibidem pag. 6 y 7

⁶⁸⁶ "Art. 6 c) Elementos del Crimen. La expresión "condiciones de existencia" podrá incluir, entre otras cosas, el hecho de privar a esas personas de los recursos indispensables para la supervivencia, como alimentos o servicios médicos, o de expulsarlos sistemáticamente de sus hogares." Notas Interpretativas, Comisión redactora de los Elementos del Crimen de las Naciones Unidas. Ibidem. PAG. 7

⁶⁸⁷ "Art.6 d) Elementos del Crimen. Ibidem. pag. 7".

⁶⁸⁸ "Art.6 e). La expresión "por la fuerza" no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción." Notas Interpretativas, Comisión redactora de los Elementos del Crimen de las Naciones Unidas. Elementos del Crimen Ob. Cit. pag. 8

⁶⁸⁹ Es importante destacar que en el art. 25.3 del ER se establece la instigación al genocidio, conducta que procede de la Convención de 1948 (prevención y sanción del genocidio). El precepto fundamenta la punición autónoma de una forma de participación, esto es, a inducción, aunque sea solo intentada al genocidio. No se exige la producción de un resultado típico. **WERLE Gerhard**. 2011 Ob. Cit. PAG. 451. De acuerdo con el ER, en su art. 30, se requiere dolo, es decir la intención y el conocimiento en cualquiera de las conductas que lo tipifican. Debe existir un *dolus specialis*, es decir tener el ánimo o la intención de destrucción total o parcial

miembros de determinado grupo⁶⁹¹. De igual forma, no obstante que se distinguen unos grupos especiales objeto de vulneración⁶⁹², en el caso del genocidio del ER los grupos políticos, económicos y culturales no están protegidos por la Convención, ni por las disposiciones de los Estatutos de los Tribunales Internacionales⁶⁹³, en virtud de que se trata de grupos móviles que no son estables, de acuerdo con las experiencias de los Tribunales Internacionales *ad hoc*⁶⁹⁴. La laguna, según Kai Ambos, puede llenarse con el crimen de persecución, siendo este un crimen contra la humanidad, según el art. 7° (2) (g), que de cierta forma ya se había utilizado en algunos casos para castigar el exterminio de judíos y de otros grupos religiosos en la Alemania Nazi⁶⁹⁵. En concreto, en los elementos del crimen se desarrollan las cinco categorías de genocidio enunciadas en el

de un grupo protegido en razón de su pertenencia al mismo, dirigido por la intolerancia. Formación Especializada en Investigación, Juzgamiento y Sanción de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario Tomo I. **FORERO RAMÍREZ Juan Carlos Et. Al.** URosario/Ideamérica. Edit. Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH /Proyecto Lucha contra la impunidad. Bogotá D.C. PAG. 31

⁶⁹⁰ En el genocidio son punibles acciones de extinción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Se protege así la existencia y continuidad social de los grupos y la dignidad de las víctimas. Así, las modalidades típicas descritas representan los actos objetivos de comisión, junto con el elemento subjetivo traducido en el dolo que se menciona en la intención de destrucción de los grupos mencionados **WERLE Gerhard.2011** Ob. Cit. PAG. 415. Rodríguez Villasante reitera esta posición y señala que en la diferencia de los restantes crímenes de la competencia de la Corte, no se ha creído necesario establecer un “umbral” como hace el Estatuto en los crímenes de lesa humanidad (como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil), aunque la utilización del plural o de un sujeto colectivo para describir el sujeto pasivo (“miembros del grupo” “grupo” o “niños”) deja fuera del tipo las acciones aisladas dirigidas contra una sola persona. **RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO J.** 2000. Ob. Cit. pag. 8

⁶⁹¹ El asunto analizado corresponde al Tribunal para la Antigua Yugoslavia (caso Krstic). **AMBOS Kai**, (2004) Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional. Ed. Temis pag. 22 y 23.

⁶⁹² El crimen de genocidio protege el derecho a la existencia de determinados grupos, como consecuencia del proceso de creación de la Convención contra el Genocidio (1948), por tanto la Asamblea General definió en su Resolución (96 –I-) de 1946 el Genocidio como una negación del derecho a la Existencia de Grupos Humanos enteros. **WERLE Gerhard. 2011** Ob. Cit. PAG. 416. Para la definición de la conducta se requiere la producción de cualquiera de los actos extremos descritos, los cuales, además de que cuentan como actos de genocidio, son lo suficientemente claros, en términos legales, para que ni una sola persona tenga que morir, para que se considere cometido un acto de genocidio. Los actos requeridos pueden ser los siguientes: lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo. **SUNGA LYAL S. (1999)** La Jurisdicción “ratione materiae” de la Corte Penal Internacional. Artículo compilado por **AMBOS KAI** y **GUERRERO OSCAR JULIAN**, (1999). El Estatuto Penal de Roma. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. pag. 244.

⁶⁹³ Un grupo es una pluralidad de personas unidas en forma duradera por características comunes que se diferencia del resto de la población. El tipo protege tan solo a aquellos grupos que se constituyen a través de características étnicas, raciales o religiosas. **WERLE Gerhard.2011** Ob. Cit. PAG. 418.

⁶⁹⁴ **AMBOS Kai**, Ob. Cit. 2004. PAG.. 22 y 23

⁶⁹⁵ **IBÍD.** PAG.. 22 y 23

tipo descrito en el Estatuto de Roma, de las cuales es viable observar los siguientes elementos comunes:

- [...] 1. Que la persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.
2. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.
3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción...”.⁶⁹⁶

De otra parte, en el genocidio se distingue su naturaleza especial destinada al exterminio de un grupo en particular⁶⁹⁷, lo cual revela la existencia dentro del Estado de un aparato destructor que puede incluso ser el mismo Estado o grupos organizados que tengan una capacidad para ejercer dichos actos. En el terreno del concepto de legitimidad internacional, se refiere a los atentados que provienen de ciertos aparatos criminales organizados de poder, que no reconocen la legalidad del Estado y se superponen al mismo, para exterminar a los grupos protegidos con la norma⁶⁹⁸. En otras palabras, si sus actos son en virtud de actuaciones estatales, desde este punto de vista son absolutamente ilegítimas. Si son particulares, por fuera de la actuación estatal, la falta de poder de contención del Estado revela una legalidad aparente que también corresponde a actos ilegítimos. Más adelante se abordará el asunto. Así mismo, el genocidio puede concurrir con las conductas de lesa humanidad en el contexto de un conflicto armado (interno o internacional), en el escenario de una agresión o bien en tiempos de paz⁶⁹⁹. En

⁶⁹⁶ DOCUMENTO PCNICC/2000/INF/3/Add.2. Informe Comisión redactora de los Elementos del Crimen de las Naciones Unidas. 2003. PAG. 6.

⁶⁹⁷ Así, el Estatuto tipifica en sus apartados a) y b) del art. 6º el llamado “genocidio físico” (matanza o lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo), mientras que el “genocidio biológico” aparece descrito en los apartados c) y d) del mismo precepto (sometimiento a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física del grupo, total o parcial, y las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo). Igualmente como “genocidio cultural” puede considerarse la conducta incriminada en el apartado e), consistente en el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo. En los trabajos de la comisión preparatoria constituida en las Naciones Unidas para preparar, entre otros textos, los “Elementos de los crímenes”, se consideró la inclusión como genocidio a los actos de tortura, violación, violación sexual, depuración étnica o tratos inhumanos o degradantes. En tal sentido se presentó una propuesta para establecer que el sujeto pasivo fuera menor de dieciocho años, en el caso del traslado forzoso de niños. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO J. (2000). Ob Cit. pag. 8.

⁶⁹⁸ Otra forma de identificar a los grupos protegidos (étnico, racial o religioso) puede partir de criterios objetivos como las costumbres culturales colectivas, lengua común, fe común o en similares características corporales externas como el color de la piel o la constitución física. También se puede acudir a criterios subjetivos como la adscripción a procesos sociales, a partir de la percepción propia o ajena de uno de los grupos citados. **WERLE Gerhard.2011** Ob. Cit. PAG. 420.

⁶⁹⁹ De igual forma, dos preceptos integrados en los principios generales del Derecho Penal hacen expresa referencia al crimen de genocidio. En el primero (art. 25.3.e. del Estatuto) se incrimina específicamente la

síntesis, el genocidio corresponde al atentado más grave, dada la intencionalidad específica de destrucción particular⁷⁰⁰.

4.2. Relación de los crímenes de lesa humanidad con el principio de legalidad

En el Estatuto de Roma los crímenes de lesa humanidad son definidos a partir de las conductas establecidas en el art. 7º (ER)⁷⁰¹ las cuales requieren como elementos de configuración de la conducta, de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil, con conocimiento del mismo, conforme a los postulados que se definen en el párrafo primero⁷⁰². Todas las modalidades descritas en la norma se sujetan a estos elementos comunes indicados para la ocurrencia del crimen.

instigación directa y pública a que se cometa este delito. El segundo precepto (numeral 2º, del art. 33 del Estatuto) establece una discutible presunción de derecho *iure et de iure* (que no admite prueba en contrario) de la manifiesta ilicitud de una orden de comisión del crimen de genocidio. RODRIGUEZ VILLASANTE y PRIETO J. L. Ob. Cit. pag. 8. Cfr. **SANDOVAL MESA Jaime Alberto**. Ob. Cit. 2003. pag. 91

⁷⁰⁰ Por su parte, en la introducción de los elementos del crimen, con respecto al genocidio, se informa que la expresión “en el contexto de” incluiría los actos iniciales de una serie que comienza a perfilarse”. Este desarrollo implicaría actos preparatorios para la ejecución de la conducta. Así mismo, se indica la expresión “manifiesta” como una calificación objetiva. Lo cual puede traducirse en el derecho nacional como actos evidentes e inequívocos del comportamiento. De igual forma, señala en la introducción de los elementos del crimen, los siguientes aspectos relacionados con la intencionalidad: “[...] Pese a que el artículo 30 E.R., exige normalmente un elemento de intencionalidad, y reconociendo que el conocimiento de las circunstancias generalmente se tendrá en cuenta al probar la intención de cometer genocidio, el requisito eventual de que haya un elemento de intencionalidad con respecto a esta circunstancia es algo que habrá de decidir la Corte en cada caso en particular”. Documento PCNICC/2000/INF/3/Add.2 (2003)– Informe Comisión redactora de los Elementos del Crimen de las Naciones Unidas. pag. 6

⁷⁰¹ La noción de crímenes de lesa humanidad ha sido cambiante y evolutiva, de tal forma que para definirla se hace necesario analizarla dentro de un contexto normativo específico, toda vez que puede ser diversa en el Tribunal de Núremberg, en los Tribunales *Ad Hoc* y en el Contexto del Estatuto de Roma de la CPI, etc. De igual forma, pese a las diferencias, en muchos instrumentos solamente se ha realizado un listado de los crímenes de lesa humanidad sin definirlos; situación distinta se presenta en el Estatuto de Roma, en el cual se realiza una definición más concreta de la conducta, sus modalidades y elementos del crimen. En todo caso, lo relevante es que su objetivo ha sido el de sancionar aquellos atropellos y actos de barbarie que se cometan contra la población civil, y que tales atentados se realizan contra la especie humana y por tanto constituyen un riesgo para la paz y seguridad internacional como pilar de la sociedad internacional. **RAMELLI ARTEAGA Alejandro**. Ob. Cit. PAG. 263 y 264.

⁷⁰² “Artículo 7º. Estatuto de Roma: Crímenes de lesa humanidad 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros

Aparentemente estas exigencias en los crímenes de lesa humanidad implican, como lo señala Kai Ambos, que un solo autor o diversos autores que actúan en una o varias ocasiones puedan cometer muchísimos actos; tal es el caso de un escuadrón de la muerte que asesina a los miembros de una oposición política durante un tiempo prolongado⁷⁰³.

En este caso, sus miembros perpetran múltiples homicidios con diversos actos y en diferentes momentos, con la consecuencia de múltiples víctimas en razón de una política o de un plan preconcebido⁷⁰⁴. La anterior situación, en circunstancias ordinarias, tendría la connotación de un delito común; sin embargo, atendiendo tal política o plan elaborado, se le otorgan la categoría de crimen internacional o crimen contra la humanidad⁷⁰⁵. En este punto se acerca la comisión del crimen a la teoría de los derechos humanos bajo el eje de la dignidad humana y de allí en adelante la afectación colectiva de los derechos lesionados con el acto⁷⁰⁶. Es decir, se presenta una protección tanto de los bienes que se afectan como del DIDH en general como factor de protección, y a su vez de legitimación del sistema de justicia internacional.

Siguiendo con esta línea de análisis se puede observar que el art. 7° del ER establece, en estos casos, un elemento contextual o hecho global (“umbral”) para los crímenes de lesa humanidad en la competencia de la Corte, al indicar que basta con que el ataque sea sistemático o generalizado, pues se trata de conductas alternativas. El sujeto pasivo corresponde a la población civil y además, se exige en el tipo que el sujeto activo tenga conocimiento de que su acción u omisión, forma parte de tal programado o masivo

actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. Estatuto de Roma párrafo 1. Artículo 7°.

⁷⁰³ **AMBOS Kai.** Ob. Cit. 2004 PAG. 54.

⁷⁰⁴ **IBÍD.**..2004 PAG. 54.

⁷⁰⁵ **IBÍD.**.. 2004 PAG. 54

⁷⁰⁶ En este sentido, es importante tener en cuenta las definiciones descritas en los párrafos 2 y 3 del art. 7° del ER, que aportan mayor certeza a las descripciones típicas descritas en el primer párrafo del tipo analizado. **Documento PCNICC/2000/INF/3/Add.2**– Informe Comisión redactora de los Elementos del Crimen de las Naciones Unidas. (2003) pag. 6.

ataque. Por otra parte, indiferentes irrelevante que estos crímenes se cometan en tiempo de paz o conflicto armado⁷⁰⁷.

En algunos de estos crímenes se exige, como elemento subjetivo o dolo específico, una intención concreta por parte del autor, como en el “exterminio” encaminado a causar la destrucción de parte de una población. Aquí se afectan en forma plural la vida como parte esencial de la protección del DIDH⁷⁰⁸. Por otra parte, en el crimen de persecución de un grupo o colectividad con identidad propia se protege la libertad, además de la integridad física, la intimidad, la autonomía personal, etc., preservados desde el DIDH⁷⁰⁹. Adicionalmente, esta acción aparece muy próxima al genocidio, así como el embarazo forzado (con la intención de modificar la composición étnica de una población); no obstante, la diferencia radica en el elemento subjetivo especial de cada una de las conductas: la primera está dirigida a destruir a un grupo específica; mientras que la de lesa humanidad a cumplir con la intención de desatar la política sistemática y generalizada en la comisión de los crímenes analizados. De igual forma, en el crimen de *apartheid* (intención de mantener un régimen de opresión y dominación racial)⁷¹⁰ o la desaparición forzada de personas (con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado), también se presenta el elemento subjetivo citado que caracteriza las conductas mencionadas.

⁷⁰⁷ Solo cuando se dé este elemento contextual, que de forma resumida se puede denominar hecho global, puede considerarse la existencia de un crimen contra la humanidad. **WERLE Gerhard. 2011** Ob. Cit. PAG. 470. **RODRIGUEZ VILLASANTE y PRIETO J. L.** Ob. Cit. 2000 PAG. 8

⁷⁰⁸ En efecto, el párrafo 2º, define, en primer lugar, el “ataque a la población civil” en términos del sujeto pasivo de la conducta. A continuación, se definen el exterminio (conducta colindante con el genocidio biológico), la esclavitud (inspirada en el Convenio de 1926 y en la Convención de 1956), la deportación o traslado forzoso de población (con un elemento negativo de injusto de carácter normativo, pues remite a motivos autorizados por el derecho internacional), la tortura y el embarazo forzado. Con respecto a estos últimos delitos se presenta una definición muy amplia que se aparta decididamente de la contenida en el Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, pues no exige especial cualificación del sujeto activo. **RODRIGUEZ VILLASANTE J. L.** (2000) Ob. Cit. pag. 10. Esto es válido en principio pues en todo caso existen unos elementos comunes que más adelante se advierten que son los que califican el delito de lesa humanidad.

⁷⁰⁹ En el texto del art. 7 (h) ER se describe la persecución por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

⁷¹⁰ También cabe mencionar los aspectos del crimen de *apartheid*, el cual fue una rigurosa novedad propuesta por Sudáfrica. La desaparición forzada de personas, cuyo sujeto activo curiosamente debe ser el Estado o una organización política, pese a que en principio la competencia de la Corte solo tiene competencia respecto de personas naturales; y finalmente la controvertida definición del término “género”, el cual se refiere de forma excluyente y categórica a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. **RODRIGUEZ VILLASANTE J. L.** Ob. Cit. PAG. 10

De acuerdo con el análisis del profesor Rodríguez-Villasante, el ER también es respetuoso del principio de tipicidad, en lo relativo a la taxatividad, debido a que define casi todos los crímenes de este tipo de delitos, a excepción del asesinato, la encarcelación ilegal (éste último dotado de un elemento normativo decisorio), algunos abusos sexuales graves (excepto el embarazo forzado) y, lógicamente, del tipo residual integrado por otros actos inhumanos de carácter similar o la persecución⁷¹¹. Precisamente, estos últimos crímenes son los que, desde el punto de vista del principio de legalidad, generan las dudas sobre el real alcance de la tipicidad, en virtud de que se tornan demasiado amplios a la interpretación⁷¹².

Sobre este punto es preciso reiterar que el sistema de fuentes del ER, como se mencionó en el principio de legalidad descrito anteriormente (art. 21), implica la atención de todas estas modalidades por medio del tratado y los elementos del crimen, en primer lugar, sobre todo en el campo de las definiciones de las conductas⁷¹³. En segundo término,

⁷¹¹ **IBÍD.**PAG. 9

⁷¹² En los elementos del crimen se elabora una introducción relativa a los crímenes de lesa humanidad, mediante la cual se emite una cláusula general de interpretación estricta de los crímenes de lesa humanidad con arreglo al art. 22 del ER. Es decir que, siguiendo el criterio expuesto hasta el momento, lo anterior también supone la fórmula del art. 22.3 del ER, que permite indagar tales conductas con arreglo al derecho internacional. "[...] Introducción. 1. Por cuanto el artículo 7 corresponde al derecho penal internacional, sus disposiciones, de conformidad con el artículo 22, deben interpretarse en forma estricta, teniendo en cuenta que los crímenes de lesa humanidad, definidos en el artículo 7, se hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta que no es permisible con arreglo al derecho internacional generalmente aplicable, como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo". **Documento PCNICC/2000/INF/3/Add.2 (2003)**– Informe Comisión redactora de los Elementos del Crimen de las Naciones Unidas. pag. 6.

⁷¹³ Estatuto de Roma de 1998. "Art. 7º, párrafo 2º. A los efectos del párrafo 1: a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política; b) El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población; c) Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños; d) Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional; e) Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas; f) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer

desde los principios del DIDH y del DIH. Y en tercer lugar, en el derecho interno. En definitiva, las conductas de lesa humanidad requieren de los siguientes elementos para su configuración, conforme a los criterios y fundamentos establecidos en el Estatuto de Roma:

Ataque generalizado o sistemático. El Estatuto utiliza las expresiones “ataque generalizado” para designar “una línea de conducta que implique un alto número de víctimas” y el término “sistemático” para referirse al alto nivel de organización, ya sea mediante la existencia de un plan o una política⁷¹⁴. Como se emplea el término disyuntivo “o”, tales condiciones no son acumulativas, por lo cual el homicidio de un solo civil puede constituir un crimen de lesa humanidad, si se cometió dentro de un ataque sistemático⁷¹⁵.

otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por "el crimen de apartheid" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término género" no tendrá más acepción que la que antecede..."

⁷¹⁴ Así mismo, en la intencionalidad del ataque sistemático no es necesario que el agente conozca los detalles precisos del plan generalizado y sistemático, basta con que tenga una noción general de dicha política y del ataque que se encuentra en desarrollo contra la población civil. En los numerales siguientes de la introducción de los Crímenes de Lesa humanidad se exponen los siguientes fundamentos: "[...] 2. Los dos últimos elementos de cada crimen de lesa humanidad describen el contexto en que debe tener lugar la conducta. Esos elementos aclaran la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. No obstante, el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole". **Documento PCNICC/2000/INF/3/Add.2**– Informe Comisión redactora de los Elementos del Crimen de las Naciones Unidas. (2003)pag. 6.

⁷¹⁵ El ataque describe una línea de conducta en la que se deben integrar los hechos individuales con el hecho global de contexto. Implica la comisión múltiple de actos (Ej. art. 7.1). Puede derivar del hecho cuando se comete en varias ocasiones una misma acción típica con diversas alternativas típicas. No se requiere que un mismo autor actúe en todos los casos. Más bien un único asesinato puede ser constitutivo de un crimen contra la humanidad, cuando este hecho individual forme parte de la relación funcional de conjunto. El carácter generalizado o sistemático fue acogido en el ER en su forma alternativa y no cumulativa para definir el ataque contra la población civil con el elemento político contenido en el art. 7.2. La generalidad puede derivarse de la cantidad de víctimas, de su extensión sobre un ámbito geográfico amplio, aunque no imprescindible. El ataque generalizado puede consistir incluso en una sola acción cuando tiene como víctimas a un gran número de personas; en tanto que el sistemático implica una naturaleza organizada de los actos de violencia y sirve para

Dirigido contra la población civil. Esta expresión tiene su origen en la expresión “civiles”, empleada en la definición de crímenes contra la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial. Además, ha sido recogida en los Protocolos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra⁷¹⁶, para designar a no combatientes y fue incluida por los Estatutos de los Tribunales para Yugoslavia y Ruanda⁷¹⁷.

Que implique la comisión de actos inhumanos. El Estatuto enumera los actos que podrían constituir crímenes de lesa humanidad dentro del contexto de un ataque⁷¹⁸.

excluir los hechos aislados de violencia, es decir obedecen a un plan. **WERLE Gerhard.** 2011 Ob. Cit. PAG. 475. A 478 **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia C-578 de 2002. M.PAG. Manuel José Cepeda.

⁷¹⁶ Los crímenes contra la humanidad se dirigen contra cualquier población civil y no solo contra individuos. El término población civil incluye a cualquier grupo de personas que se encuentren unidas por unas características comunes que les hacen ser objetivo del ataque. Se quiere poner de relieve el carácter colectivo del crimen y la exclusión de los ataques contra personas individuales y de los actos aislados de violencia. El crimen puede ser cometido tanto en tiempos de guerra como de paz, la nacionalidad de la víctimas no tiene importancia. La presencia de un número de soldados o combatientes entre la población civil atacada no modifica su carácter de civil. Lo determinante no debe ser el estatus formal, como la pertenencia a determinadas fuerzas o unidades armadas, sino el rol efectivo en el momento de la comisión delictiva. Por tanto, de conformidad con el art. 3º Común de los cuatro convenios de Ginebra, también se protege a los miembros del ejército o de los grupos armados que hayan dejado las armas o se encuentren fuera de combate **WERLE Gerhard.** 2011 Ob. Cit. PAG. 470 a 472. En los elementos del crimen, la política que tuviera a una población civil como objeto del ataque, se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización, sino de su promoción activa de los atentados descritos. Por ejemplo en los casos en que el Estado es protagonista se ha considerado la ayuda o aquiescencia de agentes estatales en su promoción o incluso en su comisión. **Documento PCNICC/2000/INF/3/Add.2**– Informe Comisión redactora de los Elementos del Crimen de las Naciones Unidas. (2003) pag. 6.

⁷¹⁷ “Se deduce de la expresión que los crímenes contra la humanidad, fuera de los conflictos armados, se caracterizan por involucrar una actuación unilateral contra la población civil por parte del poder estatal o de otras fuerzas armadas organizadas. Se debe excluir de la población civil a los detentadores del poder estatal o de la organización, siempre que lo ejerzan contra la misma. A este círculo pertenecen por ejemplo los miembros de aparatos policiales estatales o de organizaciones de poder no estatales en las que existan competencias fácticas comparables”. **WERLE Gerhard.** 2011. Ob. Cit. PAG. 474. Sin embargo, como quiera que tanto en el Estatuto de Roma como en el Estatuto para Ruanda no se requiere la existencia de un conflicto armado, es útil recordar la definición empleada en el caso Kayishema No. ICTR-95-1-T de la Cámara de Juzgamiento II (Trial Chamber II) del Tribunal de Ruanda, que definió de manera amplia el concepto de población civil: “en el contexto de la situación de la Prefectura de Kibuye, donde no había conflicto armado, la definición de civiles, incluye a todas las personas excepto a aquellas que tienen el deber de preservar el orden público y el uso legítimo de la fuerza. Por lo tanto, el concepto ‘no civiles’ incluiría, por ejemplo, a los miembros de las FAR, del RPF, la Policía y la Gendarmería Nacional”. **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia C-578 de 2002. M.PAG. Manuel José Cepeda.

⁷¹⁸ Este factor se describe en el tercer punto de los elementos mínimos para establecer el alcance de las conductas del art. 7º del ER, en la siguiente forma: “[...] 3. Por ‘ataque contra una población civil’ en el contexto de esos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No

Que se tenga conocimiento de que se trata de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil. Deben existir elementos de prueba que determinen una mínima política, directrices o lineamientos de grupo para cometer delitos masivos⁷¹⁹. Para los actos de persecución solamente se han de tomar en cuenta los fundamentos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género⁷²⁰.

El contexto dentro del cual puede ocurrir un crimen de lesa humanidad puede ser en tiempos de paz, de guerra internacional o de conflicto interno. No necesariamente se comete en conexión con otro crimen. Una excepción es el enjuiciamiento de cualquier grupo o colectividad, el cual debe estar relacionado con otro acto enumerado en el art. 7.1, o con cualquier otro delito de la competencia de la CPI⁷²¹.

es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la 'política... de cometer ese ataque...' requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil". **Documento PCNICC/2000/INF/3/Add.2 (2003)**– Informe Comisión redactora de los Elementos del Crimen de las Naciones Unidas. pag. 6.

⁷¹⁹ El hecho global debe ser abarcado por el dolo del autor, en concordancia con el Derecho Internacional Consuetudinario. Esto conforme al art. 7.1 del Estatuto de la CPI que determina expresamente que el autor debe actuar con conocimiento del ataque contra la población civil. Se trata de una referencia declarativa a los elementos subjetivos generales del art. 30 del ER, como circunstancia del hecho global en sí. Conforme al art. 30.3 es objeto del aspecto interno del hecho. El autor debe conocer que se está llevando a cabo un ataque generalizado y sistemático contra una población civil y que su hecho representa una parte de ese ataque. **WERLE Gerhard**. 2011 Ob. Cit. PAG. 484. La sentencia C-578 de 2002 analiza que esta expresión resalta el contexto dentro del cual se realizan los actos criminales y por qué se transforman en crímenes de lesa humanidad. En este punto afirma que de conformidad con lo decidido por la Cámara de Apelaciones en el Caso Tadic, resulta irrelevante que los actos hayan sido cometidos por "motivos puramente personales", pues lo que se examina es si el procesado era consciente o deliberadamente "ciego" de que sus actos se encontraban dentro del ámbito de un crimen contra la humanidad. **CORTE CONSTITUCIONAL**. Sentencia C-578 de 2002. M.PAG. Manuel José Cepeda.

⁷²⁰ En el caso de Germain Katanga, respecto de los delitos de lesa humanidad, la CPI señaló: La Sala recuerda su constatación, en la Sentencia, que todos los crímenes, el asesinato como un crimen de guerra y como crimen contra la humanidad, y los ataques contra civiles, la destrucción y el saqueo de los crímenes de guerra cometidos por el Milicia ngiti de Walendu-Bindi colectividad, se cometieron durante el ataque en Redbourn Bogoro el 24 de febrero de 2003. El mismo dio lugar a Numerosas bajas civiles. Según la Cámara, los crímenes cometidos en el área el 24 de febrero de 2003 fueron de un incuestionable magnitud, no sólo por las mismas condiciones en las que el ataque Redbourn fue realizado sino, también por su dimensión, en una clara discriminación de la población que vivía en Hema. **SITUATION IN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. GERMAIN KATANGA**. Trial Chamber II - No.: ICC-01/04-01/07. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. 23 May 2014.

⁷²¹ En el caso de Germain Katanga de la República democrática del Congo, el procesado fue encontrado culpable por su contribución a la comisión de varios delitos graves en condiciones particularmente crueles y en condiciones de discriminación: A saber, el delito de asesinato como un crimen de guerra y crimen contra la humanidad, el delito de ataque a la población civil como un crimen de guerra y los delitos de destrucción y el saqueo como crímenes de guerra. **SITUATION IN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. GERMAIN KATANGA**. Trial Chamber II - No.: ICC-01/04-01/07. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. 23 May 2014.

De lo anterior se deriva que, en todo caso, desde el concepto de lesa humanidad se examinan con sumo detalle elementos que reposan en diversos instrumentos del DIDH, lo cual revela nuevamente el factor de legitimidad y defensa de las personas como titulares de tales derechos. En este caso se castigan los actos precisos que manifiestan un desconocimiento mayor de la legalidad estatal y por ende desconocen el alcance social de protección del Estado. Es decir, pueden afectar en gran medida la validez del derecho y del sistema democrático de los delitos y las penas de ese lugar donde se producen las conductas. Puede que se inicien actuaciones judiciales, pero lo relevante es que se castiguen de manera efectiva, so pena de ser responsables ante la comunidad internacional.

4.3. Relación con los crímenes de guerra

Los crímenes de guerra, con mención a las violaciones incluidas en los Convenios de Ginebra de 1949 y las conductas contenidas en otros instrumentos pueden indicar, que un mismo hecho podría quedar cobijado por varias de las conductas descritas en los distintos apartados. No obstante, esto solo supone que en derecho penal internacional es posible que se presente el concurso de conductas punibles⁷²².

En este sentido, los Protocolos I y II, adicionales a los Convenios de Ginebra, incluidos tácitamente bajo la expresión “otras serias violaciones a las leyes y costumbres aplicables en conflicto armado” (art. 8.2. literales *b* y *e*, ER), complementan las normas de derecho internacional humanitario, las leyes y costumbres de la guerra y precisan de mejor manera las conductas consideradas como crímenes de guerra⁷²³. En este contexto, el ER pretende abarcar la mayor tipificación posible de los crímenes de guerra cometidos en los conflictos armados de índole internacional y no internacional⁷²⁴. Así se otorga protección

⁷²² En este sentido se asocia la relación de las dos reglas del DIH: convencional y consuetudinaria. Es importante, en orden de ideas, tener presente que en los conflictos bélicos se declara la ilicitud de ciertas conductas con el fin de limitar los efectos dañinos de un conflicto armado, tanto sobre quienes toman parte de él como sobre quienes no lo hacen. Todo esto hace parte del Derecho internacional. **WERLE Gerhard.** PAG.. 547 y 548

⁷²³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-578 de 2002. M.PAG. Manuel José Cepeda.

⁷²⁴ En el caso de Lubanga, el mismo ha sido condenado por haber cometido, junto con otros, los crímenes de reclutar y alistar niños menores de 15 años y utilizarlos a participar activamente en las hostilidades en el

penal a la persona humana en toda clase de conflictos armados, superando la estrecha regulación que establecía la obligación de proporcionar adecuadas sanciones penales, al menos en el derecho interno, únicamente a los responsables de infracciones graves cometidas en un conflicto armado internacional⁷²⁵.

Esta compilación de instrumentos y reglas procedentes del DIH, contenidos en los Crímenes de Guerra, aseguran un ámbito de interpretación de la legalidad lo suficientemente amplio como para identificar, en cada contexto, la normatividad pertinente para llenar los espacios complejos de interpretación. De alguna manera la idea de tener una textura lo suficientemente completa, advierte el sentido de persecución internacional que debe ser más amplio en el espacio a recorrer, a partir de los estatutos internos y luego mediante reenvío en las normas del DIH, para arribar finalmente al ER. De esta forma es importante tener en cuenta que esta legalidad corresponde con una estructura de tipos en blanco que de manera frecuente tendrán que ser consultados, y así lo admite el principio de legalidad en discusión frente a estas conductas.

En este orden, el extenso art. 8° tipifica los crímenes de guerra, bajo la consideración en su numeral 1° de un umbral, pues la Corte será competente para la persecución de conductas, “en particular” cuando se cometan como parte de un plan o política, o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes⁷²⁶. Este fundamento revela el

contexto de un conflicto armado interno. **SITUATION IN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v THOMAS LUBANGA DYILO**. International Criminal Court. Trial Chamber I. No.: ICC-01/04-01/06 Date: 10 July 2012. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute.

⁷²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-578 de 2002. M.PAG. Manuel José Cepeda.

⁷²⁶ “Artículo 8 Crímenes de guerra Estatuto de Roma (ER): 1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”: a) Infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949. b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no

compromiso de la CPI de terminar con la impunidad como medio para promover, la prevención general positiva –como lo señaló Olásolo– consistente en garantizar la aplicación del DPI y reforzar los bienes jurídicos protegidos por el mismo⁷²⁷. Así mismo, la prevención general negativa, según este autor, resulta de transmitir a la clase mundial el mensaje de que aquellos que incurran en delitos atroces, no quedarán impunes, lo cual se constata con las actuaciones judiciales promovidas, las relaciones internacionales que facilitan la cooperación, los programas de sensibilización y las actividades de información pública, etc.⁷²⁸. Todo esto puede ser un propósito para la humanidad, reconocible desde la creación de las Naciones Unidas; además tales fines se pueden catalogar como el sistema que proyecta el concepto de legitimidad otorgado en el artículo 1º del ER y su justificación internacional, pese a que se juzgue su verdadera eficacia actual⁷²⁹. Ahora bien, a partir de los elementos concebidos en los crímenes de guerra se presentan las siguientes perspectivas de análisis:

Del literal (a) del párrafo 2º del art. 8º del ER, destinado a reprimir las infracciones graves a los cuatro Convenios de Ginebra, que son de universal aceptación⁷³⁰, se puede concluir

se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.3. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y e) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener o restablecer el orden público en el Estado o de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo...” Esta cláusula del párrafo 3º del art. 8º (E.R.), hace parte del orden institucional y territorial que le compete al Estado, a través del Gobierno Legítimo, aspecto que encuentra respaldo en el artículo 2 de la Carta Política de 1991.

⁷²⁷ **OLASOLO Héctor**. Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional. Editorial Biblioteca Jurídica DIKE, Unión Europea. Min-Justicia. Instituto Iberoamericano de la Haya. Bogotá D.C. Colombia. 2010. PAG. 61

⁷²⁸ **IBÍD.** PAG. 61

⁷²⁹ Así desde este concepto determinado, un crimen de guerra es toda violación de una regla de derecho humanitario cuya punibilidad surge del DIH. Esto aplica no solo a los conflictos armados internacionales sino también a los conflictos armados internos, siempre que estos últimos alcancen la duración e intensidad requerida para ello. El derecho penal bélico no se ocupa de la punibilidad de la conducta de iniciar una guerra, pues de esto se ocupa el crimen de agresión. **WERLE Gerhard**. Ob. Cit. 2011 PAG. 547. En el caso colombiano es preciso recordar que en 1820 el libertador Simón Bolívar y el General Pablo Morillo suscribieron un Convenio para regularizar la guerra. **RAMELLI ARTEAGA Alejandro**. Ob. Cit. PAG. 347

⁷³⁰ El Estatuto de la CPI establece violaciones no solo de las leyes y costumbres de guerra, aplicables a los conflictos armados internacionales, sino también de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados que no sean de carácter internacional, en el marco establecido de derecho internacional. Estos desarrollos son la consecuencia del natural desarrollo y extensión de los principios de Núremberg. **MERON Theodor**. Ob. Cit. PAG. 568. En primer lugar, es importante tener en cuenta que los crímenes de guerra no tienen los requisitos probatorios complejos de los crímenes contra la humanidad. El Estatuto de Roma divide los crímenes de guerra en cuatro categorías: a) Las infracciones graves de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949; b) otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales, en el marco establecido de derecho internacional; c) en el caso de un conflicto armado no internacional, se

quiénes son los sujetos pasivos de estos crímenes que el Estatuto denomina “personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente”. Las diversas conductas derivadas de los crímenes de guerra se pueden agrupar en cuatro subgrupos que incriminarían: Los atentados contra la integridad personal; ataques injustificados contra los bienes; violación de los derechos fundamentales de los prisioneros de guerra y otras personas protegidas y vulneración de derechos básicos de la población civil⁷³¹. En ocasiones, la tarea de identificar el sujeto pasivo que es a la vez sujeto de la acción y víctima, presenta algunas dificultades, como ocurre con el restringido concepto de personas protegidas por el art. 4º del IV Convenio de Ginebra⁷³². También los arts. 50 del I Convenio de Ginebra, 51 del II Convenio y 147 del IV Convenio se refieren al concepto de bienes protegidos y bienes que no constituyen objetivo militar, a los cuales habría que añadir los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil⁷³³.

describen las graves violaciones del art. 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra; y d) se presentan otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados que no son de carácter internacional, dentro del marco establecido del derecho internacional. 188 Estados los han ratificado y es lugar común que sus preceptos forman parte del derecho internacional consuetudinario. **RODRIGUEZ VILLASANTE y PRIETO J. L.**, 2000 Ob. Cit. pag. 11. **JHA UC**. International Humanitarian Law. The Laws of War. Edit. VIJ Books India Pvt. New Delhi, India, 2011. PAG. 4441.

⁷³¹ En el concepto de ataques contra personas, la expresión “personas protegidas” requiere de una atención especial, por cuanto se encuentran en mayor riesgo de ser víctimas de una infracción grave al DIH. Sin embargo esta no es una categoría homogénea en los Cuatro Convenios de Ginebra y en sus protocolos adicionales, pues depende de los bienes jurídicos que se pretenda amparar en cada caso. En los Convenios I, II y III se protege a los soldados y prisioneros de guerra enfermos, náufragos o heridos; para cuyos efectos se requiere que sean miembros de las Fuerzas Armadas, es decir que estén legitimados para participar en las hostilidades. Por el contrario, en el Convenio IV se ampara únicamente a los integrantes de la población civil. **RAMELLI ARTEAGA Alejandro**. Ob. Cit. PAG. 355. En el primer grupo encontramos los actos de matar intencionalmente, someter a tortura, tratos inhumanos o experimentos biológicos, infligir grandes sufrimientos y atentados graves contra la integridad física o la salud. En el segundo grupo tenemos la destrucción o apropiación a gran escala, ilícita, arbitraria e injustificada de bienes. En tercer lugar, es posible mencionar actos de coaccionar para prestar servicio en las fuerzas enemigas o privarles de un juicio justo e imparcial, y finalmente, en el cuarto grupo, la deportación traslado o confinamiento ilegales, así como la toma de rehenes. **RODRIGUEZ VILLASANTE y PRIETO J. L.** PAG. 12.

⁷³² Uno de estos ejemplos se presentó en la discutible sentencia en el caso Tadic, juzgado por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, sentencia del 7 de mayo de 1997. IBÍD. PAG. 12

⁷³³ En cuanto a los delitos contra la propiedad se tipifican como crímenes de guerra, en los conflictos armados internacionales: 1) apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente. 2) Confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo. 3) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto. Tratándose de conflictos armados internos, el tratado internacional prevé igualmente como crimen de guerra el saqueo de una ciudad o de una plaza, incluso cuando es tomada por asalto. El asunto es complejo y en muchos casos la jurisprudencia internacional ha señalado algunos criterios como en el TPIY, en el asunto Fiscalía Vs. Delalic del 16 de noviembre de 1998. Sala de PRIMERA Instancia. **RAMELLI ARTEAGA Alejandro**. Ob. Cit. PAG. 356.

En segundo término, en el literal *b* del párrafo 2º del art. 8º se desarrollan 26 conductas derivadas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados de carácter internacional. Tales normas están fundamentalmente integradas por el llamado derecho de La Haya o de la Guerra en sentido clásico (destacando muy particularmente el Reglamento relativo al Convenio IV de La Haya de 1907, sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre)⁷³⁴. Las conductas descritas se pueden clasificar en la siguiente forma:

- Infracciones graves de los convenios de La Haya de 1899 o de 1907.
- Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949.
- Violaciones graves del protocolo I de 1977, adicional a los convenios de Ginebra.
- Protección de las operaciones de las Naciones Unidas.
- Protección de los bienes culturales.
- Utilización de ciertas armas prohibidas.

En este caso se prohíbe el empleo de ciertas tácticas o formas de hacer la guerra, al igual que las armas que empleen los combatientes, aspecto que se reconoce internacionalmente desde la declaración de San Petersburgo de 1868. En su desarrollo se adoptaron diversos tratados, para proscribir el uso de determinadas armas y municiones que puedan ser nocivas o de efectos indiscriminados, a partir de 1980 y sus tres protocolos. La Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales de 1997 o Convención de Ottawa, y finalmente, en el siglo XXI, la Convención sobre las bombas racimo suscrita en Dublin el 30 de mayo de 2008⁷³⁵.

Frente al literal *c* del párrafo 2º del art. 8º, relativo a las violaciones graves del art. 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, se regulan las conductas en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las

⁷³⁴ Los citados cuatro convenios de Ginebra de 1949, el convenio para la protección de los bienes culturales de La Haya de 1954, toda la reglamentación dispersa sobre prohibiciones o limitaciones de armas (que nace en la Declaración de San Petersburgo de 1868), y el Protocolo I de 1977 adicional a los cuatro convenios de Ginebra. **RODRIGUEZ VILLASANTE y PRIETO José L.** 2000. Ob. Cit. pag. 12.

⁷³⁵ A su vez, las normas humanitarias prohíben determinados métodos de combate, tales como la perfidia, el uso indebido de emblemas reconocidos o signos de nacionalidad, la negación del cuartel, los ataques contra la población civil, los homicidios cometidos fuera de combate, así como hacer padecer hambre a la población civil. **RAMELLI ARTEAGA Alejandro.** Ob, Cit. PAG. 360

hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa. “Artículo 8 2) c). El sujeto pasivo debe ser una persona protegida, es decir que no participe directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o cualquiera otra causa (No combatiente). Se incriminan en este orden, los actos de violencia contra las personas (homicidio, mutilaciones, tratos crueles y tortura), los ultrajes contra la dignidad personal (tratos humillantes y degradantes), la toma de rehenes, las condenas y ejecuciones sin sentencia previa de un Tribunal con todas las garantías judiciales”⁷³⁶.

Finalmente, frente al literal e del párrafo 2º del art. 8º, relativo a otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internos, conforme al párrafo f) del numeral 2º del art. 8º del Estatuto, este precepto se aplica con la exclusión ya expuesta de las situaciones de disturbios o tensiones internas, a los conflictos armados que tienen lugar en el Territorio de un Estado (conflictos armados internos), cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y los grupos armados organizados, o entre tales grupos armados. No coincide exactamente esta definición con el concepto de conflictos armados sin carácter internacional, contenido en el art. 1.1 del Protocolo II de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que es más restringido al exigir que los “grupos organizados” estén bajo un mando responsable y ejerzan sobre una parte de su territorio, un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas, concertadas y así aplicar dicho protocolo⁷³⁷.

En este grupo de crímenes se tipifican infracciones graves tomadas de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, ataques a bienes culturales y religiosos, saqueo, ataques a traición, declarar que no se da cuartel, destruir o confiscar bienes innecesariamente, del Protocolo II de 1977, así como las incriminaciones que castigan a los ataques a personas y recursos en operaciones de mantenimiento de la paz o asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de la ONU⁷³⁸.

⁷³⁶ **RODRIGUEZ VILLASANTE y PRIETO J. L.** 2000. Ob. Cit. pag. 14.

⁷³⁷ **IBÍD.**PAG. 14

⁷³⁸ En este campo se pueden mencionar los ataques a la población civil en cuanto tal, o a personal o medios sanitarios, los actos de violencia sexual, el reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años para

De los conceptos traducidos en los crímenes examinados, puede suceder de un lado que se relacione el concepto que se tenga acerca de la naturaleza de la persona y su dignidad. En todos los crímenes coexisten estos fundamentos bien desde el DIDH o desde el DIH y desde la perspectiva política, en la práctica, ello implica legitimar procedimientos de justicia universal así como la injerencia en otras sociedades⁷³⁹.

Por otra parte, es viable aseverar que los elementos específicos de lesa humanidad, relativos a la política sistemática y generalizada, permiten distinguir tales comportamientos de los crímenes de guerra, más asociados a los ingredientes derivados de las graves infracciones del derecho internacional humanitario. De igual forma, la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad que concurre en todo momento, aun en situaciones de conflicto armado, adiciona la existencia de dichas conductas, incluso en situaciones frente a las cuales no sea posible derivar las características especiales descritas para los crímenes de guerra, siempre y cuando sean acompañadas de políticas sistemáticas y generalizadas.

4.4. Situación especial de la agresión

Sobre este crimen, es preciso señalar que las Convenciones para el Acuerdo Pacífico de Disputas Internacionales de la Haya de 1899 y 1907 y el Pacto de París de 1928 (Pacto Kellog-Briand), empleaban para la expresión “guerras agresivas”, pero ninguno de estos estableció la agresión como un delito internacional. Posteriormente, en la Convención para el Establecimiento de una Corte de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, de la Comisión para Crímenes de Guerra de la ONU, se proveía que la misma solo enjuiciaría a las personas “que actuaban bajo la autoridad de, o alegaban la autoridad de, o en conjunto con un Estado o entidad política involucrada en una guerra u hostilidades armadas con cualquiera de las Partes Contratantes, o en una ocupación hostil de cualquiera de las Partes Contratantes”⁷⁴⁰.

utilizarlos en las hostilidades, el desplazamiento forzado de población civil o el sometimiento de personas detenidas a mutilaciones o experimentos no justificados. Artículo 8 e) Estatuto de Roma de 1998.

⁷³⁹ **SILVA SANCHEZ Jesús María** Ob. Cit. PAG.. 20 al 22

⁷⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-578 de 2002. M.PAG. Manuel José Cepeda.

Los magistrados del Tribunal de Núremberg, al comprobar que se habían cometido “crímenes contra la paz”, se basaron principalmente en los tratados de los cuales Alemania formaba parte. Igualmente, el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas se emplea la expresión “actos de agresión”, pero no establece una definición de la misma. En 1974, la Asamblea General aprobó la Resolución sobre la definición de la agresión, la cual dispuso que “una guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional” (art. 5.2, ER). Sin embargo, la Resolución no se refiere a la responsabilidad penal individual por actos de agresión y, por lo tanto, se debate si tal definición es aplicable a los casos de actos penales individuales⁷⁴¹.

En el caso de la CPI, los artículos 5.2, 121 y 123 claramente dispusieron que la Corte no sería competente sobre el crimen de agresión antes de siete años de la entrada en vigor del ER, según las normas de entrada en vigor a que se refiere el numeral 5 del art. 121 del Estatuto. Igualmente, el art. 5.2 resaltó el debate internacional en torno a la definición del crimen de agresión, el cual siempre ha sido controversial.

En cumplimiento de esta normativa, se puede afirmar que a partir de la Asamblea de Estados parte de 2010 en Kampala, se aprobó la redacción del crimen de agresión. El mismo quedó consignado en el E.R., en el art. 8bis, en los siguientes términos:

“Artículo 8 bis3 Crimen de agresión 1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas. 2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión.”

De acuerdo con las condiciones exigidas (RC/Res.6, anexo I, de 11 de junio de 2010, Asamblea de Estados Parte CPI-) entrará en vigencia en el año 2017 siguiendo los

⁷⁴¹ En el proyecto de Código de Crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad de 1996, se definió el crimen de agresión de la siguiente forma: “El que, en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento de una guerra de agresión cometida por un Estado, u ordene estas acciones, será responsable de un crimen de agresión”.

lineamientos de la resolución de 1974 como se expresa de su contenido⁷⁴². Por lo tanto, el crimen señalado podrá concurrir de igual forma con las conductas que se cometan en dicho escenario (conflicto armado internacional principalmente) contra la humanidad, hecho que concuerda con la definición inicial emanada de Núremberg.

Conclusiones Cuarto Capítulo

1. En la Construcción de la Justicia internacional, se identifica como primer resultado de investigación en el Tribunal de Nüremberg, las actuaciones tanto en la acusación como en la sentencia, que establecieron métodos y crímenes con vulneración de los convenios internacionales, de leyes penales internas y de los principios generales del derecho penal, según la legislación penal de todas las naciones civilizadas. Lo anterior permitió, el juzgamiento inicial de las conductas contra la humanidad, la reiteración de los crímenes de guerra, contra la paz y posteriormente el nacimiento del Crimen de Genocidio. Además de ello los precedentes de Nüremberg, permitieron la adición de elementos que motivaron la generación de instrumentos destinados a su represión internacional actual.
2. En los Tribunales posteriores a Nüremberg, como Tokio, la Antigua Yugoslavia, Ruanda Etc., se establecieron conductas y principios que por su naturaleza debían ser acogidos por la comunidad de naciones en torno a fundamentos como el de legalidad con una naturaleza más flexible que los del derecho interno para lograr su eficaz represión. En este sentido todos ellos se agrupan bajo el concepto de construcción de la justicia internacional.

⁷⁴² Las modalidades establecidas de la conducta de agresión conforme a los elementos comunes generales corresponden a las siguientes: Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea; e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo; f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;. RC/Res.6, anexo I, de 11 de junio de 2010, Asamblea de Estados Parte CPI. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>. Consultada el 3.03.2016.

3. El factor anterior, se denota sobre todo en violaciones que han sido determinadas a través del desarrollo de las leyes de la guerra, del derecho internacional humanitario, del derecho de los derechos humanos y de la creación de tribunales internacionales para juzgar a los responsables de crímenes atroces (Nüremberg, así como de los posteriores juicios internacionales, como el Tribunal para la antigua Yugoslavia y Ruanda,). En tal sentido, los precedentes derivados de tales instancias permitieron a la comunidad internacional llegar a un consenso en torno a la necesidad de proscribir en el derecho penal internacional los crímenes más atroces en contra de la humanidad, en especial esta naturaleza de lesa humanidad. Bajo esta perspectiva se observa otro hallazgo de investigación correspondiente al concepto de legalidad penal internacional.
4. El concepto anterior finalmente aparece dentro de los primeros antecedentes del principio denominado justicia internacional, o también denominado jurisdicción universal, sin embargo el mismo carecía de coercibilidad, hasta la adopción del Estatuto de Roma de 1998 (ER) que no sólo fundamentó el establecimiento de un consenso en torno a una jurisdicción penal internacional, sino también en la configuración de una estructura jurídica basada en principios que generan una nueva concepción de legalidad penal internacional. Es decir, se consolida la legitimidad desde el terreno de la Corte Penal Internacional, toda vez que posee una jurisdicción internacional basada en unos crímenes internacionales que hacen parte del principio de legalidad en este campo y que también van a ejercer influencia en los derechos internos de los Estados.
5. Por otro lado, en el E.R. se desarrolla un principio de legalidad conforme a la determinación precisa o legalidad estricta, de las conductas punitivas, para este caso crímenes internacionales en sus dos primeros numerales del art. 22.1 y 2. En el tercer numeral se establece la posibilidad de buscar en la legalidad internacional en crímenes que obedezcan a la naturaleza internacional del Estatuto de Roma para su persecución. Esta excepción sin embargo no afecta en el fondo la interpretación del instrumento.
6. En este sentido, se observa que internacionalmente se amplía el radio de interpretación de la legalidad concebida en el ER, toda vez que las exigencias de

los crímenes repercuten en la configuración de sus conductas a nivel internacional. Por ejemplo, en el Genocidio se requiere la persecución a un grupo especial con fines de exterminio, en los delitos de lesa humanidad confluyen los elementos necesarios de contexto, en las modalidades descritas en su artículo 7º, mediante el elemento de política sistemática y generalizada, que se imponen para su comisión.

7. Igualmente, en los elementos de los crímenes de guerra aparecen, ingredientes de contexto, relacionados con la intención de cometer delitos derivados de los conflictos armados a gran escala, al igual que los elementos especiales de la agresión. Estos factores comunes a los delitos relacionados en el ER (Arts. 6,7, 8 y 9), determinan su diferencia internacional con otras conductas relevantes e incluso frente al derecho interno. Por lo anterior también producen alteraciones a la legalidad penal que se traduce en las instituciones internas de los Estados. Sólo se aborda este aspecto de los crímenes por cuanto se trata de las figuras que mayores consecuencias se generan a nivel de la legalidad penal.

SEGUNDA PARTE:

Las diversas transformaciones del principio de legalidad penal en Colombia.

Capítulo V

El principio de legalidad y su desarrollo en el orden nacional. El contexto colombiano y las relaciones actuales.

Introducción al capítulo quinto

1. Primeras nociones y estructuración del principio de legalidad. Las bases contemporáneas de la legitimidad jurídica penal
 - 1.1. Síntesis de la legalidad penal desde sus orígenes en el derecho colombiano. Factores de imposición de la legitimidad de las leyes hispanas
 - 1.2. La legalidad penal posterior a la Independencia, hasta la Constitución de 1886. La búsqueda de un concepto propio de legitimidad
 - 1.3. Primeras nociones y estructuración del principio de legalidad. Las bases contemporáneas de la legitimidad jurídica penal (Constitución de 1886 - la legislación de 1890 hasta el código penal de 1936).
2. La configuración de la legalidad penal en el origen del conflicto armado, medidas de excepción y afectación de la legitimidad. (Desde el Código Penal de 1936 hasta el Código de 1980)
3. Bases dogmáticas contemporáneas del principio de legalidad penal. Contexto paralelo de excepción y cuestionamientos de legitimidad jurídico-penal. (Código Penal de 1980 hasta la Constitución de 1991).

Conclusiones capítulo Quinto.

Capítulo V

El principio de legalidad y su desarrollo en el orden nacional. El contexto colombiano y las relaciones actuales.

Introducción al quinto capítulo

El presente capítulo tiene por objeto evidenciar el fenómeno de construcción de la concepción de legalidad en el sistema penal colombiano, la cual obedece a un proceso *sui generis*, determinado por las variables asociadas al conflicto armado interno, adicional a la influencia que las corrientes europeas han brindado a los presupuestos de su conformación jurídica. En el texto que se presenta a continuación se presentan los principales acontecimientos contemporáneos que tiene influencia en la configuración de la legalidad penal en el escenario del conflicto armado en sus orígenes remotos y actuales.

De acuerdo con el panorama enunciado, se examinará en forma breve, los puntos de ruptura más importantes con respecto a la tradición nacional y extranjera de construcción de la legalidad penal y los efectos que ha tenido frente a la interpretación penal. Puede que allí resida la respuesta a los diversos efectos causados por motivaciones, tales como la falta de justicia material y la tradición de un derecho penal nacional, marcado por la existencia del conflicto citado, aspectos que pueden ocasionar variaciones frente al principio de legalidad.

Al final se observará en qué terreno se producen tales aspectos, pues no se trata de buscar sencillamente una solución judicial desde la jurisprudencia, atendiendo todos estos elementos; se debe organizar todo un esquema de análisis bajo las siguientes variables: desde el origen del principio de legalidad penal; su contexto asociado al conflicto armado que constituye en este caso el objeto principal del presente capítulo; las motivaciones de normas paralelas a la vigencia penal y finalmente examinar las coyunturas que ha generado un desarrollo irregular de la figura, hasta llegar al plano actual como se analiza a continuación.

1. Primeras nociones y estructuración del principio de legalidad. Las bases contemporáneas de la legitimidad jurídica penal

El proceso de construcción del principio de legalidad en nuestra nación, sin hacer una exploración exhaustiva, no se inicia en la era precolombina⁷⁴³, pues la noción de crimen y castigo se manifiesta bajo formas primitivas en las tribus indígenas⁷⁴⁴, asociadas al tabú y a ceremonias mágicas para la curación de almas que lo habían cometido⁷⁴⁵. Estos rasgos precolombinos de legitimidad y legalidad pueden verificarse en el castigo bajo criterios religiosos, caracterizados por unas instancias penales fuertes seguidas de sanciones atroces⁷⁴⁶. El contraste se viene a presentar en forma inmediata, en la era hispánica de la conquista⁷⁴⁷, justo después de este período primitivo indígena, toda vez que el mismo viene a ser reemplazado por la legislación ibérica que regulaba los asuntos penales con

⁷⁴³ **PEREZ PINZON Álvaro Orlando**. Introducción al Derecho Penal. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. 2009. PAG.. 125 y 126

⁷⁴⁴De la población indígena se sabe que su derecho era consuetudinario. De esta forma se prohibía bajo severas sanciones el homicidio, el hurto, el rapto, el adulterio, el incesto, la desertión, la cobardía demostrada en la guerra, el fraude a los tributos, etc. Se contemplaba la pena de muerte para el homicidio y el adulterio, entre otros delitos. Había penas infamantes como aquellas de vestir con prendas femeninas a los cobardes en batallas y penas aflictivas como azotes a los ladrones y autores de faltas menores. **MESA VELASQUEZ Luis Eduardo**. Lecciones de Derecho Penal. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín, Colombia 1962. PAG. 43

⁷⁴⁵Arturo Quijano, historiador de finales del siglo XIX, se refirió a este hecho citando un texto de un cronista llamado D. Vicente Restrepo. Pero además reafirma el carácter entre el mito y la historia que rodean tales acontecimientos. En este caso señala que, según el cronista Restrepo, es posible que el sucesor de Bochica (leyenda indígena) fuese llamado Nompanem, que sería el último legislador de los sogamosos. Según la historia, "Nompanem preocupado por los vicios de sus súbditos preguntó a Bochica con qué penas castigaría sus faltas, quien le contestó que no se preocupara por eso, que había un juez soberano encargado de repartir los castigos y los premios después de la muerte. Nompanem entonces dictó códigos y aplicó leyes severas para los delitos que pudieran estorbar la marcha de la sociedad. Así mismo dispuso un artículo en el cual sus descendientes podían cambiarlas y aumentarlas pero nunca disminuirlas [...]". Según Quijano, lo anterior revela una multitud de crímenes en tiempos de Bochica, por lo que muchas leyes quedaron en solo ley escrita. Reitera que el trabajo más importante de Nompanem se centró en las leyes penales, aunque no se tenga precisión sobre sus alcances. **QUIJANO ARTURO A.** Ensayo sobre la evolución del Derecho Penal en Colombia. Editorial Imprenta y librería de Medardo Rivas Bogotá D.C. 1898. PAG.. 12 y 13.

⁷⁴⁶ **PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando** Ob. Cit. PAG. 125 y 126

⁷⁴⁷ La importancia de estas facultades se recogen del párrafo conocido del testamento de Isabel la Católica en que proclamaba como fin principal de la empresa la instrucción religiosa de los indios. En esto decía la ley 14, título 12, libro IV Recopilación de las leyes de Indias: "Por haber nos sucedido enteramente en el señorío de las Indias y pertenecer a nuestro patrimonio y corona real los baldíos, suelos y tierras que no estuvieren concedidos por los señores reyes nuestros predecesores, o por Nos en nuestro nombre, conviene que toda la tierra que se posee sin justos y verdaderos títulos se nos restituya, según y cómo nos pertenece". ETC. **ZAVALA Silvio A.** Instituciones Jurídicas en la Conquista de América. Editorial Porrúa S.A. México DF. 1971. PAG. 43

su influencia en el nuevo mundo⁷⁴⁸. En el mismo no se observa un interés real en su aplicación por parte de las autoridades hispanas⁷⁴⁹, sobre todo atendiendo la condición de inferioridad⁷⁵⁰ que se le atribuye en este periodo a los indígenas⁷⁵¹. Por ejemplo, a comienzos del siglo XVI se conoce la acusación de Bartolomé de las Casas a un cronista español, Fernando de Oviedo, de ignorar en sus informes las torturas y castigos impuestos a los naturales de América por los conquistadores⁷⁵². Todos estos aspectos rodearon el surgimiento de las instituciones nacionales en diferentes periodos que se examinan a continuación.

1.1. Síntesis de la legalidad penal desde sus orígenes en el derecho colombiano. Factores de imposición de la legitimidad de las leyes hispanas

En los comienzos de la Nueva Granada, en materia de legalidad del crimen y el castigo, no se podía observar más allá de la recopilación de las leyes de Indias que provenían de las 7 Partidas y con ello de los tratos y penas crueles como el tormento⁷⁵³. En últimas la

⁷⁴⁸La primera recopilación fueron las *Ordenanzas reales de Castilla* de los Reyes Católicos (1485), complementadas por las *Leyes de Toro* de Juana La Loca (1505). La tendencia al rigorismo contra moros y judíos era su nota más saliente. El desorden legislativo provocó la redacción de la *Nueva Recopilación* de Felipe II (1567), en que las leyes penales ocupan el libro cuarto 43. La tradición española de recopiladas se agotó tardíamente con la *Novísima Recopilación* de 1805, que siendo una obra totalmente anacrónica para Europa, prácticamente reprodujo en lo sustancial las disposiciones de 1567. **ZAFFARONI Eugenio Raúl**. Et. Al. Ob. Cit. PAG. 235

⁷⁴⁹ **REYES ECHANDÍA Alfonso**. Derecho Penal: Tipicidad y Culpabilidad. Volumen I. Obras Completas. Bogotá D.C. 1998 PAG. 23

⁷⁵⁰En esto Fray Bartolomé de las Casas rechazó, enfáticamente, la noción según la cual los indios eran bestias, esclavos por naturaleza o criaturas infantiles, y que había que tratarlos como menores perpetuos. Estas defensas tuvieron que darse dado que en España, durante la época de la conquista, se sostuvo que todos aquellos pueblos nuevos constituían un pueblo inferior de humanidad que debía ser sometido al mando de los españoles. Uno de los máximos juristas y pensadores de entonces, Juan Ginés de Sepúlveda, no vaciló al dictaminar que los indios no eran hombres del todo. Superiores a los monos Sí. Pero indignos de ser considerados en la misma clase que los españoles. **HANKE Lewis**. La actualidad de Bartolomé de las Casas. Tratados de Fray Bartolomé de las Casas. Prologo. Tomo I. Editorial Fondo de Cultura Económica. Primera Edición. México D.F. 1965. PAG. XVIII.

⁷⁵¹A pesar de sus esfuerzos infructuosos, esto después se llevó a los afrodescendientes; en este sentido, De las Casas se opuso también a la esclavitud de los negros, argumentando las mismas razones, y trabajó por la libertad de todos los hombres del mundo. **IBÍD**. PAG. XVIII. Además no hay que olvidar que la mirada se realizó con los preceptos de la Europa del siglo XVI que aunque no cumplió su propósito en América, reconocía de todas maneras, según De las Casas, que los indígenas participaban de los atributos humanos y tenían por tanto uso de razón. Así mismo que eran capaces de religión, de virtud y de vivir como hombres libres en sociedad civil. Es decir, que estaban en condiciones de tener propiedades, leyes y gobiernos legítimos, antes de la llegada de los españoles. **ZAVALA Silvio A**. Ob. Cit. PAG. 53

⁷⁵² **RAFECAS Daniel**. Ob. Cit. PAG. 30

legitimación del castigo se disputaba entre la Iglesia con el Santo Oficio y los diferentes virreinos y su particular forma de recepción del derecho en América⁷⁵⁴. Se trataba de la etapa de legitimidad del poder absoluto del Rey en materia penal en la Nueva Granada⁷⁵⁵. La misma, se caracterizaba por la confusión que incluso se presentaba en la metrópoli⁷⁵⁶, toda vez que se aplicaba desde el fuero Real y las Siete Partidas, hasta la nueva

⁷⁵³ Lo anterior significa que no se produjo un proceso paulatino, como en Europa, sino que a raíz del descubrimiento de América se dio paso a la aplicación de normas procedentes de las siete partidas de Alfonso X. En este caso se trataba del fuero juzgo y el fuero real que eran instituciones españolas para la represión de crímenes, todas de origen romano-germánico-canónico. **PEREZ PINZON Alvaro Orlando**. Ob. Cit. PAG. 126

⁷⁵⁴ Para el efecto la legislación procedente del Imperio se centró en la Partida VII, que se refería preferentemente al Derecho Penal, con la definición del delito y de la pena; las causas de exención, atenuación y agravación de la penalidad, etc. En general se determinan los aspectos de la tentativa, la complicidad y la prescripción, entre otras instituciones. **REYES ECHANDÍA Alfonso**. Ob. Cit. PAG. 23

⁷⁵⁵ En la *Recopilación de las leyes de Indias* (empezada en 1525), en el libro VII, aparece el derecho penal vigente, sustantivo y procedimental para los habitantes originarios de América y después para los afrodescendientes. Todo esto se enfrentaba a la situación en América que revelaba, entre muchos casos, Fray Bartolomé de las Casas con sucesos como los siguientes: "Por miedo de las crueldades egregias que uno de los tiranos particulares en los indios hacía, se fueron a los montes huyendo de tanta inhumanidad un gran señor que se llamaba Daitama, con mucha gente de la suya. Porque esto tienen por remedio y refugio (si les valiese). Y a esto llaman los españoles levantamientos y rebelión. Sabido por el capitán Tirano, envía gente al dicho hombre cruel (por cuya ferocidad los indios que estaban pacíficos e sufriendo tan grandes tiranías y maldades se habían ido a los montes), el cual fue a buscarlos, y porque no basta esconderse en las entrañas de la tierra, hallaron gran cantidad de gentes y mataron y despedazaron más de quinientas ánimas, hombres y mujeres e niños, porque a ningún género perdonaban. Y aun dicen los testigos que el mismo señor Daitama había, antes que la gente le matasen, venido al dicho cruel hombre y le había traído cuatro o cinco mil castellanos, e no obstante esto hizo el estrago susodicho". **DE LAS CASAS Fray Bartolomé**. Tratados de Fray Bartolomé de las Casas. Tomo I. Editorial Fondo de Cultura Económica. Primera Edición. México D.F. 1965. PAG.. 178 y 179

⁷⁵⁶ Lo anterior se reitera por ejemplo en los textos de la recopilación de las leyes de los Reynos de las Indias, mandadas a publicar en 1681; en su tomo II, libro VI, título II se desarrolla el tema de la libertad de los indios. Así se determina: Ley Primera. Que los indios sean libres y no sujetos a servidumbre. En conformidad de lo que está dispuesto sobre la libertad de los Indios. Es nuestra voluntad y mandamos que ningún adelantado Gobernador, Capitán, Alcaide, ni otra persona de qualquier estado, dignidad, oficio o calidad que sea, en tiempo, y ocasión de paz, ó guerra, aunque justa, y mandada hazer por Nos, ó por quien nuestro poder huviere, sea osado de cautivar Indios naturales de nuestras Indias, Islas y Tierra firme del Mar Oceano, descubiertas, ni por descubrir, ni tenerlos por esclavos, aunque sean de las Islas y Tierras que por Nos o quie nuestro poder para ello haya tenido, y tenga, esté declarado, que se les pueda hazer justamente guerra. O los matar, prender, ó cautivar; excepto en los casos y naciones que por las leyes de este título estuviere permitido y dispuesto, por quanto todas las licencias y declaraciones hasta oy hechas, que en estas leyes no estuvieren recopiladas, y las que se dieren, é hizieren, no siendo dadas y hechas por Nos. Ley ij. Que sean castigados con rigor los encomenderos que vendieren indios. Ley iij. Que los caciques y principales no tengan por esclavos a sus sujetos. Ley iiij. Que los indios del marañón, llevados á los puertos de las indias, sean puestos en libertad...". Título Quinto. De los mulatos negros. Berberiscos é hijos de Iudios. D. Felipe II en Madrid de 27 de abril de 1574 a 5 de agosto de 1577. En Burgos a 21 de octubre de 1592. Ley Primera: Que los Negros y negras, Mulatos y Mulatas libres paguen tributo al Rey. Estas últimas leyes además proveen el caso de hijos de afroamericanos, indígenas con españoles, en caso de que se vendieren esclavos, las formas de obtener su libertad. Así mismo se reseñan las audiencias en que los mismos podrían reclamar su libertad. **RECOPILACIÓN DE LEYES DE LOS REYNOS DE LAS INDIAS**. Mandadas a imprimir, y pnblicar por la Magestad Católica del Rey. Don Carlos II. Nvestro señor. Va dividida en qvatro Tomos. Tomo Segvndo. Reproducción en Facsimil de la edición de Julian (Ivlian) de Paredes de 1681. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, España 1973. PAG.. 194 y 195. 284 a 286.

recopilación de las Leyes de Indias (1525– 1680)⁷⁵⁷ y la Novísima Recopilación de 1805 que tuvo su influencia hasta 1890⁷⁵⁸, las leyes Toro, además de las ordenanzas dictadas especialmente⁷⁵⁹. En la *Recopilación de las leyes de Indias* (empezada en 1525)⁷⁶⁰, en el libro VII, aparece el derecho penal vigente, sustantivo y procedimental para los habitantes originarios de América y después para los afrodescendientes⁷⁶¹. Todo este desarrollo jurídico tenía además como telón de fondo el particular interés del concepto europeo del indio, pues se encontró diversidad de culturas, desde los nómadas hasta los vastos imperios indígenas de Yucatán, Nueva España y Perú⁷⁶². Sobre estos nuevos habitantes

⁷⁵⁷ Como consecuencia del descubrimiento de América, durante los primeros 50 años del siglo XVI, las normas legales en ese momento se encuentran en un momento de diversidad y contradicción e incluso se orientan a favorecer pareceres contrarios. Así, por ejemplo, se presenta una masa considerable de disposiciones de todo género que vagan sueltas y medio olvidadas en los archivos rectores. Las normas llegan a adquirir un volumen considerable. En medio de su extraordinaria profusión, resulta difícil conocerlas en su totalidad y mucho más difícil distinguir las vigentes de las derogadas o de las caídas en desuso. Sobre esto se anota el dato consignado por León Pinelo, en ese entonces: "Mientras esto así se disponía (Los trabajos de Nueva España) siendo fiscal del Consejo el señor Licenciado Francisco Hernández de Liebana, el año de 1562 pidió que se recopilasen las cédulas reales por ser ya muchas y causar confusión. Este dato se complementa a la perfección con otros dos recogidos en otras tantas consultas del Real y Supremo Consejo de Indias de 1658 y 1660, respectivamente debidas a la pluma del ilustre polígrafo o al menos inspiradas por él". **MANZANO MANZANO Juan**. Historia de las recopilaciones de Indias. Tomo I. Ediciones de Cultura Hispánica. Instituto de Cooperación Iberoamericana. Madrid, España. 1991. PAG.. 34 y 60

⁷⁵⁸A este periodo, que se denomina como de notable confusión legislativa, se adicionaron también las *Ordenanzas reales de Castilla* (1485) y por supuesto la nueva *Recopilación de las leyes de Indias* (1567) y la novísima recopilación (1805). **REYES ECHANDÍA Alfonso**. Ob. Cit. PAG. 23. **FERRE OLIVE Juan Carlos** Et. Al. PAG. 152

⁷⁵⁹ Sin contar con la postura del norte de América, es de advertir, según Zavala, el concepto de una población americana, cercana al estado primitivo de inocencia que fluctuaba entre las mansísimas y humildísimas gentes de que hablaba De las Casas y los agresivos Bárbaros referidos a los Caribes. Sobre estos extremos se alimentó el concepto histórico Europeo del Indígena Americano. **ZAVALA Silvio A**. Ob. Cit. PAG. 45

⁷⁶⁰ En el texto de Gaitán Mahecha, se cita un interesante pasaje de Ignacio Villalobos sobre la aplicación de la ley en el periodo de la colonización. **GAITAN MAHECHA Bernardo**. Curso de Derecho Penal General. Ediciones Lerner. Bogotá D.C. 1963. PAG. 32

⁷⁶¹ Esto se enfrentaba a la situación en América que revelaba, entre muchos casos, Fray Bartolomé de las Casas con sucesos como los siguientes: "Por miedo de las crueldades egregias que uno de los tiranos particulares en los indios hacía, se fueron a los montes huyendo de tanta inmanidad un gran señor que se llamaba Daitama, con mucha gente de la suya. Porque esto tienen por remedio y refugio (si les valiese). Y a esto llaman los españoles levantamientos y rebelión. Sabido por el capitán Tirano, envía gente al dicho hombre cruel (por cuya ferocidad los indios que estaban pacíficos e sufriendo tan grandes tiranías y maldades se habían ido a los montes), el cual fue a buscarlos, y porque no basta esconderse en las entrañas de la tierra, hallaron gran cantidad de gentes y mataron y despedazaron más de quinientas ánimas, hombres y mujeres e niños, porque a ningún género perdonaban. Y aun dicen los testigos que el mismo señor Daitama había, antes que la gente le matasen, venido al dicho cruel hombre y le había traído cuatro o cinco mil castellanos, e no obstante esto hizo el estrago susodicho". **DE LAS CASAS Fray Bartolomé**. Tratados de Fray Bartolomé de las Casas. Tomo I. Editorial Fondo de Cultura Económica. Primera Edición. México D.F. 1965. PAG.. 178 y 179

⁷⁶² Sin contar con la postura del norte de América, es de advertir, según Zavala, el concepto de una población americana, cercana al estado primitivo de inocencia que fluctuaba entre las mansísimas y humildísimas gentes

se haría la recopilación y se extenderían las instituciones penales del imperio español en América⁷⁶³. De todo lo anterior se puede expresar que desde nuestros orígenes, la legalidad penal merece ser interpretada en forma diversa que el proceso europeo, dado el contexto y las nuevas instituciones creadas en tal virtud, con diferencias en los periodos de la Conquista⁷⁶⁴, después en la Colonia⁷⁶⁵ y luego la independencia. Por ende, los problemas asociados a la legitimidad de las instituciones, va a tener una valoración que contiene diversos elementos que los acontecidos desde nuestras fuentes procedentes de Europa, en particular en este período colonial⁷⁶⁶.

1.2. La legalidad penal posterior a la Independencia, hasta la Constitución de 1886. La búsqueda de un concepto propio de legitimidad

En el proceso de Independencia el primer antecedente en la legislación punitiva se representa en la Constitución de 1811 que establece unos antecedentes en materia de

de que hablaba De las Casas y los agresivos Bárbaros referidos a los Caribes. Sobre estos extremos se alimentó el concepto histórico Europeo del Indígena Americano. **ZAVALA Silvio A.** Ob. Cit. PAG. 45

⁷⁶³ **IBÍD.** PAG. 53

⁷⁶⁴ Sobre todo si se parte de la base de que los habitantes originarios eran considerados como inferiores. Si esto es así, tenían menos respaldo frente a la ley. Al respecto, al comienzo de la conquista, Bartolomé De las Casas insistió en que la civilización de aquellos seres extraños hacia los que el descubrimiento de América llamó la atención del mundo, no merecía solo estudio sino respeto. **HANKE Lewis.** Ob. Cit. PAG. XVII.

⁷⁶⁵ Las influencias sobre la aplicación de la ley española en la Colonia, se debieron a una multitud de causas determinantes, entre ellas: "la teología; el carácter y temperamento social de la Edad Media; la herencia del Derecho Romano; la moralidad católica; las costumbres militares, adquiridas en ocho siglos de lucha y su crueldad consecuencial; el desprecio hacia los *'criollos'*; el espíritu de castas; la prepotencia clerical; la ignorancia general y la preponderancia de los pocos ilustrados; el espíritu caballeresco y fanático; la abyección, hija del perpetuo absolutismo; las creencias y *adaptaciones* creadas por la penalidad para lo futuro; el obedecimiento al Rey y la creencia en su origen divino. Igualmente, la lejanía de la metrópoli; la educación oscurantista y escolástica de Abogados y Jueces; la falta de comunicación con los centros intelectuales; las influencias que sobre el carácter asustadizo y supersticioso ejerció la naturaleza en España y sus Colonias, y por último, las recíprocas dependencias de la organización biológica, psicológica y social". **QUIJANO Arturo A.** Ob. Cit. PAG. 28

⁷⁶⁶ En los dos primeros siglos de la Colonia apenas si se dictaron normas influenciadas por el fervor individual de Montesinos, Ortiz y Las Casas; sin embargo, solo excepcionalmente se cumplieron. A lo anterior se suma que la dureza de las leyes partía de las propias recopilaciones indianas, lo que constituyó la desigualdad característica de los estatutos romano-españoles que se trasplantó a la legislación indiana. Las personas de calidad serán puestas en cárceles públicas y no en galeras; los gentiles hombres no serán sancionados con penas infamantes; los indios podrán destinarse al servicio personal en los conventos. Es decir, la legalidad punitiva hacía diferencias relevantes en lo social. De igual forma, los grandes suplicios no se aplicaron bajo la responsabilidad exclusiva de las audiencias y los virreyes, sino que fueron autorizados y, más aún, atizados desde la Metrópoli como ocurrió en el caso de Túpac Amaru, los comuneros del Socorro en el Virreinato de la Nueva Granada, José Antonio Galán, Isidro Molina, Lorenzo Alcantuz y Manuel Ortiz. Los delitos cometidos por estos eran conocidos como de Lesa Majestad, ajusticiables según el rigorismo penológico de España. **PÉREZ Luis Carlos.** Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Segunda Edición, refundida. Editorial Temis. Bogotá D.C. 1975. PAG.. 230 a 233

garantías⁷⁶⁷. Todo esto originado a partir de las ideas de la reforma protestante, adicionada por las libertades civiles inglesas y el complemento necesario de la soberanía popular de Rousseau⁷⁶⁸. Con la primera independencia que instauraba la república⁷⁶⁹ se tenía como base el poder legítimo de tales instituciones y sobre todo el imperio de la ley.⁷⁷⁰ En este sentido, la legalidad penal se centra inicialmente en el contrato social, asunto que se reconoce en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y se reafirma en el Código Napoleónico (1810). Por ende, se trata de admitir en los inicios del siglo XIX, la vigencia de la ley como factor principal de legitimidad del delito y del castigo, también en el caso de la Nueva Granada⁷⁷¹, e incluso se promueve la institucionalización de tales entidades y garantías de protección a las personas vinculadas a un proceso penal con vocación de permanencia⁷⁷².

⁷⁶⁷ El mismo comienza a verificarse a partir de la Constitución de 1811, que persiste en una tendencia del pensamiento en las relaciones del poder civil con el eclesiástico, bien en la forma centralista o la forma federal del gobierno, y sin duda, en las consecuencias del liberalismo europeo. En materia penal, como se indicó en la primera parte, se expresa en la obra de Beccaria, quien según Gaitán Mahecha constituye la propagación de los principios liberales del enciclopedismo. Sus efectos son demoledores, por ejemplo: en Toscana es Abolida la pena de muerte; en Austria se reduce a los delitos militares; en España se intenta la reforma penal y Catalina de Rusia instruye a una comisión de reformas, inspirándose en la obra de Beccaria. **GAITAN MAHECHA Bernardo**. Ob. Cit. PAG. 28

⁷⁶⁸ Según López Michelsen, desde entonces y durante todo el periodo institucional, hasta la carta de 1886, este fue un dogma en el cual los partidos históricos siempre estuvieron de acuerdo. También aparece limitada por los principios del derecho natural, según el pensamiento de Locke y del Juez Marshall en los Estados Unidos. **LOPEZ MICHELSEN Alfonso**. Introducción al Estudio de la Constitución Política de Colombia. Editorial Universidad Santo Tomás 4ª Edición. Bogotá D.C. 1989. PAG. 21

⁷⁶⁹ Lo anterior obedeció a la nueva realidad política creada por la Revolución Francesa que generó un esfuerzo de unificación del derecho, incluido el Derecho Penal, mediante el proceso de codificación que concluyó en Francia con el Código Penal de 1810, por parte de Napoleón Bonaparte (1769-1821). Este código, con algunas modificaciones, permaneció vigente hasta 1992; sin embargo, el código actual, en su esencia política y dogmática, conserva una estructura similar a la del código napoleónico. **RESTREPO FONTALVO Jorge**. Editorial Universidad Santo Tomás Bogotá D.C. Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria. Bogotá D.C. 2008. PAG. 32

⁷⁷⁰ El profesor Pérez señala que El período de la colonia es interrumpido por la primera Independencia de 1810, lograda por Antonio Nariño y Camilo Torres, que dio origen al proceso de Codificación Nacional que aún se mantiene. A partir de este momento se origina el proceso nacional, caracterizado por el desarrollo de proyectos, códigos, reformas integrales, compilaciones, etc. **PEREZ PINZON Álvaro Orlando**. Ob. Cit. PAG. 126

⁷⁷¹ Todo ello se puede verificar, pese a que el interés de esta Primera Revolución reconocía la autoridad del Rey Fernando VII, en la Constitución de 1811. No obstante, se destaca una tendencia del pensamiento liberal que no tenía corrientes antagónicas en ese momento y que de alguna manera se desarrollaba en las instituciones jurídicas de la nueva nación **LÓPEZ MICHELSEN Alfonso**. Ob. Cit. PAG. 21. **RESTREPO FONTALVO Jorge**. Ob. Cit. PAG. 33

⁷⁷² En este sentido cabe destacar los principios de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, en donde aparece el principio de legalidad en el art. 6º, posteriormente reafirmado por el artículo 4º del Código Penal de 1810. Así mismo cabe mencionar el de igualdad de todos los hombres ante la ley, la necesidad de abolir los suplicios y el rechazo de toda pena que no fuera estrictamente necesaria. **Ibíd.** PAG. 33

Este comienzo de legitimidad constitucional pretendía lograr cierta autonomía liberal con derechos, pese a que decidió mantener el lazo político con el Reino Español.⁷⁷³ En cuanto a los logros punitivos, la legitimidad derivada de este acto constitucional de 1811, prohibía la tortura y la privación de libertad sin previo mandato de autoridad competente; aunque se seguía aplicando el derecho penal español, limitado en forma relativa a respetar las garantías individuales⁷⁷⁴. Posteriormente, en virtud de la Constitución de 1821 se generó el proceso legislativo con el proyecto de creación del Código de 1823, que si bien no se aprobó sentó las bases de la codificación penal de la Nueva Granada.⁷⁷⁵ Esta codificación se debió a la influencia del Código de Napoleón de 1810 y el posterior Código Penal Francés, así como el Código Español de 1822⁷⁷⁶ que sirvieron a este propósito, junto con la ideología liberal de Jeremías Bentham para la consolidación del posterior código penal nacional de 1837 que generó influencia hasta 1890.

⁷⁷³ Este proceso, que inició con la Constitución de Cundinamarca de 1811, continuó con las Constituciones de Tunja del 9 de diciembre de 1811 y de Antioquia del 21 de marzo de 1812 **PÉREZ PINZÓN Álvaro Orlando**. Ob. Cit. PAG. 126

⁷⁷⁴ Todo este período de la primera República en Colombia fue efímero, pues las disputas ocasionaron una pequeña guerra civil (que se prolongó hasta 1815) entre centralistas y federalistas, encarnados por Antonio Nariño y Camilo Torres, lo cual implicó el derrumbamiento del modelo democrático antes de su organización institucional. El mismo culminó en 1816 con el advenimiento del pacificador Pablo Morillo, quien realizó la reconquista del territorio de la Nueva Granada para el Reino de España. En este régimen, Morillo instauró nuevas instituciones penales arbitrarias y no jurídicas, como el Consejo Permanente de Guerra, el Tribunal de Purificación, el Tribunal de la Inquisición y la Junta de Secuestros. Palabras más, palabras menos: los logros liberales de la legalidad penal se esfumaron con la reconquista española. Durante este período (de 1816 hasta 1819) se desarrolló el régimen del terror que culminaría con la emancipación definitiva de la Corona española. **PÉREZ PINZÓN Álvaro Orlando**. Ob. Cit. PAG. 127

⁷⁷⁵ El art. 188 de esa carta Constitucional, señalaba lo siguiente: "Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y las leyes que expidiere el Congreso". Posteriormente, en el Código Civil de 1825 (art. 1º, ley 126 del 13 de mayo de 1825), se estableció que estas leyes solo tendrían vigencia si fueren sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808. Igualmente, a través de la ley del 17 de septiembre de 1821 se abolió para siempre el Tribunal de la Santa Inquisición. **RESTREPO FONTALVO Jorge**. Ob. Cit. PAG.. 35 a 37.

⁷⁷⁶ A partir de la independencia de 1819, se logró la fundación de la Nueva República que inicialmente se estructuró con la Gran Colombia, a través de la Constitución de Cúcuta de 1821. Esta Constitución, en materia penal, recogió la legislación hispana de 1812 que a su turno generó las bases del proyecto de Código Penal para España de 1822. En el año de 1819, durante el Congreso de Angostura, se reconoció que las leyes españolas seguían vigentes en su mayoría, aunque se hicieron intentos por limitar sus alcances. Con tal propósito, le fueron concedidas al presidente de la República amplias prerrogativas que lo facultaban para "A favor de la Humanidad mitigar las penas afflictivas, aunque sean capitales. Así la Constitución de Cúcuta de 1821 reconoció en forma supletoria las leyes de indias, al igual que las pragmáticas y Cédulas de la Corona Española". Sumado a lo anterior, el proyecto de código de 1823 tenía penas infamantes, por ejemplo: la pena de muerte, los trabajos forzados, la venganza, la infamia y la muerte civil; situaciones que además de propiciar el cansancio hacia las instituciones españolas, hicieron que dicho proyecto no tuviera mayor acogida **Ibíd**. PAG.. 35 a 37. **MESA VELASQUEZ Luis Eduardo**. Ob. Cit. 44

Durante el siglo XIX, pese a los primeros avances en la República, el contexto político y constitucional concurrió con hechos que impidieron una jurisdicción penal estable, dadas las medidas de excepción que se presentan desde el comienzo. Por ejemplo, se puede citar en el régimen de facto de Bolívar, las medidas relativas a la persecución a opositores y el establecimiento de la pena de muerte⁷⁷⁷. Se abroga por primera vez, el principio de legalidad penal mediante los decretos presidenciales expedidos por tales razones.⁷⁷⁸ En otras palabras, el comienzo de las instituciones penales en la primera República se dio con la inestabilidad de gobiernos de facto y la disolución de la Gran Colombia⁷⁷⁹, lo cual influyó en tales desarrollos durante el siglo XIX, lo que hizo difícil el camino a la estabilidad jurídica.⁷⁸⁰

⁷⁷⁷ A la par de este proceso se emitieron algunas normas como el decreto del 20 de febrero de 1828 que establecía la pena de muerte por delitos políticos **RESTREPO FONTALVO Jorge**. Ob. Cit. PAG. 37 a 39. **PÉREZ PINZÓN Álvaro Orlando**. Ob. Cit. PAG. 127

⁷⁷⁸ Esta norma obedeció a que el régimen bolivariano, a partir de 1828, se tornó en dictadura, en cuyo caso contenía disposiciones arbitrarias de emergencia consagradas esencialmente hacia la persecución política. **RESTREPO FONTALVO Jorge**. Ob. Cit. PAG.39

⁷⁷⁹ En este orden de ideas, el proceso de regulación punitiva del delito y del castigo no será pacífico en Colombia, ni siquiera en los tiempos actuales. Esta legislación tuvo vigencia hasta 1830, cuando se disolvió la Gran Colombia, a causa de los movimientos secesionistas de Venezuela y Ecuador. Sin embargo, dicha legislación no fue democrática dados los últimos días del libertador Simón Bolívar, quien, convertido en dictador en 1828, había promocionado una influencia notable del poder militar en todos los cargos públicos desde 1826, lo cual generaba consecuencias en las instituciones jurídicas. El proceso anterior, además de la muerte de Simón Bolívar, culminó con una Constitución expedida en el Congreso Admirable de 1830, que sin embargo nunca tuvo vigencia. Para este momento, el General Flores (en el sur del país) había asumido un gobierno de hecho en Ecuador y el General José Antonio Páez en Venezuela. La constitución proclamada ya no tenía el cuerpo político para el cual fue creada. La Nueva Granada fue la única que quedó de dicho proceso y comenzó su vida institucional con la Constitución del 29 de febrero de 1832. Para entonces es elegido el General Francisco de Paula Santander y, como primer vicepresidente, José Ignacio de Márquez. **VASQUEZ CARRIZOSA Alfredo**. El poder Presidencial en Colombia. Tercera Edición. Ediciones Suramérica LTDA. Librería Norte. Barranquilla Atlántico, Colombia 1986. PAG.. 74 A 79.

⁷⁸⁰ En el caso de Bolívar se complementó con el decreto del 27 de agosto de 1828. El decreto citado contenía, entre otras, las siguientes motivaciones. "**Considerando:** que el pueblo en esta situación, usando de los derechos esenciales que siempre se reserva para libertarse de los estragos de la anarquía y proveer del modo posible a su conservación y futura prosperidad, me ha encargado de la suprema magistratura para que consolide la unidad del Estado, restablezca la paz interior y haga las reformas que se consideren necesarias; **Considerando:** que no me es lícito abandonar la patria a los riesgos inminentes que corre; y que como magistrado, como ciudadano, y como soldado es mi obligación servirla; **Considerando:** en fin, que el voto nacional se ha pronunciado unánime en todas las provincias, cuyas actas han llegado ya a esta capital, y que ellas componen la gran mayoría de la nación; Después de una detenida y madura deliberación he resuelto encargarme, como desde hoy me encargo, del poder supremo de la República, que ejerceré con las denominaciones de «Libertador», «Presidente», que me han dado las leyes y los sufragios públicos; y expedir el siguiente: Decreto Orgánico. Título I Del poder Supremo. **Artículo 1.** Al jefe supremo del Estado corresponde: **8.** Hacer que la justicia se administre pronta e imparcialmente por los tribunales y juzgados, y que sus sentencias se cumplan y ejecuten; **9.** Aprobar o reformar las sentencias de los consejos de guerra y tribunales militares en las causas criminales seguidas contra oficiales de los ejércitos y de la marina nacional; **10.** Conmutar las penas capitales con dictamen del consejo de Estado, que se establece por este decreto, y a propuesta de los tribunales que las hayan decretado u oyéndolos previamente; **11.** Conceder amnistías o indultos generales o particulares: y disminuir las penas cuando lo exijan graves motivos de conveniencia pública, oído siempre el consejo de Estado." haga necesarios en casos de delitos de Estado". Decreto Orgánico

En este sentido, se evidencia la primera interferencia en el principio de legalidad penal que desde luego menoscaba la legitimidad en ese entonces, pues de tajo se borraban todas las garantías conquistadas por el liberalismo de la Constitución de Cúcuta de 1821⁷⁸¹. En todo caso, el proceso político como en este caso, debido a medidas de militarización o de excepción, siempre generó consecuencias en el principio de legalidad que en ese entonces era meramente normativo, con los rasgos ideológicos del liberalismo clásico, de la Revolución Francesa y del concepto de democracia de ese momento.

De igual forma, frente al proceso de separación de la Gran Colombia se proclamó a la Nueva Granada como una República soberana, a través de la Constitución de 1832⁷⁸². Así se trató de resolver la incertidumbre creada por la separación de Ecuador y Venezuela, mediante la nueva organización política y del poder público de la nueva república⁷⁸³. El General Santander, quien lideró este nuevo orden, manifestaba su disposición bajo un sistema de normas distintas de la Gran Colombia y más aún de la legislación anterior al período de la independencia⁷⁸⁴.

de la Dictadura de Bolívar 1* DE 1828. (27 de agosto de 1828) Que debe servir de Ley constitucional [sic] del Estado hasta el año de mil ochocientos treinta. SIMÓN BOLÍVAR, LIBERTADOR, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13691>. Consultada el 28.06.2015.

⁷⁸¹ Los artículos específicos del principio de legalidad se establecen en el Título VI, Disposiciones Generales, del *Decreto Orgánico de la Dictadura de Bolívar 1* de 1828*, en los siguientes artículos: “**Artículo 17.** Todos los colombianos son iguales ante la ley e igualmente admisibles para servir todos los empleos civiles, eclesiásticos y militares. **Artículo 18.** La libertad individual será igualmente garantizada, y ninguno será preso por delitos comunes sino en los casos determinados por las leyes, previa información sumaria del hecho y orden escrita de la autoridad competente. Mas no se exigirán estos requisitos para los arrestos que ordene la policía como pena correccional, ni para los que la seguridad pública haga necesarios en casos de delitos de Estado”. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13691>. Consultada el 28.06.2015.

⁷⁸² En todo caso, cuando Joaquín Mosquera y Arboleda (1787-1878) asumió la presidencia de la Gran Colombia, derogó todos los decretos expedidos en la dictadura del Libertador, mediante decreto del 28 de julio de 1830. **RESTREPO FONTALVO Jorge**. Ob. Cit. PAG. 40

⁷⁸³ Tras la muerte de Simón Bolívar en 1830, la Gran Colombia dejó de existir, a raíz de la separación del bloque de las tres naciones (Nueva Granada, Ecuador y Venezuela) que la conformaron. Panamá dejará de ser parte en 1903. **VASQUEZ CARRIZOSA Alfredo**. PAG. 74 a 79

⁷⁸⁴ **RESTREPO FONTALVO Jorge**. Ob. Cit. PAG.. 41 y 42

En este proceso, se logra la codificación penal de 1837 que constituye el documento de fundación del derecho penal liberal en la nación colombiana⁷⁸⁵. En el código de 1837, se concibe el delito como una infracción a una conducta típica descrita en una norma jurídica; asimismo, en el principio de legalidad debe estar prescrita la sanción⁷⁸⁶. El Código Penal de 1837 ejerce influencia en los códigos posteriores y las medidas constitucionales van a ejercer repercusiones en la legalidad penal⁷⁸⁷.

Es de rescatar que solo hasta este momento de la República, después de la independencia, se adquiere una forma institucional que refleja por primera vez un cauce estable de legitimidad estatal, lo que lleva a plantear que en esta primera mitad del siglo XIX predomine el espíritu permanente por construir un Estado fundado en la legalidad⁷⁸⁸. Este proceso va a dar frutos en las instituciones penales y su configuración⁷⁸⁹, sobre todo

⁷⁸⁵ De igual forma en la codificación de 1837 es de destacar la ideología de Bentham que se expresaba en el liberalismo de tales instituciones, junto con las ideas francesas e instituciones españolas remanentes, entre otras. El código de 1837, respecto de la concepción del derecho, se fundamenta en el derecho natural. Este nuevo código esboza una propuesta ilustrada del derecho en ruptura con el derecho criminal colonial, planteando una separación tajante entre el delito y la moral, lo que permite que la separación entre pecado y delito desaparezca. De igual forma, la ley penal colombiana se inscribe así en una historia de las leyes penales en Euroamérica, igual que la administración de justicia y el control social. Se trata de una época marcada definitivamente por los cambios sociales y políticos. El caso del Código Penal de 1837 en la Nueva Granada, pertenece a una historia de la codificación en Occidente. Adicionalmente, el código planteaba la no prescripción de ciertos delitos como el de traición, parricidio, asesinato e incendio por ser especialmente lesivos al bien común y por ser una amenaza para la sociedad y la República. Bajo este panorama, el pensamiento utilitarista marcó definitivamente el carácter del Código Penal de 1837. **MARQUEZ ESTRADA José Wilson**. Control Social y Construcción Social del Estado. El código Penal de 1837 y su influencia sobre la legislación criminal del Estado Soberano de Bolívar. 1870 – 1880. Editorial el Caribe Ltda. Cartagena de Indias, Colombia 2011. PAG.. 14 a 19.

⁷⁸⁶ En esta perspectiva, el delito en la República se produce por una acción voluntaria e intencionada de violación de la ley, conforme al art. 1º de la ley 27 de 1837 **Ibíd.** PAG.. 14 A 19. Además, el delito también obedecía a sus formas imperfectas tales como la complicidad, circunstancias modificadoras de la responsabilidad, sanciones, etc. **MESA VELASQUEZ Luis Eduardo** Ob. Cit. PAG. 44. El Código de 1837 contenía 919 artículos, siendo el más extenso de todos los códigos nacionales. Su vigencia se inició el 1º de junio de 1838, y se puede afirmar que se extendió por casi un siglo. Si bien contenía la influencia francesa, en su desarrollo se trazaron diferencias, por ejemplo, en el código se plasmó la división bipartita en delitos y contravenciones. **RESTREPO FONTALVO Jorge**. OB. Cit. PAG. 54

⁷⁸⁷ Según Cancino, el estatuto de 1837 constituyó el primer conjunto sistemático de disposiciones que recibió tal nombre en Colombia; este estatuto derivaba del código Francés de 1832 y en menor grado de las instituciones españolas anteriores, empero, también se advierten otras influencias diversas que rodearon su expedición. **CANCINO MORENO Antonio José**. Instituciones Penales Colombianas y su evolución a partir del Código de 1837. Tomo I. Obras Completas. Compilador José María Fuentes. Bogotá D.C. PAG.. 31 y 32. De esta opinión también aparece Mesa Velásquez, quien además señala que este enfoque obedece a la influencia del Código Napoleónico de 1810. **MESA VELASQUEZ Luis Eduardo** Ob. Cit. PAG. 44

⁷⁸⁸ Todo esto a pesar de que en la práctica la cohesión social se elaboraba a partir de los dogmas y de la organización administrativa de la iglesia católica. **RESTREPO FONTALVO Jorge**. Ob. Cit. PAG. 64.

en este proyecto –iniciado a instancias de José Ignacio de Márquez– que culmina con el primer Código Penal Nacional de 1837⁷⁹⁰. El estatuto, según Velásquez, sufrió ciertas modificaciones no sustanciales entre 1843 y 1853, algunas de las cuales se realizaron durante la administración de José Hilario López⁷⁹¹. Como consecuencia de las leyes mencionadas, se eliminaron: la pena capital por delitos políticos, la pena de vergüenza pública, las penas restrictivas de la libertad de expresión y se establecieron los jurados de conciencia para las causas criminales⁷⁹². Este mismo estatuto de 1837, sirvió de base más

⁷⁸⁹ Sobre la discusión en torno a la influencia del código, además de los conceptos tanto procedentes de Francia como del liberalismo inglés y las instituciones españolas remanentes, se cita también a Gaetano Filangieri y sus ideas italianas como aporte a la codificación de 1837. En dicha tarea de codificación aparece la manera de argumentar de un autor desconocido (que utilizaba el seudónimo “el Granadino”) que además de reconocer el utilitarismo y liberalismo (francés e inglés), identifica una triada ilustrada que legitimaba y soportaba las instituciones republicanas. Así, las fuentes de construcción del nuevo código penal fueron la constitución, el pueblo y la razón; junto con la presencia de *la ruta de Nápoles* en los debates jurídico-políticos de la Nueva Granada (siglo XIX). Adicionalmente, en los debates que se realizaron desde 1833 en el Consejo de Estado y en las Cámaras Legislativas, se puede reconocer la presencia de otros tratadistas y catedráticos euroamericanos: Manuel de Lardizábal y Uribe (1739-1820), Gaetano Filangieri (1753-1787), José Duque Gómez (1808-1841), José Ignacio de Márquez (1793-1880), Florentino González (1805-1874), Jerónimo Torres (1771-1839) o Charles Louis de Secondat Baron de la Brede et de Montesquieu (1689-1755) y sus discípulos franceses, entre tantos otros filósofos y teóricos influyentes en la elaboración de las leyes penales de 1837. ESCOBAR VILLEGAS Juan Camilo y MAYA SALAZAR Adolfo león. Los procesos de codificación penal en Nueva Granada: una ruta para la mundialización de las ideas ilustradas. Lectores y lecturas de la obra de Gaetano Filangieri en la Colombia del siglo XIX. Disponible en <https://nuevomundo.revues.org/3960>. Consultada el 30.06.2015

⁷⁹⁰ El código de 1837 traía sendos capítulos sobre los delitos, entre otros se definía: los atentados contra la autoridad doméstica, atentados de los hijos, pupilos y menores contra los padres, tutores y curadores (Sección primera). En los Títulos 1 y 3 se trataban: los delitos y culpas contra la Constitución; la libertad de la Nación (Capag. 1); la seguridad exterior de la República (Título 3, Capag. único); los atentados contra la propiedad, la libertad, la seguridad individual (Capag. II) y el ejercicio de los derechos políticos y de ciudadanía, entre muchos otros títulos. Lejos de lo que se esperaba, la República se encontró con un Código que establecía penas desproporcionadas, algunas atroces e incluso infamantes. En otras se manifestaba crueldad en la ejecución de varias de penas, y no pocas repeticiones de la legislación criminal antigua de España. El Código era severo, especialmente con los delitos políticos; de manera tal que casi todo lo que había de atroz en la antigua legislación española contra tales delitos, fue retomado en el Código Penal Granadino. Así, por ejemplo, en la Guerra Civil de 1840 el código descargó todo su peso contra los vencidos, llevando a muchos de ellos al cadalso. Además, en la vigencia del Código de 1837, se dispuso que a partir de esa fecha (1º de junio de 1838) todos los delitos y culpas, a excepción de los militares, se castigarían exclusivamente de acuerdo con el Código. En consecuencia, quedó tácitamente derogada la legislación de España en materia penal. La hora de las compensaciones llegó, y la parte de Derecho Penal de la Colonia, más bárbara que las otras ramas de la legislación, hubo de ser derogada muchos años antes que estas últimas. **QUIJANO Arturo A.** PAG.. 103 a 105.

⁷⁹¹ Vale la pena mencionar que en el siglo XIX la idea de estructuración de un sistema legal propio y adecuado para la nación emergente e independiente abarca la segunda administración de Santander y el Gobierno de José Ignacio de Márquez. Durante este período, permanecen muchos asuntos pendientes en la tarea legislativa, aunque es evidente que ya aparecían los lineamientos básicos del Estado. Por otro lado, se trataba de consolidar los fundamentos republicanos frente a una sociedad que no necesariamente se basaba en las bases civilistas institucionales y, por otro lado, en alguna medida esto se oponía a los fundamentos religiosos arraigados en la población y en la herencia cultural de la colonización hispánica. **RESTREPO FONTALVO Jorge.** Ob. Cit. PAG.. 63 y 64.

tarde para la construcción del Código Penal de los Estados Unidos de Colombia (1863), el cual se aprobó mediante ley 112 de 1873. Este segundo código (1873), que solo tuvo vigencia en la era de los Estados Unidos de Colombia, definió los delitos contra la vida, las penas corporales, algunas no superiores a 10 años de prisión por casos menores, etc.; también conservó los principios del Código de 1837 pero acordes con la Constitución de 1863. Su orientación liberal implicaba reprimir, especialmente, los delitos contra la libertad de conciencia y expresión para garantizar los derechos consagrados en la Constitución.

Lo anterior por cuanto en este período, el país se debate entre la consolidación constitucional que tiene un amplio catálogo de derechos con la Constitución liberal de 1863⁷⁹³ frente al esquema radical centralista posterior, de la Constitución de 1886.⁷⁹⁴ En esta última Carta, por ejemplo, se sancionaron artículos transitorios contra la libertad de prensa y la expulsión del territorio de los opositores al régimen. Bajo la Constitución de 1886, se establece igualmente el estado de excepción en el artículo 121 que afectará durante el siglo XX, las garantías judiciales, acompañadas de decretos del ejecutivo, que facultaban la autoridad marcial o legalidad marcial. Desde entonces la legitimidad del Estado se afecta por tales medidas, durante todos los episodios de violencia del siglo XX que generan la problemática principal de la estabilidad de la legalidad en materia penal.

El sistema jurídico colombiano, más que señalar unas escuelas como factores de desarrollo del principio de legalidad en materia penal, se puede identificar con un proceso de codificación e institucionalización, desde los avances constitucionales y normativos de los diferentes esfuerzos legislativos, conclusión que se deriva de los diversos periodos examinados con anterioridad. En este sentido, como lo anota Restrepo Fontalvo, se llega a un período a partir de la Constitución de 1886, en el cual se desarrolla una propuesta nacionalista que se concretó en el movimiento de la regeneración como reacción al liberalismo federalista anterior. La propuesta abogaba por un Estado fuerte y centralista

⁷⁹² **MESA VELASQUEZ Luis Eduardo** Ob. Cit. PAG. 45. En el mismo sentido **RESTREPO FONTALVO Jorge**. Ob. Cit. PAG. 59.

⁷⁹³ De otra parte, es preciso mencionar que en el año de 1858 el territorio se organizó bajo la forma de sistema federal y los diferentes Estados comenzaron la promulgación de Códigos como el Estado Soberano de Cundinamarca del 16 de octubre de 1858, siguiendo los lineamientos del Código de 1837, lo que instituyó un lineamiento nacional en este sentido. **MESA VELASQUEZ Luis Eduardo**. Ob. Cit. PAG. 45.

⁷⁹⁴ **IBÍD.** PAG. 45

que encontraba la antítesis de la Carta de 1863 en la Constitución de 1886⁷⁹⁵. Por otra parte, el desarrollo normativo de legalidad penal en Colombia estuvo marcado por un conflicto armado interno, de violencia política y de organizaciones criminales que surgieron en ese período, el cual estuvo caracterizado por medidas de excepción del Estado que obedecían a una serie de coyunturas incesantes⁷⁹⁶.

Finalmente las medidas de excepción adoptadas nunca tuvieron efectos en la resolución del conflicto, ni de los fenómenos mencionados; no obstante tuvieron la capacidad suficiente para generar inestabilidad, tanto en el ámbito político de legitimidad del sistema que dependía del respeto a las normas y principios⁷⁹⁷, como de la necesidad de justicia en Colombia, traducida en los primeras consecuencias de impunidad, todas ellas de carácter permanente y con diversas etapas, como se verá a continuación. Así mismo, se observa una difícil consolidación de la legalidad penal, así como las primeras afectaciones debido a medidas de excepción y por ende un menoscabo de factores de legitimidad.

1.3. Primeras nociones y estructuración del principio de legalidad. Las bases contemporáneas de la legitimidad jurídica penal (Constitución de 1886 - la legislación de 1890 hasta el código penal de 1936

En apartes anteriores se estableció la influencia de la *Novísima recopilación* que produjo efectos hasta 1890 en nuestro país. Sobre el particular, el proceso legislativo punitivo que venía desde 1837-1873 hasta la Constitución de 1886, se vincula con el enfoque

⁷⁹⁵ En esta etapa posterior a la Gran Colombia, se pueden demarcar dos períodos en particular: el primero, reaccionario (de 1831 a 1845), que se basó en la preservación de las ideas coloniales; y el segundo período comprendido entre 1845 y 1858, que pretendía la instauración de las ideas liberales con la ruptura de las anteriores. Adicionalmente, el reconocimiento de la independencia que realizó la Santa Sede en 1835 de la Nueva Granada, en términos de la época, equivalía al otorgamiento de un título de legitimidad a la nueva nación y sus gobernantes. **RESTREPO FONTALVO Jorge**. Ob. Cit. PAG. 69.

⁷⁹⁶ Bajo este contexto se desarrolló el proceso de la Constitución de 1886 que luego va a sufrir los embates de la pérdida de Panamá y la Guerra de los Mil Días. Todo esto parece cesar en el acto legislativo de 1910 que finalmente pudo dar algo de estabilidad al país. Sin embargo, todo este proceso tampoco fue pacífico y exento de reformas constitucionales durante el siglo XX. **URIBE VARGAS Diego**. Las Constituciones de Colombia. Ob. Cit. 1985. PAG. 186 a 188.

⁷⁹⁷ Desde esta perspectiva política se observa, según Arango, que el desconocimiento de las reglas de juego lesiona la confianza general e irrespet a quien sí se acoge a los procedimientos. La institucionalidad queda gravemente herida cuando el proceso de representación política deja de ser fiable y transparente. La legitimidad es una cualidad normativa que solo se gana mediante el respeto a las reglas y por su intermedio a los ciudadanos. **ARANGO RIVADENEIRA Rodolfo**. Derechos Humanos como límite a la Democracia. Análisis de la ley de Justicia y Paz. Editorial Universidad de los Andes. Grupo Editorial Norma. Bogotá D.C. 2008. PAG. 172

contenido en la Carta Política y las restricciones de garantías individuales que reprimían aspectos relevantes a nivel institucional. Por ejemplo, se advierte el restablecimiento en la Carta Política de la pena capital e igualmente se deroga la prohibición de imponer penas que superen los diez años, lo cual ampliaba el rango de penas considerablemente en la legislación posterior⁷⁹⁸.

Asimismo, como ejemplo de las restricciones aludidas en la Carta de 1886, se sancionaron artículos transitorios que permitieron al presidente perseguir delitos de prensa⁷⁹⁹ y la expulsión del territorio de los opositores al régimen⁸⁰⁰. Adicionalmente, bajo la Constitución de 1886, se establece una fórmula de estado de excepción en el art. 121, que afectará sin cesar durante el siglo XX las garantías judiciales, acompañadas en muchos casos de decretos que involucraban el ejercicio de la autoridad marcial o legalidad marcial; así, mediante la ley 61 de 1888, el capítulo de las garantías individuales quedaba a la orden del gobierno⁸⁰¹. Sobre este punto se puede afirmar que desde entonces la legitimidad del Estado se vio afectada por los episodios de violencia del siglo XX que generaron la problemática principal de la estabilidad de la legalidad en materia penal⁸⁰².

Por otra parte, siguiendo este proceso histórico, los antecedentes analizados en esta parte pueden rastrearse en 1890, con la ley 19 que aprobó el tercer Código Penal de la

⁷⁹⁸ **RESTREPO FONTALVO Jorge**. Ob. Cit. PAG. 71.

⁷⁹⁹ Esta tendencia intervencionista de derechos fundamentales, desde la Constitución de 1886, se denota en la siguiente interpretación ante el Congreso, que el mismo Miguel Antonio Caro expresó sobre la libertad de imprenta. Al respecto señalaba que el artículo K de la Constitución de 1886, disponía que mientras no se expidiera la ley de imprenta el gobierno quedaba facultado para prevenir y reprimir los abusos de la prensa. Así anotaba que la redacción del artículo revelaba que el Constituyente no quiso imponer un deber al Congreso, sino dar una facultad al gobierno sin otro término que el que el juicio prudente del legislador señale. **CARO Miguel Antonio**. Estudios Constitucionales y Jurídicos. Segunda Serie. Compilación. Editorial Instituto Caro y Cuervo. Bogotá D.C. 1986 PAG. 244.

⁸⁰⁰ **IBÍD.** PAG. 71.

⁸⁰¹ **VAZQUEZ CARRIZOSA Alfredo**. Ob. Cit. PAG.. 205 a 207.

⁸⁰² Justo en este momento se inician las normas de excepción con la ley 61 de 1888, denominada la ley de los caballos de 1888. **RESTREPO FONTALVO Jorge**. Ob. Cit. PAG. 71. La ley citada fue derogada por la ley 18 de 1898. Su art. 1º, facultaban al Presidente de la República "para prevenir y reprimir administrativamente los delitos y culpas contra el Estado que afecten el orden público, pudiendo imponer, según el caso, las penas de confinamiento, expulsión del territorio, prisión ó pérdida de derechos políticos por el tiempo que crea necesario". Según Olano, la ley se expidió en una época de bandolerismo e inseguridad en el país. **OLANO GARCIA Hernán Alejandro**. Disponible en <http://www.portafolio.co/opinion/blogs/juridica/la-ley-de-los-caballos>. Consultada el 4.07.2015.

nación hasta 1936⁸⁰³. El estatuto aprobado en 1890 seguía los postulados de la Escuela Clásica y se le reprochaba el recrudecimiento de las penas, entre ellas la pena capital; igualmente su casuismo fue exagerado y tuvo serias incongruencias, en particular, para la represión de los delitos⁸⁰⁴.

Aquí se puede hacer el primer corte institucional en la consolidación del Estado Nación y su consecuente desarrollo en materia de legitimidad que, en todo caso, establecía la ley preexistente como fundamento de legalidad en materia penal⁸⁰⁵. Durante etapa es de destacar, frente a la codificación analizada, un contexto que reflejaba un panorama que desde ya marcaba el origen del conflicto nacional.

En el escenario que llega hasta finales del siglo XIX se revelan desde 1810 incesantes conflictos internos, guerras civiles, así como enfrentamientos entre partidos políticos opuestos, que implicaron una guerra civil que culminó en 1903 (Guerra de los Mil Días) con un pacto político a comienzos del siglo XX⁸⁰⁶.

⁸⁰³ Durante este tiempo es conveniente citar un movimiento en América en pro de la codificación penal, como lo indica Bernate Ochoa, quien señala que en nuestro caso –además del Código colombiano de 1890– se pueden citar: “El Código Penal mejicano de 1871 (que contaba con la no despreciable cantidad de 1.151 artículos), el Código de Nicaragua de 1872 modificado en 1891, el de Honduras de 1880, el de Costa Rica del mismo año, el de Guatemala de 1889, el de El Salvador de 1881, el de Santo Domingo de 1884, el Código Penal de Venezuela de 1897, el Código Penal del Ecuador de 1890, el Código chileno de 1875, el Código Penal peruano de 1862, el Código del Brasil de 1890, el Código uruguayo de 1889, el Código paraguayo de 1880 y el Código Penal argentino de 1887; en el caso de Asia tenemos como ejemplo el Código Penal japonés de 1880, y en el caso de África, el Congo se regía por el Código del año 1886, en Sudán se aplicó el Código Penal del año 1899; en Australia tenemos como ejemplos el Código de Nueva Gales del Sur del año 1883, y el Código Penal de Nueva Zelanda de 1893”. **BERNATE OCHOA Francisco**. El Código Penal Colombiano de 1890. Revista *Estudios Socio-Jurídicos*. Editorial Universidad del Rosario. Vol.6 No.2 Bogotá Julio/Diciembre. 2004. Disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792004000200017&script=sci_arttext. Consultada el 1.07.2015.

⁸⁰⁴ El Código de 1890 rigió hasta el 1º de julio de 1938, fecha en la cual entró a regir el Código Penal de 1936. Durante su vigencia sufrió varias reformas, entre ellas el acto legislativo 03 de 1910 que suprimió la pena de muerte. **MESA VELASQUEZ Luis Eduardo**. Ob. Cit. PAG. 47.

⁸⁰⁵ El proyecto del Código de 1890, denominado inicialmente proyecto Porras, después fue modificado en la revisión del Consejero Juan Pablo Restrepo. El mismo definía el delito de la siguiente manera: “Art. 1º. Es delito o falta toda acción voluntaria, por disposición expresa de la ley, según su naturaleza. Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre ejecutadas con malicia o culpabilidad imputable, a no ser que conste o se pruebe lo contrario”. El proyecto Porras consagraba en su art. 14 el principio de legalidad en términos más amplios que los anteriores, en tanto que no lo limitaba al aspecto de la punibilidad, sino que lo ampliaba a la conducta, entendida como acción u omisión. El Código Penal de 1890 restringía el principio de legalidad a la pena, al señalar en su art. 12: “Para que pueda aplicarse una pena, por cualquier hecho u omisión, es preciso que haya sido señalada por ley preexistente”. **BERNATE OCHOA Francisco**. Ob. Cit. 2004. Disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792004000200017&script=sci_arttext. Consultada el 1.07.2015.

Justamente, durante este período aparece el proyecto Concha de 1912, referido a la escuela Clásica de Carrara, que fue continuado mediante la ley 109 de 1922 que aprobó el Código y que debía empezar a regir el 1º de enero del año siguiente. Sin embargo, mediante ley 81 de 1923 se aplazó su vigencia hasta 1925 y se creó una comisión para las modificaciones a que hubiere lugar que decidió al final que era mejor elaborar otro código⁸⁰⁷, que derivó en un proyecto positivista frustrado de 1925. Luego de este proceso, y de varios ejercicios de codificación sin resultados, se contrató la misión italiana que derivó en el proyecto Córdoba de 1927 que era interesante debido a que no era positivista, sino que se fundaba en la responsabilidad moral⁸⁰⁸. Es decir, se tenían fundamentos clásicos de la orientación penal basados en una entidad de derecho y en un libre albedrío de la persona para responder por sus conductas punibles⁸⁰⁹. Se puede afirmar que luego de los conflictos del siglo XIX se dio un momento interesante en materia jurídica, toda vez que se debatía entre los fundamentos de la escuela clásica penal y el positivismo como elementos que le daban validez al derecho vigente y a su vez legitimidad a todo el orden punitivo.

Durante este tiempo se puede afirmar que el Estado Nación experimentó una breve reconciliación de por lo menos 40 años, a partir de 1903, periodo de una convivencia política en relativa paz, sin dejar de lado los sucesos provenientes de la huelga de los trabajadores de la United Fruit Company de 1928, más conocida como la matanza de las bananeras⁸¹⁰. No obstante, en el fondo se presentaban problemas originados en este tiempo que solamente vienen a ser rebelados durante la década de fines de los treinta. Este hecho originó nuevas afectaciones de la legalidad penal, pues debido a éstos hechos el Gobierno del entonces presidente, Miguel Abadía Méndez, expidió la denominada “Ley Heroica” (Ley 69 de 1928), que declaró el Estado de Excepción para reprimir las huelgas

⁸⁰⁶ **MOOR MARIANNE Y LIDUINE ZUMPOLLE.** La Industria del Secuestro en Colombia, un negocio que nos concierne? Edit. Pax Christi, Utrecht, Holanda, enero de 2002. pag. 21

⁸⁰⁷ **PÉREZ PINZÓN Álvaro Orlando.** Ob. Cit. PAG. 129. **MESA VELASQUEZ Luis Eduardo.** Ob. Cit. PAG. 48

⁸⁰⁸ **IBÍD.** PAG. 48.

⁸⁰⁹ En el proyecto se eliminaban las medidas de seguridad y todas las disposiciones inspiradas en las doctrinas modernas de la época. **MESA VELASQUEZ Luis Eduardo.** Ob. Cit. PAG. 48

⁸¹⁰ **ITURRALDE Manuel.** Castigo, Liberalismo autoritario y justicia penal de excepción. Ed. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar. Primera Edición. Bogotá D.C. Colombia, 2010. PAG. 60

y las protestas de movimientos sociales. Las medidas adoptadas desencadenaron, el 6 de diciembre de 1928, la represión en forma violenta (por parte de las fuerzas militares) de los manifestantes de la United Fruit Company que dejaron un saldo de al menos 70 personas asesinadas⁸¹¹. Lo anterior significó la adopción de medidas de excepción en perjuicio de la normativa penal, pese a que el fuero constitucional tenía límites para tal efecto.

Superado el segundo incidente de violencia grave con afectaciones penales en el siglo XX, el desarrollo legislativo confluye en el proyecto del Código de 1936 que rigió hasta 1980⁸¹². Esta codificación fue desarrollada en virtud de la comisión creada mediante la ley 20 de 1933, que tuvo en cuenta los trabajos de la comisión de 1925, es decir, el proyecto avalado por Ferri en 1921; el Código Penal Italiano de 1930 (Código Rocco); el Código Penal Argentino de 1921, entre otros⁸¹³. Este proceso de la nueva codificación se realizó mientras el contexto revelaba una situación de violencia rural, debido al conflicto agrario que se presentaba en la década del treinta en el país⁸¹⁴. Es decir, no fue del todo pacífico su recibimiento en el Estado Nación de aquel entonces. En este período, no se aseveran comentarios al respecto, los textos de la época tan sólo analizan las estructuras normativas y su resolución.

De cualquier forma, los proyectos de codificación tenían como característica la defensa social y planteaban un régimen de penas para personas normales y medidas de seguridad para anormales; además se soportaba en fundamentos como la prevención, la reeducación, resocialización, etc.⁸¹⁵. Sobre este punto, en su tiempo se afirmó que la codificación de 1936 era de corte “peligrosista”, toda vez que tenía en cuenta este factor en la valoración del caso; empero esto solo se producía para la punibilidad, luego de verificada la responsabilidad penal, como ocurre en la actualidad⁸¹⁶. Tampoco era

⁸¹¹ IBÍD. PAG. 60.

⁸¹² **PÉREZ Luis Carlos**. Ob. Cit. PAG. 129

⁸¹³ **MESA VELÁSQUEZ Luis Eduardo** Ob. Cit. PAG.. 46 y 47

⁸¹⁴ **RESTREPO FONTALVO Jorge**. Ob. Cit. PAG. 90

⁸¹⁵ **PÉREZ Luis Carlos**. Ob. Cit. PAG. 283

⁸¹⁶ Esta noción se fundaba, según Carlos Lozano y Lozano, uno de sus redactores, en que el Código de 1936 concedía importancia al estudio del delincuente. Sus antecedentes, su personalidad psicofísica, sus características y su manera de obrar fueron tenidas en cuenta en todos los capítulos, no solo en la parte

absolutamente objetiva su valoración, toda vez que admitía la culpabilidad y su apreciación⁸¹⁷. Esto revela en estricto sentido que había una interpretación dogmática que también provenía de la escuela jurídico penal italiana, sobre todo de la *Terza Scuola* de tipo eclético, lo cual quiere decir que el sistema presentaba cierta mixtura en este sentido y había un camino hacia la preferencia dogmática del sistema penal⁸¹⁸. De alguna manera, esta forma de entender tal desarrollo de la legalidad penal, implicó, cada vez más, una mirada hacia dentro de los conceptos del sistema penal, sin observar el sistema constitucional del que también hacia parte.

Adicionalmente, este concepto de la peligrosidad, según Luis Carlos Pérez, tampoco coincidía plenamente con la escuela positivista italiana, dado que el Código de 1936 se alejaba del Estatuto Italiano frente al reconocimiento de las causas de imputabilidad y de justificación e incluso regulaba la exclusión de la responsabilidad para el demente⁸¹⁹. Tan solo se enunciaba la posibilidad teórica del delito natural propio de esta concepción, pero siempre se hacía referencia, en primer lugar, a la posibilidad legal descrita en el código del 36⁸²⁰.

Además de ello, el texto de las disposiciones penales implicó que la peligrosidad no quedara como medida de la responsabilidad, y menos como base para imputar delitos, sino como una simple circunstancia de atenuación punitiva⁸²¹. En este sentido, los autores

general sino en la sistematización de las normas relativas a cada delito. La peligrosidad y los motivos determinantes indicaban la gravedad relativa al acto que se sancionaba, junto con sus condiciones jurídicas objetivas. La reacción social frente a este acto procuró adaptarse a las condiciones y a la conducta general del agente, más que al hecho concreto, que es ante todo un síntoma de la personalidad. En todo caso, según este autor, la consecuencia de este criterio era la tesis de la responsabilidad legal consagrada en el art. 2, que señalaba: "Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos exceptuados en el código. En este caso sólo a los perturbados psíquicos difiere la reacción social que en estos casos corresponde a una medida de seguridad a tiempo indeterminado". **LOZANO Y LOZANO Carlos**. Elementos de Derecho Penal. Segunda Edición. Ediciones Lerner. Bogotá D.C. 1961. PAG. 107.

⁸¹⁷ **IBÍD.** PAG. 283

⁸¹⁸ Restrepo Fontalvo afirma que tal vez influyó el panorama positivista que pregonaban los intérpretes y comisionados del código en su momento, pero al final esta influencia no se destacó en las instituciones concebidas en dicha legislación. **RESTREPO FONTALVO Jorge** Ob. Cit. PAG.. 110 y 11.

⁸¹⁹ **PÉREZ Luis Carlos**. Ob. Cit. PAG. 283

⁸²⁰ Por ejemplo, en el *Manual de Mesa Velásquez* de 1962 se menciona esta posibilidad del delito natural pero se reitera la fórmula legal del delito más parecida a la escuela dogmática, tanto alemana como italiana, vistas en la primera parte de este trabajo. **MESA VELASQUEZ Luis Eduardo**. Ob. Cit. PAG. 81.

⁸²¹ **PÉREZ Luis Carlos**. Ob. Cit. PAG. 283

de la época consideraban que si bien se presentaban estas discusiones dada la fuerte presencia de la Escuela Italiana positivista del momento, era necesario advertir que desde el punto de vista de la justicia penal, por lo correspondiente a la dogmática jurídica y para la aplicación del derecho represivo de la época, había que referir siempre al delito como violación de la ley penal positiva⁸²². Esta violación, según Mesa Velásquez residía en el carácter antijurídico del hecho, asunto que sin la previsión legislativa correspondiente, ninguna acción por inmoral y peligrosa que se la imaginara, podría inculparse penalmente aunque coincidiera con la noción de delito natural que en todo caso era absolutamente indeterminada y sin soporte normativo⁸²³.

2. La configuración de la legalidad penal en el origen del conflicto armado, medidas de excepción y afectación de la legitimidad. (Desde el Código Penal de 1936 hasta el Código de 1980)

En plena vigencia de la codificación de 1936, se promovieron las primeras reformas durante la denominada República Liberal en 1943, con una orientación mayor a reprimir ciertos delitos contra la propiedad mediante la supresión de subrogados penales y el endurecimiento de las penas⁸²⁴. Esta primera modificación no causó serios inconvenientes al ámbito institucional y puede afirmarse que se trataba de cauces normales de la legislación penal⁸²⁵. Empero, justo en este momento, se inició tal vez el periodo más

⁸²² **MESA VELÁSQUEZ Luis Eduardo.** Ob. Cit. PAG. 82 y 83

⁸²³ Es interesante la cita de Mesa Velásquez sobre la definición de Garófalo, quien definió el delito natural como la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad, en la medida en que se encuentran en la sociedad civil en un momento dado, por medio de acciones nocivas para la colectividad. Así mismo adiciona los cuestionamientos de Ferri a tal definición, según los cuales se deben incluir otros sentimientos como la religión, el pudor y el patriotismo. También se deben adicionar las ofensas a las condiciones de existencia social y que la acción esté subordinada a motivos determinantes antisociales. **IBÍD.** PAG. 83

⁸²⁴ Se trató de la ley 4ª de 1943, durante el segundo gobierno de Alfonso López Pumarejo. Las penas introducidas reprimían atentados contra la propiedad rural, especialmente por los conflictos que ya se hacían ver en el campo. **RESTREPO FONTALVO Jorge.** Ob. Cit. PAG. 117.

⁸²⁵ No obstante, este tipo de actuaciones penales no se reflejaba en la violencia interna del campo que tenía presupuestos paralelos de justicia de cada hacienda, situación que había generado el malestar de los conflictos rurales de los años veinte, treinta y cuarenta. Algunos se tratan de solucionar con la ley 200 de 1936. En este sentido se puede citar que por ejemplo que "El hallazgo de matas prohibidas a los campesinos acarrea sanciones penales en los calabozos de la hacienda, en las que se usaba el cepo y la *muñequera*, dos instrumentos empleados para inmovilizar a los presos y que se convertían en herramientas de tortura. El patrón de cada hacienda actuaba además como juez penal, imponiendo sanciones mediante el mecanismo de enviar al campesino inculcado con una carta (cuyo contenido ignoraba) dirigida a las autoridades, quienes al

oscuro de la legislación punitiva y la consecuente primera afectación seria de la legitimidad del sistema jurídico y por ende de la legalidad penal⁸²⁶. En efecto, posterior a este código, en los años cuarenta se puede comentar que después del asesinato de Jorge Eliécer Gaitán (el 9 de abril de 1948), la violencia entre fuerzas políticas tradicionales, desembocó en la dictadura del General Gustavo Rojas Pinilla, entre 1953 a 1957⁸²⁷. En este sentido, muchos expertos en diversas áreas coinciden en señalar que este hecho constituye el origen del conflicto armado en Colombia⁸²⁸, denominado como “la violencia (1948-1962) entre el Partido Liberal y el Partido Conservador”⁸²⁹. Allí comenzaron las medidas de estado de sitio con la consecuente afectación penal⁸³⁰. Sobre este punto, los

recibirla procedían penalmente contra el portador, como si el escrito del hacendado fuera formalmente una sentencia penal. **INFORME DEL CENTRO DE MEMORIA HISTÓRICA.** Guerrilla y Población Civil Trayectoria de las FARC, 1949-2013. Tercera Edición. Edit. CNMH-Imprenta Nacional. Bogotá 2014. PAG. 36

⁸²⁶ Durante este periodo se desata la violencia bipartidista que tuvo, entre otros escenarios, las zonas de recientes conflictos agrarios (década del 30), influenciadas políticamente por los efímeros partidos socialistas de los años veinte del pasado siglo; por el Partido Comunista, que había sido fundado en 1930; por la Unión de Izquierda Revolucionaria (unir), que estuvo activa entre 1933 y 1935, conducida por el dirigente popular Jorge Eliécer Gaitán. **Ibíd.** PAG. 33. Este hecho se corrobora en el texto la violencia en Colombia donde los autores señalan que durante los años cuarenta, los días discurrían bajo una gran tensión política y social con marcada tendencia a la anarquía, reflejada en una creciente ola de huelgas y paros solidarios que se extienden por todo el país desde el mes de septiembre de 1946. El Ministerio de Trabajo debe conocer de más de 500 conflictos colectivos. **GUZMAN CAMPOS German, FALS BORDA Orlando, UMAÑA LUNA Eduardo.** La Violencia en Colombia. Tomo I. Editorial Taurus. Reimpresión de 1962. Bogotá D.C. 2003 Pag. 31

⁸²⁷ Según Acevedo Carmona, para una gran mayoría de la población, el asesinato de Gaitán y el levantamiento popular que le siguió representaron una de las mayores frustraciones del país, pues se había creado una expectativa de mejoramiento y de reforma social que implicaba un futuro promisorio. Sin embargo, el episodio señalado constituyó uno de los actos de coyuntura de una crisis que venía desde los años 30, con el enfrentamiento entre las reformas sociales liberales y la oposición radical conservadora a su promoción efectiva, la cual se revelaba con mayor intensidad en el ambiente político de la nación y en el Congreso de la República. **ACEVEDO CARMONA Rubén Darío.** La Muerte Simbólica de Gaitán. Informe Final de Investigación. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas y Económicas. Departamento de Historia. Medellín Colombia. 1998. PAG. 3. Disponible en <http://www.bdigital.unal.edu.co/1705/1/darioacevedocarmona.19981.pdf>. Consultada el 4.07.2015.

⁸²⁸ **VINYAMATA I CAMP Eduard y BENAVIDES VANEGAS Farid Samir.** Procesos e Iniciativas de Paz en Colombia y en Ecuador. Editorial UOC. Primera Edición, Barcelona, España 2011. PAG.19 y 20

⁸²⁹ Todos los aspectos que rodearon la muerte de Gaitán fueron tratados por el historiador Herberth Braun, en el libro *Mataron a Gaitán*. Sobre esta obra vale la pena resaltar el capítulo VII, donde se exponen algunos de los acontecimientos posteriores al asesinato del líder político, a saber: “En las dos horas y media que siguieron al asesinato de Gaitán la actividad de la multitud se diversificó y se intensificó. Al otro lado de la calle donde había caído Gaitán fue ocupada la asamblea de Cundinamarca. donde los liberales y los gaitanistas tenían mayoría. A las dos de la tarde la escena parecía un desfile con papel picado mientras los amotinados saqueaban archivos y escritorios. Papel, máquinas y muebles fueron lanzados a la calle. Se apoderaron de tranvías y de automóviles privados. los llenaron con los bienes de la gobernación y les pusieron fuego”. **BRAUN Herberth.** Mataron a Gaitán. Fondo Editorial de la Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D.C. 1987. PAG. 290

⁸³⁰ Para ampliar la información, consultar en **GRUPO DE MEMORIA HISTORICA. Informe Basta Ya.** Capítulo II. Los orígenes, las dinámicas y el crecimiento del Conflicto Armado. Centro Nacional de Memoria Histórica de la República de Colombia. Editorial- Departamento de la Presidencia de la República – 25

asuntos penales, frente a los actos derivados de la situación de Estado de Excepción desatada desde 1948⁸³¹, que tuvieran como causa delitos contra el Régimen Constitucional (Rebelión)⁸³², se desarrollaban bajo la competencia de la justicia militar y los demás en el terreno de la interpretación de la jurisdicción ordinaria⁸³³. Por otro lado, las medidas de Excepción representaban asuntos de tipo constitucional⁸³⁴ tendían hacia la permanencia de los decretos especiales dictados en tal virtud, en dos sentidos bien bajo

Entidades Internacionales Cooperantes- Embajada de Suiza. Segunda Edición Agosto de 2013. Primera Reimpresión. Bogotá D.C. Colombia, Mayo de 2014. PAG. 112

⁸³¹ En el texto la violencia en Colombia los autores destacan el siguiente relato sobre el escalamiento de la violencia que se presentaba durante este tiempo. En este sentido relata que en Santa Isabel seleccionamos algunos testimonios escritos de nuestro archivo particular: *"A partir del año de 1949 la tremenda ola de barbarie que azotó esta región se estrelló contra la integridad de las personas prevalidos sus autores del amparo que las autoridades satélites del régimen de turno les brindaban. A partir de aquel año se cometió toda clase de fechorías, robos, incendios y asesinatos haciendo la vida imposible en aquel municipio. Las veredas y los campos quedaron arrasados y regados por centenares de cadáveres cuyas viudas y huérfanos no encontraron justicia. En un solo sector del municipio son sacrificados 82 varones adultos, una mujer y cuatro menores de edad"*. **GUZMAN CAMPOS German, FALS BORDA Orlando, UMAÑA LUNA Eduardo**. OB. Cit. Pag. 43

⁸³² Lo interesante es que para este momento se destaca la posibilidad de que la justicia militar desde los hechos del 9 de abril pueda juzgar las conductas de civiles que denoten atentados contra el régimen Constitucional. Para tal efecto, vale citar un asunto de colisión de competencias, avocado por la Sala Penal de la CSJ por hechos relacionados con un delito de homicidio en conexidad con las conductas de saqueo, robo rebelión y asonada cometidos el 10 de abril en la población de San Vicente (Santander). En este caso la Sala penal dispuso que el Homicidio, no era conexo con el saqueo, rebelión y asonada que constituyeron atentados contra el Régimen Constitucional. Que esto no se relacionaba con los hechos del 9 de abril y por lo tanto no debían ser conocidos por la Justicia Militar. Autoridad encargada del juzgamiento de tales hechos en los decretos de Estado de Sitio emitidos en tales acontecimientos. Finalmente señaló que el homicidio debía ser conocido por la jurisdicción penal Ordinaria. **COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia**. Sala de Casación Penal. Sentencia de 31 de agosto de 1948. M.PAG. Dr. Domingo Sarasty M. GACETA JUDICIAL. Tomo LXIV. Edit. Corte Suprema de Justicia. Septiembre – Octubre. Números 2064 – 2065. Bogotá D.C. 1948. Pags. 878 a 880.

⁸³³ Sobre el tema que nos interesa es importante revisar una decisión de casación penal que dispone la no retroactividad de las normas procesales en materia penal y su vigencia inmediata, conforme a los presupuestos de la ley 153 de 1887. Reitera así mismo, de otra parte, la vigencia de la ley previa en el momento de los hechos conforme al código penal. **COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia**. Sala de Casación Penal. Sentencia de 21 de mayo de 1948. M.PAG. Dr. Francisco Bruno M. GACETA JUDICIAL. Tomo LXIV. Edit. Corte Suprema de Justicia. Junio – Julio – Agosto. Números 2062 – 2063. Bogotá D.C. 1948. Pags. 558 a 560.

⁸³⁴ Sobre este aspecto se puede profundizar en varias decisiones. Por ejemplo, la decisión de la sala plena de la CSJ sobre una demanda presentada en contra del Decreto 163 de 21 de enero de 1948, expedido en virtud de los actos de turbación del orden público conforme al art. 121 de la Carta de 1886. En este caso, no solamente se hace un recuento del Estado de Sitio de 1828 hasta 1948 sino que la CSJ, se declaró inhibida para declarar constitucional o inconstitucional la norma demandada, toda vez que el decreto fue dejado sin efectos por otros actos posteriores como los decretos 1239 y 1259 de 10 y 16 de abril de 1948 mediante los cuales se declaró turbado todo el territorio, en razón de los actos del 9 de abril; y más tarde, por el decreto 1271 de 18 de abril, se estableció la censura de radio y prensa aplicable a todo el país. **COLOMBIA Corte Suprema de Justicia**, Sala Plena. Sentencia de Julio 9 de 1948. M.PAG. Dr. Ramón Miranda. GACETA JUDICIAL. Tomo LXV. Edit. Corte Suprema de Justicia. Noviembre Números 2066 – 2067. Bogotá D.C. 1948. Pags. 1 - 16

condiciones de inhibición por la sala plena de ese entonces o declaratorias de excequibilidad de normas que facultaban a la justicia militar la posibilidad de juzgar a particulares⁸³⁵. En este caso la CSJ consideraba que así se salvaguardaban garantías por estar reguladas en las normas de excepción, lo que afectaba sin duda, el principio de legalidad penal ordinario.

En los años 50 se produjeron varios acontecimientos importantes⁸³⁶. Luego del retiro de las elecciones a raíz del asesinato del candidato liberal Jorge Eliécer Gaitán, resultó electo el candidato conservador Laureano Gómez para el mandato comprendido entre 1950-1954 que no pudo ser cumplido, toda vez que el periodo presidencial se vio interrumpido por el golpe militar del 13 de junio de 1953⁸³⁷. Es de destacar que el gobierno

⁸³⁵ Sobre esto es de destacar la decisión de Sala Plena de la CSJ de 10 de agosto de 1948, mediante la cual se decidió la excequibilidad de los decretos legislativos No 1285 de 21 de abril y 1406 de 30 de abril de 1948, expedidos en virtud de los acontecimientos del 9 de abril, de conformidad con el artículo 121 de la Constitución de 1886. En este caso se definen dos categorías de delitos que pueden ser conocidos por la Justicia Militar en razón del estado de sitio. Por un lado, los delitos simples contra el régimen constitucional, la seguridad exterior etc., y los delitos complejos, los que además de delitos simples como el saqueo la asonada, la rebelión sean conexos con otros delitos comunes como el Homicidios, lesiones etc. En este sentido la Sentencia reiteró los efectos del artículo 7º numerales c), d) y 22 de la ley 3ª de 1945, por los delitos mencionados anteriormente. Los mismos implicaban que aquellos hechos punibles, cometidos por los particulares, en razón de un Estado de guerra, conflicto armado o de turbación del orden público y que tuvieran origen en tal situación, podían ser sometidos a los Consejos de Guerra Verbales. La CSJ determinó que los mencionados decretos eran excequibles por cuanto las normas referidas creaban la competencia y determinaban los delitos con anterioridad a las normas decretadas en razón del Estado de Sitio y por lo tanto no vulneraban el orden jurídico, ni se trataba de legislación *ex post facto*. **COLOMBIA Corte Suprema de Justicia**, Sala Plena. Sentencia de agosto 10 de 1948. M.PAG. Dr. Domingo Sarasty M. GACETA JUDICIAL. Tomo LXV. Edit. Corte Suprema de Justicia. Noviembre Números 2066 – 2067. Bogotá D.C. 1948. Pags. 17 - 28

⁸³⁶ Es importante destacar que frente a la violencia en el campo, el informe de memoria histórica de 2014 destaca que el periodo de violencia bipartidista fue algo más que la venganza de los terratenientes, pues de una lado los mismos no podían tener control sobre la tierra y de otro lado, se manifestaban los abusos por parte de estos con los campesinos que no tenían otra alternativa que ocupar los latifundios. A la par del problema en el campo, todo ello también se manifestó como una crisis profunda del Estado y de sus instituciones, producida por diversas causas, que tomó múltiples objetivos y direcciones; que cuenta además con la participación de variados actores y grupos sociales. En ese sentido, la violencia ejercida contra campesinos que aspiraban a cambiar sus condiciones de trabajo o a convertirse en propietarios de tierra sería una entre las distintas violencias que se manifestaron en el periodo". **INFORME DEL CENTRO DE MEMORIA HISTÓRICA**. Guerrilla y Población Civil 2014. Ob. Cit. PAG. 39, 42. **PÉCAUT Daniel**. Orden y Violencia. Evolución socio-política de Colombia entre 1930 y 1953. Edit. Grupo Editorial Norma, Bogotá D.C. 2001. Pags. 83 a 88

⁸³⁷ Este punto es relevante toda vez que el conocer el pasado de nuestro Estado como depositario legítimo del poder, se adicionan elementos desconocidos en el concepto de instituciones sobre todo penales como las analizadas. Lo anterior, por cuanto, al revisar estos capítulos, más allá del escenario político que en la actualidad convoca el asunto, resulta oportuno precisar que expertos como los citados a la comisión especial para estudiar la propuesta de verdad de las FARC en las negociaciones actuales de la Habana (proceso de paz 2012-2015), aseguran que es complejo señalar el año cero de inicio del conflicto. No obstante, "*Si se impone la idea de que el conflicto comenzó en los años treinta, habría que reparar a casi todo el país. Lo mismo ocurre con la justicia*". En este sentido, la revista *Semana* señala que "*una cosa es juzgar los grandes crímenes de los*

de Laureano Gómez (1950-1953), fue un gobierno restrictivo⁸³⁸ durante su mandato, por ejemplo, presentó un proyecto de Constitución en 1950, el cual tenía agudas represiones a las libertades individuales⁸³⁹. En este sentido, en materia penal, en virtud del estado de sitio y cerrado el Congreso, expidió el Decreto 957 de 1950 que aumentó en una tercera parte las penas contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, los de asociación e instigación para delinquir y de apología del delito⁸⁴⁰. Un hecho que llamó la atención, fue la criminalización del uso de radiodifusoras sin los permisos del Ministerio de Correos y Telégrafos, toda vez que en el párrafo de la norma se señaló la represión de los demás delitos que llegaren a cometerse⁸⁴¹.

Este acontecimiento fue muestra fehaciente de las amenazas al Estado de Derecho⁸⁴², lo cual desembocó en la dictadura de 1953, debido al descontento ante el régimen⁸⁴³. En el

años ochenta hasta la actualidad, a pensar que para que haya paz hay que resolver hasta el crimen de Jorge Eliécer Gaitán. Se puede reescribir la historia no de tres décadas sino de un siglo. Esto, advierten, es llevar al fracaso ese esfuerzo antes de que nazca". Cuando empezó esta guerra. Editorial. Revista Semana. Edición del 14. De febrero de 2015. Disponible en <http://www.semana.com/nacion/articulo/cuando-empezo-esta-guerra/417890-3>. Consultada el 7.07.2015.

⁸³⁸ En este sentido en el informe del centro de memoria histórica "Guerrilla y Población civil", manifestó que durante el Gobierno del presidente conservador Mariano Ospina Pérez (1946-1950), el magnicidio del líder popular Jorge Eliécer Gaitán (9 de abril de 1948), generó un clima de frustración en amplios sectores sociales, quienes habían visto en Gaitán una figura política sensible a los intereses populares y un potencial continuador de los procesos de modernización emprendidos décadas atrás. Además indica que la situación empeoró con el ascenso a la presidencia en 1950 del jefe conservador Laureano Gómez, debido a sus posiciones sectarias, evidentes en mecanismos como la partidización de las instituciones del Estado y las medidas represivas que aplicó contra sus contradictores políticos. **INFORME DEL CENTRO DE MEMORIA HISTÓRICA.** Guerrilla y Población Civil 2014. Ob. Cit. PAG. 42

⁸³⁹ Según el informe "Basta ya", 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. **GRUPO DE MEMORIA HISTORICA. Informe Basta Ya.** Capítulo II. Los orígenes, las dinámicas y el crecimiento del conflicto armado. Ob. Cit. PAG. 112

⁸⁴⁰ **RESTREPO FONTALVO Jorge.** Ob. Cit. PAG. 119 y 120.

⁸⁴¹ **IBÍD.** PAG. 120.

⁸⁴² Según el informe Guerrilla y Población Civil, era inevitable el periodo de violencia analizado dados los argumentos de fondo que implicaban en el juicio de los líderes campesinos de la época la necesidad de una respuesta armada a un Estado que los perseguía en forma injusta y arbitraria. En este sentido el informe indica que "el malestar social se representaba en líneas generales, en que tanto liberales como comunistas esbozaron el mismo argumento de fondo: la resistencia armada contra el terrorismo de Estado. Con ello, no hicieron otra cosa que apoyarse en la legitimidad de la violencia de respuesta, fuertemente arraigada en la mentalidad colectiva de esa época, que se expresaba en el uso jurídico de la figura de la "legítima defensa", en el entendido de justificarla como una ineludible exigencia moral dirigida a neutralizar una agresión violenta, injusta y en ocasiones institucionalizada". **INFORME DEL CENTRO DE MEMORIA HISTÓRICA.** Guerrilla y Población Civil 2014 Ob. Cit. PAG. 43

fondo se trataba de medidas muy fuertes a consecuencia de la violencia desatada por “El Bogotazo”, pero también de medidas para reprimir la protesta social de los gobiernos posteriores.⁸⁴⁴ Todo esto, a la postre, desconocía abiertamente la constitucionalidad y el alcance del Estado de sitio, sobre todo porque anulaba el respeto a la libertad e igualdad consagrado en las reglas aceptadas en un canon constitucional.⁸⁴⁵ Sobre la legitimidad de las medidas estatales o defensa de tales disposiciones no aparecen antecedentes oficiales más que la literalidad de su expedición⁸⁴⁶. Así, se reitera otro atentado contra la legalidad penal, en especial porque esta concepción (que repercute en la noción de legitimidad)⁸⁴⁷, por primigenia que fuese, obligaba por lo menos a conciliar la libertad, la igualdad real y participación, como expresión del Estado democrático de Derecho⁸⁴⁸. De esta forma, si se suspendían garantías, por lo menos debían ajustarse 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,

⁸⁴³ Un aspecto que además coadyuvó al malestar social, se relaciona con la situación en el campo desde los años treinta hasta este período de los cincuenta. Para tal efecto, consultar a Daniel Pecaú quien analiza los elementos que desembocan en la violencia de los cuarenta y que tienen raíces incluso desde fines del siglo diecinueve hasta 1953. **PÉCAUT Daniel**. Ob. Cit. Pags. 83 a 88

⁸⁴⁴ **RESTREPO FONTALVO Jorge**. Ob. Cit. PAG. 120.

⁸⁴⁵ Aunque más adelante se va a tratar el tema a profundidad, Según Del Hierro, los factores mencionados de igualdad, participación y libertad son en principio los que otorgan legitimidad a un orden social y a la vez dicho orden resulta legitimado por ese respeto a estos principios emanados del Estado de Derecho. **DEL HIERRO** José Luis. Legitimidad y Legalidad. Eunomia, Revista en Cultura de la legalidad. Edit. Universidad Carlos III No 4 Marzo – Agosto de 2013. Madrid, España, PAG. 181.

⁸⁴⁶ Para ampliar el conflicto y las medidas adoptadas en este tiempo, consultar a Paul Oquist quien en 1978 señaló a la violencia bipartidista, motivada por el sectarismo y el afán de control del poder con exclusión del adversario como el periodo del derrumbe parcial del Estado (1946-1952) que se manifestó en la crisis e inoperancia de las instituciones establecidas, la pérdida de la legitimidad del Estado, la apelación del mismo a prácticas terroristas que debilitaron aun más la estructuración social existente, la ausencia física del Estado en grandes regiones del país y las contradicciones dentro del aparato armado del mismo. **OQUIST Paul**. Violencia Conflicto y Política en Colombia. Edit. Biblioteca del Banco Popular. Divulgación Económica y Social. Bogotá D.C. 1978 Pags. 255 a 262.

⁸⁴⁷ Además de la extensa descripción de los elementos de la violencia en el período de 1948 a 1953, un aspecto que relata Paul Oquist como factor que denomina la pérdida de legitimidad del Estado, se refiere al hecho de que para ese tiempo, para millones de colombianos que vivían en cientos de municipios el gobierno era ilegítimo. Se presentaba una resistencia pasiva y armada de los liberales frente a la represión oficial dondequiera que no se acataba la autoridad del Gobierno. Todo esto desembocó en grupos enfrentados e incluso organizados denominados grupos de contraguerrilla conservadores, apoyados por las autoridades del gobierno y el poder judicial, como consecuencia se presentó una disminución del poder del Estado. **OQUIST Paul**. Ob. Cit. Pags. 256 y 257.

⁸⁴⁸ **DEL HIERRO José Luis**. Ob. Cit. PAG. 181.

parecían encontrarse fuera de los cauces constitucionales de 1886⁸⁴⁹. A partir de ese momento (1948-1962) y hasta la actualidad, es preciso observar el fenómeno de la legalidad penal y los problemas asociados a la legitimidad, ambos afectados por las medidas de excepción. Sobre este punto, hay que tener en cuenta que tanto legalidad como legitimidad son conceptos paralelos; sin embargo, la legitimidad, según Legaz Lacambra, también posee un sentido fundamental que alude a los principios de justificación del derecho, como punto de vista sobre la justicia⁸⁵⁰. Todo esto debido a que, a partir de estos acontecimientos, las dos situaciones van a ir por caminos separados, cada una con sus propias consecuencias, sin tener en cuenta que la legitimidad convalidaba el sistema penal y viceversa; en otras palabras, la legalidad penal permitía afirmar la legitimidad del Estado⁸⁵¹. Esto tampoco se tuvo en cuenta para los efectos mencionados. Adicionalmente, las causas estructurales en el Estado imponían un período de crisis generador de violencia, bajo un gobierno que, para ese momento, era incapaz de resolver los conflictos en torno a la conciliación y la legalidad para retornar al consenso político legitimador⁸⁵².

⁸⁴⁹ Para hacer una síntesis del momento, el informe “Basta ya” señala los siguientes elementos de esta primera violencia: “El hecho de que los miembros del aparato burocrático estatal, del sistema de justicia y de las Fuerzas Armadas estuvieran afiliados a uno de los dos partidos tradicionales, aunque la Constitución ordenaba que los uniformados debían ser apolíticos, fue uno de los generadores de altos niveles de violencia. A ello se sumó la intervención de la Iglesia católica a favor del partido Conservador, hecho que le dio una justificación moral y religiosa al discurso antiliberal y anticomunista. La Violencia se expresó contra los movimientos agrarios, obreros y populares urbanos aglutinados en torno a los ideales del gaitanismo. Alcanzó su máximo nivel de radicalización política tras el asesinato del líder liberal Jorge Eliécer Gaitán, el 9 de abril de 1948, suceso que desató protestas populares y fue conocido como El Bogotazo. En la década de 1950, la violencia se libró entre los ciudadanos adscritos a ambas colectividades políticas mediante el ataque a los militantes del partido contrario o a sus territorios de influencia. Dentro de los partidos políticos se constituyeron agrupaciones armadas con diferentes niveles de organización: de un lado, la policía *chulavita* y *Los pájaros* (asesinos a sueldo), al servicio del Gobierno Conservador; del otro, las guerrillas liberales y las autodefensas comunistas”. **GRUPO DE MEMORIA HISTORICA. Informe Basta Ya.** Capítulo II. Los orígenes, las dinámicas y el crecimiento del conflicto armado. Ob. Cit. PAG. 112.

⁸⁵⁰ **LEGAZ LACAMBRA Luis.** Revista de Estudios Políticos. No 101, Septiembre/Octubre 1958. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia. Madrid España. 1958. PAG. 8. Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/gl/publicaciones/revistas/revistas-electronicas?IDR=3&IDN=497&IDA=8127>. Consultada el 25.03.2014

⁸⁵¹ La forma de legitimidad, según Legaz Lacambra, es la creencia en la legalidad, o sea, la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos. IBÍD. PAG. 9

⁸⁵² Sobre el particular, la Comisión de Estudios Sobre la Violencia, creada por el gobierno de Belisario Betancourt en 1987, a cargo del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI) de la Universidad Nacional, determinó que, con distintos lenguajes y fines políticos, la sociedad colombiana asumió que la violencia desatada en los años cincuenta tuvo causas estructurales generadas por la exclusión social y la desigualdad económica. Sobre esto, había consenso en cuanto a la explicación del nacimiento y la consolidación de movimientos insurgentes como consecuencia de esa condición. **ADOLFO CHAPARRO AMAYA Et. Al.** Las explicaciones sobre el Conflicto Armado en Colombia. Grupo de Investigación Estudios

Ahora bien, pese a que algunas de las medidas tuvieron un corte social⁸⁵³, el régimen militar creó la justicia sumaria de excepción, mediante el decreto legislativo 54 de 1954, que hacía responsable de la misma al Servicio de Inteligencia Colombiano (SIC), cuyo propósito era perseguir a los enemigos del sistema, principalmente a líderes y activistas de izquierda⁸⁵⁴. Sin lugar a dudas, el Gobierno de facto desconocía la Constitución, lo cual permite afirmar que de hecho tales medidas eran ilegales y al mismo tiempo ilegítimas⁸⁵⁵. Nuevamente, no se toma nota de que en realidad en este período el sistema penal estuvo gravemente afectado en su vigencia.

Posterior a este período, en los años sesenta, surgieron los dos grupos guerrilleros más importantes de Colombia (el ELN y las FARC)⁸⁵⁶ que siguen vigentes en la actualidad. Estos se originaron como consecuencia de movimientos sociales y grupos armados de campesinos de autodefensa que habían luchado contra el régimen conservador y la dictadura militar durante la violencia, los cuales desconfiaban del nuevo régimen⁸⁵⁷. Desde luego se trataba de otra sucesión de acontecimientos que implicaban la caída de la

sobre Identidad. Línea Estado Nación y Procesos de Subjetivización. Editorial Universidad del Rosario. Fascículo 9º. Disponible en www.urosario.edu.co/investigacion. Consultado el 7.06.2015.

⁸⁵³ Se puede citar, en primer lugar, el acto legislativo No 3 de 1954 que otorgó derechos políticos a la mujer y que, en todo caso, solo pudieron ser ejercidos por primera vez en el plebiscito de 1957. En segundo lugar, se puede citar el Decreto 534 del 19 de febrero de 1954, sobre la defensa de las pesas, calidades y medidas, por medio de la cual se tipificaron conductas como la venta de artículos de primera necesidad, dañados, alterados o adulterados. **RESTREPO FONTALVO Jorge**. Ob. Cit. PAG. 121.

⁸⁵⁴ **ITURRALDE Manuel**. Ob. Cit. PAG. 60

⁸⁵⁵ En este tiempo aparecen algunas referencias sobre las normas de excepción como los Decretos de estado de sitio, entre ellos: el Decreto 434 del 1º de marzo de 1956 con base en el acto legislativo del mismo año que prohibió las actividades de comunismo internacional; el decreto 0014 del 12 de enero de 1955 que se aplicó a personas cuyos antecedentes, actividades, hábitos o formas de vivir, las colocasen en estado de peligrosidad social (derogado por el decreto 1699 del 16 de julio de 1964). Así mismo, se puede citar el decreto 250 del 11 de julio de 1958 (Código Penal Militar). Los anteriores decretos fueron declarados como legislación permanente mediante ley 141 del 16 de diciembre de 1961. **NUÑO HENAO Jorge Enrique**. Sistema Penal y Control Social en Colombia. Tesis de Grado Título en Derecho. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. PAG.39

⁸⁵⁶ En un comienzo, los grupos guerrilleros se afianzaron firmemente en los grupos de resistencia campesina, originados a finales de la década de los cuarenta. En relación con los grupos subversivos, el grupo base de las FARC se originó en 1964 y desde su formación contó con el apoyo de la antigua Unión Soviética; mientras que el ELN recibió ayuda de la Revolución Cubana, principalmente durante el período de la Guerra Fría. Se menciona que, durante este periodo, "La Habana" ayudó a este grupo en la capacitación, organización y entrenamiento de sus miembros, lo que produjo un crecimiento relativo hasta 1973, año en que las acciones militares casi ocasionaron su exterminio. **MOOR Marianne y ZUMPOLLE Liduine**. Ob. Cit. PAG. 21.

⁸⁵⁷ Precisamente algunos campesinos, integrantes de estos grupos, escaparon durante la ofensiva militar del Presidente del Frente Nacional, Guillermo León Valencia (1962-1966), para luego conformar lo que sería la semilla de las FARC. **ITURRALDE Manuel**. Ob. Cit. Pag. 62.

dictadura en 1957, el gobierno provisional de la junta militar de 1958⁸⁵⁸ y la instauración del denominado Frente Nacional (1958-1974), a partir del plebiscito del 1º de diciembre de 1957, el cual estableció la alternancia del poder de los dos partidos tradicionales para su ejercicio en todos los ámbitos estatales⁸⁵⁹. En forma paralela y frente a tales sucesos, se expide la ley 5ª de 1960, aprobatoria de los cuatro convenios de Ginebra de 1949; y aunque no se observan trámites especiales para su entrada en vigencia, este ejercicio podría dar lugar al primer ejemplo de legislación internacional que tuviera por objeto ocuparse del tema en escenarios de conflicto interno⁸⁶⁰. Esta legislación evidencia, desde este período, formas paralelas a la justicia penal vigente (Código Penal de 1936), aunque para ese momento no tenía mayor significación su consagración, dado que no se expresan situaciones destinadas a la aplicación de instrumentos internacionales en el orden jurídico nacional.

Sin embargo, en este escenario de legalidad penal y excepción, no hay que olvidar que el momento en el cual se ejecutaron tales normas, se presentaban situaciones relevantes para el desarrollo del conflicto durante los años cincuenta y sesenta en Colombia, que tuvieron lugar en las restricciones del sistema político nacional, así como en el cierre de los espacios democráticos. Desde el factor de legitimidad constitucional, esto impidió la formación de nuevos partidos o de terceras fuerzas que le permitiesen a la oposición

⁸⁵⁸ El 10 de mayo de 1957 el General Rojas Pinilla se apartó del poder y se marchó al exilio. En su lugar se conformó la Junta Militar Provisional, precedida por el Mayor General Gabriel Paris Gordillo, el Mayor General Deogracias Fonseca Espinosa, el Contralmirante Rubén Piedrahita Arango, el Brigadier General Rafael Navas Pardo y el Brigadier General Luis E. Ordóñez Castillo. Durante este régimen se expidió el Decreto 236 de 1957, que modificó el delito de Fuga de presos y agravó las sanciones previstas del artículo 203, negando la posibilidad de excarcelación para dicha conducta. **RESTREPO FONTALVO Jorge**. Ob. Cit. PAG. 123.

⁸⁵⁹ Uno de los documentos interesantes sobre la creación del Frente Nacional se tejió en Benidorm, el viernes 20 de julio de 1956, en el sitio denominado el Peñón de Ifach (Cataluña, España). Según las memorias de Camilo Vasquez-Cobo Carrizosa, en uno de los apartes el mencionado testigo presencial de los acuerdos logrados se refiere al encuentro que sostuvo el Dr. Gómez, al comentar lo siguiente: "Por la tarde en mi entrevista de hoy a la cual asistía la hija del Ex – Presidente, quien debe recordarla muy bien, el Dr. Gómez me habló sobre posibilidades en caso de caída de la Dictadura. 'Tenemos el compromiso de los liberales... El candidato conservador'. La respuesta del Dr. Gómez volvió a contemplar la caída de Rojas y su reemplazo. Es un tema que nos ha planteado varias veces comenzando con la pregunta: 'Cómo puede caerse Rojas'. – Pero hoy llevó la divagación más allá de suponer que la caída se produjese por acción de los partidos y de los militares... 'que queda, ¿que sigue..?' De la Constituyente ni hablar. Supuso entonces el Dr. Gómez que las circunstancias no darían margen sino para que una junta se encargase transitoriamente del gobierno". **VASQUEZ-COBO CARRIZOSA CAMILO**. Memorias. El Frente Nacional su origen y Desarrollo. Pro Patria. Editorial Carvajal. Cali Colombia. Recopilación de documentos entre 1956-1960 PAG.. 154 y 155.

⁸⁶⁰ Se indica que la ley 5ª de 1960 permitió para Colombia la entrada en vigencia de los 4 convenios citados el 8 de mayo de 1962. **O'DONNELL DANIEL, UPRIMNY INES MARGARITA Y VALENCIA VILLA ALEJANDRO**. Compiladores. Compilación de Instrumentos Internacionales. Edit. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Tercera Edición. Bogotá Colombia. 2002. Pag. 381.

expresarse por la vía democrática⁸⁶¹. Lo anterior –afirma María Teresa Uribe– indujo al uso de las armas, a la insurgencia o a la violencia como forma de resistencia.⁸⁶²

Así desde los años setenta y ochenta, se evidencia un sistema penal insuficiente frente a un problema de conflicto armado que ya empezaba a escalar en su intensidad y a recibir aportes de otros fenómenos de violencia que comenzaban a presentarse⁸⁶³. Es posible que muchos de estos acontecimientos ya no sean susceptibles de ser investigados o juzgados, pero sí revelan que no había consistencia en la estabilidad de las instituciones punitivas, dada la excepción mencionada; en cuyo caso no puede hablarse de solidez en los principios penales, toda vez que se introducían en cada fenómeno del Estado elementos que afectaban la legitimidad no del derecho penal sino del Estado mismo.

En síntesis, se puede observar que los hechos narrados, que se produjeron durante el período de la dictadura de Rojas Pinilla (1953 y 1957), se repiten a partir del Frente Nacional (entre 1958 y 1974), para continuar con sus efectos en la figura de la justicia de excepción generadora de afectaciones al principio de legalidad, específicamente, en violaciones contra la autonomía personal⁸⁶⁴. Por ejemplo, se pueden mencionar los decretos legislativos 4º de 1960 y 7º de 1961, que le asignaron competencias a los tribunales militares para realizar juicios sumariales para juzgar a civiles. En ellos la policía y los militares tenían autoridad para detener a los sospechosos sin orden judicial previa, lo cual produjo un sinnúmero de abusos asociados al conflicto⁸⁶⁵.

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, con alternancia del poder

⁸⁶¹ La autora señala que esta exclusión social no se agotaba en los marcos de la política, sino que se presentaba a su vez en formas que afectaban a las etnias dominadas que tenían que ver, de manera muy contundente, con las asimetrías en las relaciones institucionales de las regiones y las localidades con el centro administrativo del Estado. **URIBE MARIA TERESA**, *Las Promesas Incumplidas de la Democracia participativa*, Seminario de Evaluación, Diez Años de la Constitución Colombiana. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto ILSA. Bogotá junio de 2001. Pag. 146.

⁸⁶² **URIBE MARIA TERESA** Ob. Cit. PAG. 146.

⁸⁶³ Según María Teresa Uribe, el centralismo daría lugar a muchos de los conflictos bélicos posteriores (años 70 y 80), al dejar territorios y pueblos sin presencia institucional de la fuerza pública, y al margen de los programas de desarrollo y bienestar social. *Ibíd.* PAG. 146.

⁸⁶⁴ ITURRALDE Manuel. Ob. Cit. PAG. 60.

⁸⁶⁵ *IBÍD.* PAG. 60.

cada 4 años. Además, todo esto tenía la intención de sofocar la violencia de los recientes grupos subversivos originados en aquel entonces (FARC-ELN-M19 - 1962-1970)⁸⁶⁶. 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 e incluso de los principios democráticos de participación, y más aún, del Código Penal de 1936⁸⁶⁷. Se puede afirmar que los problemas actuales de esta relación entre legitimidad y legalidad penal ocuparon desde entonces a tres codificaciones penales, es decir, el Estatuto del 36 citado, el decreto ley 100 de 1980 y el código actual de 2000 (ley 599).

Todo lo anterior favoreció la inestabilidad penal que, desde aquel momento, se entroniza con mayor vigor en el derecho nacional de la época. Lo interesante es que incluso para ese periodo se tenían fundamentos claramente definidos en torno a la consideración del Derecho penal del Estado de derecho, pasando por la concepción del principio de legalidad penal, hasta la configuración del delito, la determinación de la pena y el procedimiento para la fijación de la misma⁸⁶⁸. No obstante, la noción crítica de su legitimidad no se discute en ese entonces y el tratamiento jurídico de las figuras analizadas se remite a determinar el alcance de la ley penal.

En efecto, la tendencia ecléctica del código de aquel entonces, en la orientación de la escuela denominada política criminal, implicaba una discusión (todavía en desarrollo) sobre la conformación dogmática de la ley penal, con lo cual los eventos de violencia que se cernían en el país escapaban de su consideración de protección y defensa social como había sido concebido⁸⁶⁹, más aún frente a los principios penales. En este sentido, ya se

⁸⁶⁶ **VINYAMATA I CAMP Eduard y BENAVIDES VANEGAS Farid Samir.** Ob. Cit. PAG. 20. En el mismo sentido, **MOORE Marianne y ZUMPOLLE Liduine.** Ob. Cit. PAG. 21.

⁸⁶⁷ **ITURRALDE MANUEL** Ob. Cit. PAG. 62.

⁸⁶⁸ **ROMERO SOTO Luis Enrique.** Derecho Penal. Parte General. Vol. I. Editorial Temis, Bogotá D.C. 1969PAG. 38 y 178.

⁸⁶⁹ Todavía a finales de los sesenta, Romero Soto definía el Código de 1936 de la siguiente forma: “*Si de la escuela positiva toma la defensa social como criterio básico, lo temple con el concepto de equidad, profundamente clásico. Si de aquella presta la denominación de sanciones, vuelve en cambio el rostro al clasismo al dividirlos en penas, término que rechaza el positivismo y medidas de seguridad con la cuales se denomina esta última escuela. Se declara la actividad sicofísica como fundamento de la imputabilidad pero al mismo tiempo se declara no culpables a los que han obrado a quienes actúen bajo error, coacción o sugestión hipnótica, etc. También fija límites máximo y mínimo de las penas (Dosimetría penal)*”. En general se puede

presentaban discusiones en torno a la firmeza del principio de legalidad, pues sus fundamentos se concebían –en alguna medida– como inamovibles, incluso para algunos se consideraban acabados, tal y como lo denunciaba Romero Soto en 1969⁸⁷⁰. Lo anterior porque, desde el plano teórico, el principio de legalidad se consideraba como un pilar fundamental del sistema penal, aunque desde la actuación del ejecutivo este factor ya comenzaba a ser afectado. Lo importante es tener en cuenta que se le consideraba barrera infranqueable e ineludible de seguridad penal⁸⁷¹.

Frente a este mismo factor de firmeza de principios, en los años setenta también se presentaron consecuencias similares de violencia a las anteriores, en medio de un conflicto que ya comenzaba a presentar cierta gravedad. En realidad, a pesar de que se realizaron estudios de política criminal que culminaron con la expedición del decreto ley 100 de 1980 (Código Penal de 1980), el problema era la justicia de excepción que a través de sus actos generaba las violaciones mencionadas, en forma paralela al Estatuto Punitivo, lo cual le restaba valor a la legalidad penal y a la credibilidad del sistema. De hecho, esto no tenía concordancia con las teorías europeas de la legalidad penal, que en ese momento hacían referencia a la defensa de los derechos humanos y demás garantías sustanciales y procesales en materia penal. Menos aún a la orientación dogmática del sistema basada en la seguridad y certeza legal para todos los asociados.

Un ejemplo muy importante en tal dirección, se generó con la expedición del denominado Estatuto de Seguridad (Decreto 1923 de 1978)⁸⁷². En dicha legislación la justicia ordinaria no podía ejercer competencia, toda vez que el decreto mencionado la asignaba a los comandantes de brigadas militares, incluso por delitos menores como la ocupación ilegal de oficinas y espacios públicos para la protesta, la distribución de propaganda subversiva, o hacer pintadas subversivas u ofensivas, etc.⁸⁷³.

entender para ese tiempo de Política Criminal como tesis intermedia. **ROMERO SOTO Luis Enrique**. Ob. Cit. PAG. 172 y 173.

⁸⁷⁰ **IBÍD.** PAG. 178.

⁸⁷¹ En suma, de los principios enunciados se analizan las consecuencias como la prohibición de retroactividad de la ley penal, la prohibición de la analogía, la inadmisibilidad de la costumbre como fuente de derecho penal y la imposibilidad de que un reglamento contenga normas penales. **IBÍD.** PAG. 178.

⁸⁷² Decreto 1923 del 6 de septiembre de 1978. Diario oficial No 35101 de 21 de septiembre de 1978. PAG. 1033.

⁸⁷³ **ITURRALDE MANUEL** Ob. Cit. PAG.. 77 – 80.

Sobre todo, este decreto (1923/78) es calificado como uno de los fundamentos para las prácticas ilegales de los agentes estatales, relacionadas con la tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes, incluso con la desaparición forzada. Este decreto se generó como respuesta estatal al conflicto en crecimiento, durante el gobierno presidencial de Julio César Turbay Ayala (1978-1982) que fue predominantemente militar, según señala el informe de la Comisión Nacional de Reconciliación y Memoria Histórica. Siguiendo este documento, el estatuto de seguridad era un cuerpo doctrinario y normativo que instrumentalizó la doctrina de la seguridad nacional y el concepto de *enemigo interno* con cualquier adversario que operara en la nación⁸⁷⁴.

Los episodios mencionados se produjeron en sacrificio del ya desdibujado Código Penal de 1936 y del principio de legalidad. Es más, puede afirmarse que si bien en los 60 las medidas desconocían la legalidad procesal; en los 70, con el Estatuto de Seguridad⁸⁷⁵ se afectó tanto el fuero procesal de persecución de conductas como el ámbito sustancial del principio de legalidad y definición de los delitos y las penas. Lo anterior, debido a que tales normas de excepción no solo cuestionaban la noción del mismo principio sino también la legitimidad del sistema penal⁸⁷⁶. Si se examina el texto de la sentencia que

⁸⁷⁴ **GRUPO DE MEMORIA HISTORICA.** Informe Basta Ya. Centro Nacional de Memoria Histórica de la República de Colombia. Editorial- Departamento de la Presidencia de la República – 25 Entidades Internacionales Cooperantes- Embajada de Suiza. Segunda Edición Agosto de 2013. Primera Reimpresión. Bogotá D.C. Colombia, Mayo de 2014. PAG.. 131 a 133.

⁸⁷⁵ A fuerza de decretos legislativos se impuso el orden de excepción en el terreno penal. En el orden normativo nacional, la Sentencia de exequibilidad del Decreto 1923 de 1978, declaró lo siguiente: "...Exequibilidad del artículo 1° del Decreto 1923 de 1978, con excepción hecha de su inciso final; y los artículos 2°, 3°, 4°, 5° y 6°; igualmente, exequibilidad del artículo 7°, hecha la excepción de los literales d) y f) y de la parte que en su literal a) dice: "...o de distribuir en ellas propaganda subversiva o de fijar en tales lugares escritos o dibujos ultrajantes o subversivos..."; exequibilidad de los artículos 8° y 9°, a excepción en éste de la expresión "encuéntrense o no", y 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 del referido Decreto..." **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** Sentencia de 30 de septiembre de 1978. Sala Plena. Aprobada mediante acta No 39. M.PAG. Luis Carlos SÁCHICA.

⁸⁷⁶ En la sentencia el Procurador General de la época expresó el siguiente concepto de exequibilidad del Decreto 1923 de 1978. "[...] Primera: El anterior Decreto, según la copia enviada, fue suscrito por el Presidente de la República y todos los Ministros del Despacho. En providencia del 11 de septiembre se ordenó la fijación en lista, de conformidad con el artículo 14 del Decreto 432 de 1969, y el envío del expediente al Procurador General de la Nación, quien emitió el concepto número 345 de 29 de septiembre de 1978, en el cual opinó favorablemente sobre la exequibilidad del Decreto. "Segunda. Puede admitirse que sus artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 6°, que tipifican infracciones penales, guardan relación directa o indirecta con las causas y las manifestaciones de la perturbación del orden público a que se refieren los considerandos del Decreto 2131 de 1976 y el propio estatuto número 1923 de 1978. "Tercera, El artículo 15 se limita a variar las penas privativas de la libertad señaladas en el código Penal para los delitos contemplados en sus artículos 209, 210, 211, 212 y 213. "Ninguna objeción de orden constitucional cabe formular a este precepto. "Cuarta. En relación con los artículos 7°, 8°, 9°, 10, 11 y 12, ha de anotarse que reproducen con ligeras modificaciones de redacción, supresiones y adiciones, cuando no de manera textual, preceptos expedidos también en virtud del estado de sitio declarado mediante el Decreto 2131 de 1976 sobre los cuales esta Procuraduría emitió los conceptos

declaró exequible el decreto 1923 de 1978, se puede observar que el intérprete de aquel entonces seguía una visión netamente intrajurídica con respecto a la taxatividad irrestricta, sin mirar la violación de las garantías procesales que este ejercicio implicaba. Incluso se muestra una interpretación en extremo formal, sin tener en cuenta valores sobre derechos fundamentales presentes en la Constitución de 1886. Por ejemplo, en la sentencia aludida del decreto en mención (1923 de 1978) se determinó que, los asuntos que pudieran ser incompatibles entre obligaciones del Estado y los instrumentos internacionales, no habían sido previstos en la Competencia de la Corte para que fueran resueltos por dicha instancia⁸⁷⁷. Esta decisión en extremo formalista, no consultaba si existían derechos fundamentales comprometidos con tales disposiciones. Se trataba de un derecho en extremo pragmático que no consultaba si existía un ordenamiento penal vigente que limitara tales disposiciones.

También se expresó que en esos casos no se podría dar aplicación por analogía la vinculación entre la incompatibilidad de los decretos o la ley con el instrumento alegado. Estas cuestiones son problemas de relaciones interestatales que, por lo mismo, no pueden definirse ante tribunales nacionales, como asuntos de derecho interno. De modo que mediante esta acción solo pueden plantearse infracciones directas de la Constitución⁸⁷⁸. Lo curioso es que después se consideró que la modificación para las

respectivos y la Corte Suprema se pronunció en el sentido de declararlos exequibles. "En cuanto a este grupo de disposiciones, no encuentro razones para cambiar la opinión de exequibilidad ya emitida y acogida por la Corte" **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**. Sentencia de 30 de septiembre de 1978. Sala Plena. Aprobada mediante acta No 39. M.PAG. Luis Carlos Sáchica.

⁸⁷⁷ IBÍD..

⁸⁷⁸En la sentencia bajo análisis, la Corte expresó en este momento, su criterio sobre la no procedencia de inexequibilidad en los siguientes términos: *"De otra parte, cabe recordar que ningún texto de la Constitución permite a la Corte conocer de demandas sobre la exequibilidad constitucional de las leyes o determinados decretos por ser incompatibles con cláusulas de tratados públicos. La inexequibilidad de tales actos de derecho interno solo es posible, conforme a nuestros ordenamientos sobre la jurisdicción constitucional, cuando se da violación de la Carta misma. Los asuntos que pueda suscitar ante los jueces una incompatibilidad entre actos del Estado y obligaciones que a éste impongan convenios internacionales consisten en problemas de aplicación de la ley frente a reglas, también de mérito legal, consignadas en pactos internacionales debidamente ratificados. Esos conflictos no han sido previstos para ser resueltos por medio de la competencia especialísima que la Carta confiere a esta corporación para decidir sobre la exequibilidad de las leyes y algunos decretos cuando se les acusa por inconstitucionales, no por opuestos a tratados (v. art. 214, C. N.). Ni se diga que nuestra jurisprudencia civil registra casos en que se reconoce primacía a estipulaciones de convenios internacionales sobre la ley, y que, en consecuencia y por analogía, debe darse constitucional a los tratados con el objeto de guardar su observancia por medio de la acción de inconstitucionalidad. No. Las normas atributivas de competencia son de derecho estricto y no sufren extensiones merced a interpretaciones por analogía. No hay competencia sin texto general o especial que la otorgue. Las demandas de inexequibilidad intentadas ante la Corte por violación de tratados no son admisibles. Deben rechazarse".* (Sentencia de febrero

medidas adoptadas del fuero ordinario al fuero penal militar, la variación de las penas y la creación de nuevas conductas punibles era posible, pues en la parte orgánica de la constitución se podrían fusionar competencias, incluso la judicial⁸⁷⁹. Frente a estos aspectos no pocos magistrados presentaron sus salvamentos de votos, justamente por considerar que el estatuto consagraba un código penal paralelo al vigente⁸⁸⁰.

De igual forma, una de las primeras consecuencias derivadas de los actos que produjo el Estatuto de Seguridad fue que para ese momento no se podía señalar una solidez

28 de 1973). **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** Sentencia de 30 de septiembre de 1978. Sala Plena. Aprobada mediante acta No 39. M.PAG. Luis Carlos Sáchica.

⁸⁷⁹ En efecto: "...casos verdaderamente extremos pueden imponer que a la autoridad política se acumule la autoridad militar, y que a ambas así reunidas se sume la autoridad jurisdiccional conforme al artículo 61 para salvar en trance singulares el bien inestimable de la paz. Pero esto a la luz del día no significa que en la sola declaración de estado de sitio en toda la República o en parte de ella se encuentre de plano razón plausible para que en una misma persona o corporación se reúnan la autoridad política o civil y la judicial o militar. Porque si a pesar de la turbación del orden público pueden funcionar y funcionan efectivamente las autoridades jurisdiccionales, ningún motivo circunstancial o de simple conveniencia justifica ante la Constitución Nacional que la autoridad política tome para sí la administración de justicia en cualquiera de sus grados o jerarquías (ESTAS CURSIVAS ¿ESTÁN EN LA CITA ORIGINAL? Si están en la original). Es claro en absoluto que no por el quebrantamiento de la estructura jurídica primaria de la Nación ha de lograrse el fin de mantener o restablecer su imperio, constitutivo precisamente del orden público, el cual puede perturbarse por los gobernados, pero también y con gravedad mayor por los propios gobernantes. "No autoriza, pues, en modo alguno al Gobierno el artículo 61 de la Constitución Nacional para suplantar en cualquier grado la actividad jurisdiccional de la República con solo declarar turbado el orden público y en estado de asedio total o parcial. Es necesario, además, que objetivamente los jueces no puedan cumplir su función privativa de administrar justicia. Si así no sucede, si en concreto los jueces no están en circunstancias impeditivas del ejercicio de sus atribuciones, resulta evidente el desvío de poder cuando se confiere a las autoridades políticas la función de administrar justicia constitutivamente propia de los jueces, mientras la perturbación de los hechos no sea de tal naturaleza grave que estén en incapacidad actual de ejercerla. Por consiguiente, la tarea de restaurar el orden público en tales eventualidades supone la remoción de los obstáculos de hecho que impiden la actividad jurisdiccional; pero de ningún modo y en ningún tiempo la creación de obstáculos de derecho que le cercenan o arrebatan sus atribuciones emanadas directamente de la Constitución Nacional...". (Gaceta Judicial XCVI, págs. 8 y 9). Salvamento de Voto de los Magistrados: José María Velasco Guerrero y Gustavo Gómez Velásquez. En el salvamento citado se menciona que se había abandonado la doctrina de la Corte expuesta por el doctor José María Arbelaez en sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1961.). **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** Sentencia de 30 de septiembre de 1978. Sala Plena. Aprobada mediante acta No 39. M.PAG. Luis Carlos Sáchica.

⁸⁸⁰ Por ejemplo, el doctor Ricardo Uribe Holguín manifestó en su salvamento de voto: (¿QUÉ FUE LO QUE MANIFESTÓ EN SU SALVAMENTO DE VOTO EL DOCTOR RICARDO? El texto que sigue a continuación). "...El sentido natural de estos textos es que el Gobierno, durante el estado de sitio, no puede derogar la ley sustituyéndola con nuevas disposiciones, sino meramente suspender los efectos de la que estime incompatible con el estado de sitio y solo para mientras éste dure, aunque con ello me aparte, respetuosamente, de doctrinas más o menos recientes de la Corte. Carece por lo tanto el Gobierno, en mi sentir, de facultades para dictar un pequeño código penal, como es el estatuto de seguridad, reemplazando disposiciones vigentes del código de la materia. Esto no puede hacerlo sino con apoyo en las autorizaciones especiales pro tempore de que trata el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución, lo que constituye la única explicación de que se las haya pedido al Congreso para expedir un nuevo código penal..." **IBÍD.**

punitiva institucional, toda vez que el panorama estatal permitía la ejecución de actos ilegítimos a nivel penal, e incluso constitucional, so pretexto del estado de sitio.

Así, por ejemplo, se revela una de las consecuencias de esta política de medidas de fuerza, en las primeras denuncias plasmadas en el informe de Amnistía Internacional de 1981, sobre desapariciones forzadas⁸⁸¹ y homicidios políticos. En este documento se relata que en mil novecientos setenta y ocho, por primera vez, se tuvo constancia de los denominados escuadrones de la muerte que en ese entonces amenazaron a políticos y jueces, entre otros, por emitir opiniones contrarias al Estatuto de Seguridad Antiterrorista⁸⁸². En el mismo sentido, el organismo internacional mencionaba que desde 1980, comienza a presentarse conductas derivadas de las medidas anti subversión en zonas de conflicto armado, caracterizadas por delitos tales como tortura, homicidios y desapariciones forzadas.⁸⁸³ Además las denuncias citadas sobre estos delitos o violaciones graves de Derechos Humanos, como lo revela el informe “Basta ya” del Centro de Memoria Histórica, se centraban en las atribuciones de los militares en el contexto de estado de sitio, lo cual dio lugar a la preocupación internacional⁸⁸⁴. En tal virtud, la presión se agudizó con la declaratoria de inexequibilidad de la Corte Suprema de Justicia de varios artículos del estatuto, con los avances de las guerrillas y sobre todo la popularidad del M-19.⁸⁸⁵

⁸⁸¹ **SANDOVAL MESA Jaime Alberto.** El Desarrollo de la Desaparición Forzada y sus Elementos Especiales de Configuración en Colombia. Revista ViaInveniendi Et Iudicandi. Edición No. 13 Vol. 7 No. 1. Enero - Junio de 2012.

Disponible en http://numanterioresviei.usta.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=186:el-desarrollo-de-la-desaparicion-forzada-y-sus-elementos-especiales-de-configuracion-en-colombia&catid=36:avances-de-investigacion&Itemid=56. Consultada el 19.03.2015.

⁸⁸² **GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA.** Informe Basta Ya. Ob. Cit. PAG.. 131 a 133.

⁸⁸³ Consultar en Revista Voz, 1998. Disponible en, <http://www.nodo50.org/voz/111198/111198-8.htm>. Consultada el 2.08.2011. También en SANDOVAL MESA Jaime. Ob. Cit. 2012. Disponible en: http://numanterioresviei.usta.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=186:el-desarrollo-de-la-desaparicion-forzada-y-sus-elementos-especiales-de-configuracion-en-colombia&catid=36:avances-de-investigacion&Itemid=56. Consultada el 19.03.2015.

⁸⁸⁴ Adicionalmente, En el informe de la Defensoría del pueblo de 1997, se menciona que frente a todos estos asuntos anteriores de los años 80, la declaración del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, llama la atención acerca de la necesidad de tipificación del delito de desaparición forzada conforme a la Convención Interamericana de Desaparición Forzada, firmada por el Gobierno Colombiano pero que aun en 1996 todavía no había sido desarrollada en el derecho penal interno. Quinto Informe Anual del Defensor del Pueblo – Serie documentos N° 11 Defensoría del Pueblo. Bogotá 1997. PAG. 72.

⁸⁸⁵ En vigencia del Estatuto se produjeron 82.000 detenciones arbitrarias y torturas en guarniciones militares contra miembros de guerrillas como el EPL, el ELN, grupos de izquierda y estudiantes de universidades públicas, etc. Todo esto se evidencia en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Sobre este punto, independientemente de la corriente política de donde se originan los hechos denunciados en este momento, se revelan elementos correspondientes a nuevos delitos internacionales que hacen parte de nuestra historia, lo relevante es confrontar las medidas del Estatuto de Seguridad, el principio de legalidad penal vigente en aquel entonces, junto con las denuncias internacionales originadas a partir de su aplicación y sobre todo la respuesta estatal. En este caso, del sistema punitivo y constitucional que era insuficiente frente a medidas coyunturales e ilegales que se ejercían en ese momento.⁸⁸⁶

Puede afirmarse en este periodo que corresponde a la Constitución de 1886, se observa que desde el código penal de 1936 y el Código Penal de 1980 el principio de legalidad residía en la ley penal, únicamente como factor de interpretación legal, a pesar de que convivía con múltiples normas de excepción que ampliaron y modificaron su contenido en la realidad. Por ejemplo, frente a los hechos del palacio de justicia de 1985, la persecución penal durante mucho tiempo no tuvo mayores avances, asunto que por demás todavía es objeto de juzgamiento en la actualidad, más adelante se analizarán los efectos de este hecho relevante en materia de legalidad penal.

En cuanto a los eventos comentados, se mostraba un sistema punitivo con múltiples medidas alternativas que interferían en sus instituciones jurídicas, por fuera de esta interpretación internacional, en la cual el principio de legalidad correspondía a la ley conforme al derecho penal.

De nuevo es relevante observar si existía o no la supuesta solidez institucional que se pregonaba en aquel entonces. Aun en dicha oportunidad, la ejecución del Estatuto de Seguridad, las consecuencias para la sociedad civil y la concepción del sistema constitucional de 1886 daba lugar a normas que eran a todas luces ilegítimas y que a su

(OEA/SER.I./V/II) de 1981. **GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA**. Informe Basta Ya. Ob. Cit. PAG.. 131 a 133.

⁸⁸⁶ Estos hechos provocaron la conformación de movimientos sociales que en 1985 permitieron la constitución de la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos de Colombia (ASFADDES), que venía trabajando desde 1982. El primer hecho que la motivó a actuar fue la desaparición de 14 estudiantes de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, en 1982. En 1998 se registraron 39 casos de desaparición forzada. Según ASFADDES, de 1995 a 1997 fueron registrados 74 casos del mismo delito. Fuentes no oficiales señalaron la desaparición forzada con episodios no declarados por el Estado, a partir del 10 de septiembre de 1977, con la desaparición de militantes de izquierda. Consultar en Revista Voz, 1998. Disponible en, <http://www.nodo50.org/voz/111198/111198-8.htm>. Consultada el 2.08.2011. También en **SANDOVAL MESA Jaime**. Ob. Cit. 2012. Disponible en: http://numanterioresviei.usta.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=186:el-desarrollo-de-la-desaparicion-forzada-y-sus-elementos-especiales-de-configuracion-en-colombia&catid=36:avances-de-investigacion&Itemid=56. Consultada el 19.03.2015

vez generaron graves violaciones de Derechos Humanos, como un factor que va a permear el sistema penal, así se le considerara de naturaleza diversa. Igualmente, esto también comenzaba a causar efectos en el plano internacional, toda vez que para el momento en que comienzan a entrar en vigencia los instrumentos internacionales, se producen las violaciones que después fueron parte de la legalidad penal nacional entre los años 90 y principios de la década del 2000⁸⁸⁷.

3. Bases dogmáticas contemporáneas del principio de legalidad penal. Contexto paralelo de excepción y cuestionamientos de legitimidad jurídico-penal. (Código Penal de 1980 hasta la Constitución de 1991)

Frente a todo el panorama nacional analizado en los puntos anteriores, se promulgó el Código de 1980, el cual contenía los principios y la estructura propios de la legislación penal contemporánea⁸⁸⁸, especialmente frente al principio de legalidad. El ponente de aquel entonces, Romero Soto, indicó que se trataba de un principio constitucional y fundamental que constituía una de las columnas básicas de un Estado democrático y que, pese a que fuera un principio constitucional, no impedía que pudiera consagrarse en un código penal⁸⁸⁹. A pesar de esta fundamentación, el código de 1980 resultó insuficiente frente al problema que tendía a escalar, en razón del surgimiento de nuevos actores, como las autodefensas y los grupos del narcotráfico⁸⁹⁰.

Así, con tales antecedentes, en plenos años ochenta, hasta la expedición de la Constitución de 1991, se puede decir que paralela a la tradición codificada penal, también rigió la legalidad penal de excepción que afectó durante este tiempo el principio de legalidad penal y por ende la legitimidad del sistema. Sin embargo, en su concepción se

⁸⁸⁷ Sobre este aspecto es necesario adicionar a los actos de los carteles en este tiempo, los diversos acercamientos de las FARC en los primeros intentos de Paz en la Uribe, Meta, en 1984, los rompimientos de los acuerdos que escalaron el conflicto armado y los atentados contra la UP que también van a generar una situación de violencia en particular a partir de 1986. **INFORME DEL CENTRO DE MEMORIA HISTÓRICA.** Guerrilla y Población Civil 2014. Ob. Cit. Pags 126 a 134.

⁸⁸⁸ **PÉREZ PINZÓN Álvaro Orlando.** Ob. Cit. PAG. 130.

⁸⁸⁹ La argumentación del ponente del artículo se realizó en la comisión de 1972, previa al desarrollo del Código de 1980. **RUÍZ Servio Tulio.** Teoría del Hecho Punible. Comentarios al nuevo Código Penal. Ediciones librería del profesional. Bogotá D.C. 1980 PAG. 7 a 9.

⁸⁹⁰ Según el Informe “Basta ya”, entre 1982 y 1995 continuó una tendencia creciente del conflicto, marcada por la expansión de las guerrillas, la irrupción de los grupos paramilitares, la propagación del narcotráfico, las reformas democráticas y la crisis del Estado. **GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. INFORME BASTA YA.** Capítulo I. Una Guerra prolongada y degradada. Dimensiones y modalidades de violencia Ob. Cit. PAG. 33.

dejó en claro en las actas de su redacción del nuevo estatuto de 1980, la necesidad de concebir el principio de reserva legal, proveniente de la Carta Universal de Derechos Humanos, en el cual debía quedar claramente definida la legalidad propiamente dicha, la irretroactividad y la igualdad⁸⁹¹.

Todavía no se realizan ejercicios legales para integrar las normas internacionales al derecho interno, aunque en muchos casos, las actuaciones del Estado revelaron la existencia de graves violaciones de derechos humanos, que rebasaban tales iniciativas que finalmente se describieron en la legislación, entre ellas la desaparición forzada y la tortura, frente a una legislación que parecía insuficiente⁸⁹².

Así mismo en la tradición penal tampoco se integraban los principios internacionales de Derechos Humanos con los principios penales pese a lo manifestado en las actas de reforma que dieron lugar al código de 1980 y aun requiriéndose tal sentido de interpretación. Desafortunadamente no se contemplaba dicha posibilidad teniendo ni siquiera como base los presupuestos del art. 121 de la Constitución de 1886 que contenía la disposición relativa al Derecho de Gentes. No se advertía que tales situaciones revelaban graves violaciones bien en el DIH todavía desconocido legalmente o en el escenario de los derechos humanos, ni que los mismos hubieren tenido como antecedente las primeras reacciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (cita al pie). Entre tanto el derecho penal seguía persiguiendo delitos comunes así fuesen de extrema gravedad y obedecieran a normativas internacionales, no obstante, estos factores todavía son incipientes para este momento jurídico nacional, tan sólo se puede enjuiciar la legitimidad del Estado con tales medidas excepcionales.

Así, los trabajos iniciados desde mediados de los 70, culminaron con la expedición del decreto ley 100 de 1980. Este código contenía las siguientes figuras: normas rectoras, integración, principios y sanciones. Frente a este punto se destaca la apuesta ideológica del código al comenzar en su artículo 1º con el principio de legalidad, es decir prevalecía para este momento, el imperio de la ley en esta codificación. De igual forma se adicionan las funciones de la pena y medidas de seguridad, principios de favorabilidad, igualdad,

⁸⁹¹ **RUIZ Servio Tulio.** Ob. Cit. PAG. 8.

⁸⁹² Con amplitud se muestra en el Informe Basta Ya, muchos de los casos que incluso propiciaron que 1979 fuera considerado un año nefasto en materia de Tortura. **GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. Informe Basta Ya.** Ob. Cit. PAG. 131 a 133.

prohibición de doble incriminación, hecho punible, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y fuerza normativa⁸⁹³. Este es un periodo de notable enriquecimiento de la jurisprudencia penal y el asentamiento de los fundamentos en los cuales se basa el sistema penal, verbigracia el principio de legalidad penal y a la noción de sistematicidad que se deriva de este principio en fundamentos como el de tipicidad, pero tampoco se acompaña la noción de debido enjuiciamiento⁸⁹⁴. Por ahora se protegen los cuatro grandes pilares del principio de legalidad penal liberal (Lex previa, certa, expresa, no retroactiva), pese al contexto que tendía a agravar la situación de conflicto armado.

En efecto, los nuevos carteles de las drogas correspondían a lo que ahora se denominaba, delincuencia organizada; mientras los grupos subversivos que venían de los años 60 y de autodefensa (nacientes para este momento) se identificaban más con los actores del conflicto armado interno⁸⁹⁵. Frente a la normatividad, en materia de carteles, se comenzó con las medidas de extradición, como el Tratado con Estados Unidos del 14 de septiembre de 1979, aprobado mediante ley 27 de 1980⁸⁹⁶. Es decir, se presentaba un

⁸⁹³ **PÉREZ PINZÓN Álvaro Orlando**. Ob. Cit. PAG. 130.

⁸⁹⁴ Aunque en teoría se conocía el fundamento, de la tarea emprendida por Reyes Echandía se deriva el aporte de los conceptos depurados de la parte general, entre ellos el de tipicidad. Para este momento se reconoce como una conquista del principio de legalidad, que solo a través de este postulado democrático garantiza que sea lícito todo comportamiento humano que no se encuentre prohibido en materia penal. En tal virtud se derivan otros postulados como el de taxatividad, proporcionalidad en la relación daño-castigo y rigidez en cuanto a la apreciación judicial. Con ello se libra del arbitrio del intérprete y se garantiza igualmente la seguridad jurídica al ciudadano. Según Reyes Echandía, la Corte Suprema de Justicia ya venía afirmando este postulado al indicar que el juzgador, al identificar la acción, puede medir el significado antijurídico, declarar la responsabilidad y culpabilidad y condenar al agente de la misma. **REYES ECHANDIA Alfonso**. Tipicidad. Editorial Temis. Bogotá D.C. 1999 PAG.. 15 y 16.

⁸⁹⁵ En este período es necesario destacar, como señala el informe "Basta ya", que el Frente Nacional, en lugar de retornar a los cauces institucionales quebrantados por la dictadura de Rojas Pinilla, optó por institucionalizar los mecanismos de la dictadura. Esta excepcionalidad, sin embargo, no se aplicaba ya para afrontar los resentimientos de la violencia partidista, sino que fue la base de una intensa violencia de carácter clasista, contrainsurgente y anticomunista, atizada por las tensiones geopolíticas de la Guerra Fría. Uno de estos mecanismos se tradujo en el régimen castrense para juzgar civiles. Bajo este régimen procesal inquisitivo de los Consejos de Guerra, fueron juzgados no solamente guerrilleros, sino también sindicalistas, estudiantes, obreros y opositores políticos. Así pues, la represión a través de la justicia penal militar fue un continuo entre la fase tardía de la dictadura y la tradición de los gobiernos civiles hasta finales de la década de los ochenta. **GRUPO DE MEMORIA HISTORICA. INFORME BASTA YA**. Capítulo III. Guerra y Justicia en la Sociedad. Ob. Cit. PAG. 201.

⁸⁹⁶ El tratado en mención entro en vigencia el 4 de marzo de 1982, por virtud del canje de ratificaciones. El tratado fue objeto de varias demandas de inexcequibilidad, como la correspondiente al proceso 1363, en el cual la Corte Suprema de Justicia se declaró inhibida para conocer sobre el alcance de la demanda. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia N° 63 del 25 de junio de 1987, dejó sin validez jurídica el Tratado de la referencia. Información disponible en: http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Otros/Ley_27_de_1980.pdf consultada el 26.08.2010.

nuevo panorama de excepción penal distinto a la lucha antiterrorista. El código penal nuevamente es complementado con normas paralelas de naturaleza punitiva, en perjuicio de la certeza legal imperante⁸⁹⁷. Frente a este hecho es de destacar que en virtud del asesinato el 30 de abril de 1984 del Ministro Rodrigo Lara Bonilla, por parte de un sicario contratado por el cartel de Medellín, el gobierno adoptó la declaratoria del estado de excepción, dos días después del magnicidio, el cual estuvo en vigencia durante siete años más, con sus respectivos gobiernos⁸⁹⁸.

Por otra parte, el decreto 1038 de 1984 constituyó no solo un acto de declaratoria de estado de excepción sino también un acto simbólico que proclamó la guerra contra las drogas en Colombia⁸⁹⁹. Igualmente, estas medidas se complementaban con disposiciones especiales como la ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes) que criminalizaban las conductas derivadas del tráfico de drogas, pero ya bajo la vigencia del nuevo código penal, (Decreto ley 100 de 1980)⁹⁰⁰.

Bajo este panorama, se sigue la costumbre desde el inicio del conflicto de una legislación paralela al estatuto penal vigente, cada una con sus propias consecuencias. Para esta época se pueden citar más de diez decretos destinados al control de narcóticos, el tráfico de armas y el terrorismo. Lo anterior culminó con el Estatuto para la Defensa de la Democracia (Decreto 180 de 1988) que definió el delito de terrorismo, la instigación al terrorismo, las amenazas, lesiones y el concierto con fines terroristas, entre otros⁹⁰¹.

⁸⁹⁷ Desafortunadamente, la tradición legalista sigue manteniendo su peso histórico y las formalidades jurídicas, del mismo modo en que el lenguaje judicial se impone en las interacciones sociales, sean o no violentas, entre habitantes del territorio nacional. Esta tradición combina paradójicamente el respeto a las formalidades jurídicas con prácticas sociales de incumplimiento de reglas repetidas a gran escala, que pasan muchas veces por la instrumentalización de las instituciones y del lenguaje judicial con fines no jurídicos. Así mismo, este legalismo ha servido a veces como una forma de encubrimiento ideológico de exclusiones e impunidades intolerables, eficaz a la hora de desviar las demandas y luchas sociales de sus potencialidades verdaderamente transformadoras. Asunto que fue característico en este período. No obstante, el informe también señala que a pesar de este fundamento de las prácticas jurídicas, la fórmula del legalismo ha servido para conservar las instituciones democráticas. **GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. INFORME BASTA YA.** Capítulo III. Guerra y Justicia en la Sociedad. Ob. Cit. PAG. 197.

⁸⁹⁸ ITURRALDE MANUEL PAG. 80 y 81.

⁸⁹⁹ IBÍD. Ob. Cit. PAG. 80 y 81.

⁹⁰⁰ La ley 30 de 1986 fue publicada en el Diario Oficial No 37335, del 5 febrero de 1986. Régimen Penal Legis. Regímenes especiales. LegisEditores.S.A. Bogotá Colombia. Envío No 33 de Junio de 1993. PAG. 181 a 226.

⁹⁰¹ Por ejemplo, se puede citar el decreto 3664 sobre tráfico de armas, explosivos y municiones, del 17 de diciembre de 1986. Este decreto fue convertido en legislación permanente mediante decreto 2266 de 1991. IBÍD.. Pags. 276 a 290 y 295 a 296.

También es de destacar la creación de la justicia de orden público que sustituyó a la justicia penal militar de excepción, mediante los decretos 468 y 1203 de 1987⁹⁰², que inicialmente le otorgaron la competencia sobre delitos de tráfico de estupefacientes. Posteriormente, mediante el decreto 1631 de 1987⁹⁰³, se le otorgó la competencia a los jueces de orden público, sobre delitos relacionados con acciones terroristas sobre periodistas, candidatos o dirigentes sindicales, políticos gremiales entre otros, que conocían anteriormente los tribunales militares⁹⁰⁴. En este sentido se altera inicialmente elementos de *lex certa* y expresa, dado el cúmulo de legislación de orden público paralela al estatuto penal.

De aquí en adelante, estas alteraciones pueden denominarse de contaminación legislativa de las instituciones penales, lo cual será frecuente y provocará más adelante un nuevo proceso legislativo, sobre todo en materia penal, para readecuar multiplicidad de normatividades vigentes, reguladoras de situaciones relacionadas con los estados de excepción y las graves violaciones a los derechos humanos. En tal virtud, los poderes de excepción exorbitantes a las fuerzas militares van a disminuir sobre todo a partir de la pérdida de vigencia del Estatuto de Seguridad que fue derogado en 1982.

En este tiempo se pueden relacionar principalmente atentados en razón de las graves violaciones de derechos humanos que se constituyeron en ese momento como único recurso que podría adicionar insumos para determinar que en el futuro estos actos podrían constituir crímenes de lesa humanidad (ojo cita al pie Carlos Santiago Nino). Pese a todo, su naturaleza residual tan sólo se vislumbra en las graves violaciones

⁹⁰² Todos estos decretos fueron expedidos mediante la declaratoria de Estado de Sitio: **Decreto 1038 de 1984**. (mayo 1)Diario Oficial No. 36.608 de 14 de mayo de 1984. Disponible en ftp://ftpag.camara.gov.co/camara/basedoc/decreto/1984/decreto_1038_1984.html#1. Consultado el 15.11.2015

⁹⁰³ En el artículo 1º del decreto 1631 se contemplaba la competencia de los jueces de orden público sobre los delitos descritos en el art. 1º de dicha legislación, conforme al Art. 5º. En suma la competencia se desarrollaba sobre el siguiente concepto: "...**ARTÍCULO 1o.** Al responsable de alguna de las conductas punibles previstas en el Código Penal, Cuando su acción aparezca encaminada a perseguir o intimidar a cualquier habitante del territorio nacional por sus creencias u opiniones políticas, partidistas o no, se le aplicará, la pena prevista en la respectiva disposición aumentada de una cuarta parte a la mita. La misma pena se impondrá si la conducta se realiza contra los parientes, hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, de la persona a quien se pretende intimidar o perseguir por razón de sus creencias u opiniones políticas..." Diario Oficial No. 38.021 de 27 de agosto de 1987. Disponible en: ftp://ftpag.camara.gov.co/camara/basedoc/decreto/1987/decreto_1631_1987.html. Consultada el 15.11.2015.

⁹⁰⁴ ITURRALDE MANUEL. Pag. 343.

mencionadas y en su posible persecución con el código penal vigente, como por ejemplo los crímenes del Ministro de Justicia mencionado.

El resultado final de todo este proceso culminó con las iniciativas de paz de algunos grupos desmovilizados como el M 19 y la promulgación de la Constitución Política de 1991 que, al incorporar los mecanismos de protección de derechos humanos, van a generar un movimiento de defensa del orden constitucional que impide los excesos punitivos anteriores; sin embargo, con esto no culminaron las medidas punitivas excepcionales que afectaron al principio de legalidad. Mientras tanto el código penal de 1980 (Decreto-Ley 100), cursaba en forma paralela con instituciones de la dogmática penal frente a las medidas excepcionales. Se podría aseverar que los elementos que atentaban contra el orden público excepcionales, tenían unos efectos no contemplados en el código penal, entre tanto las instituciones jurídicas penales que sí correspondían a la codificación vigente, seguían un curso que se consideraba normal en su evolución jurídica, así no lo fuese en términos reales, y por su puesto entre estas figuras, el principio de legalidad penal que se correspondía con su forma derivada del derecho penal liberal⁹⁰⁵.

2. El principio de legalidad, desde la Constitución de 1991 hasta el Código de 2000 y los sucesos actuales

Posterior a los sucesos relatados se inicia un nuevo período de configuración constitucional con el advenimiento de la Carta Política de 1991. Así, frente a este proceso y siguiendo el contexto de la legalidad penal, se produjeron tres etapas con respecto al desarrollo del conflicto frente a las medidas punitivas durante este tiempo. La primera fase se desarrolló entre 1988 y 1991, en la cual la CIDH señaló las consecuencias de los procesos fallidos de paz con los grupos armados y la labor del Estado en este sentido.⁹⁰⁶

⁹⁰⁵ El art. 1º del Decreto Ley 100 de 1980 comenzaba con el principio de **LEGALIDAD**. <Decreto derogado por la Ley 599 de 2000>. En él se establecía que Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella. Es decir se derivan los conceptos de lex previa, cierta, expresa, no retroactiva etc.

⁹⁰⁶ Este acontecimiento culminó con el rechazo de la Constitución del 1991, por parte del grupo subversivo de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia). INFORME SOBRE EL PROCESO DE DESMOVILIZACIÓN EN COLOMBIA, CIDH 2004. disponible en: www.cidh.org/countryrep/colombia04sp/informe.htm (Consultada el 26.04.10).

De igual forma se inicia el proceso constituyente de 1991 en el cual participaron varios grupos desmovilizados, como el M-19 y el EPL, entre otros. Posterior a este acontecimiento se produjo una segunda etapa (1992 -1996), en la cual no hubo cambios significativos estado del conflicto. Sobre este punto es necesario anotar que la Constitución de 1991 con el nuevo modelo de Estado Social de derecho (Art. 1º)⁹⁰⁷ adicionó elementos como por ejemplo la prevalencia de los derechos fundamentales⁹⁰⁸ y de los instrumentos internacionales mediante el bloque de constitucionalidad (Art. 93), así como el ejercicio del Derecho Internacional Humanitario frente a las situaciones que permitan su procedencia (Art. 214). Igualmente, la Corte Constitucional y suprema de justicia, comienzan a determinar la posibilidad de aplicación de las normas internacionales, frente al ordenamiento legal frente a la naturaleza irrefragable del conflicto armado.

Finalmente, entre los 1997 y 2002, se presentó una tercera etapa con gran intensidad entre los años 2000 y 2001⁹⁰⁹, de allí que en múltiples ocasiones las Cortes advirtieron la

⁹⁰⁷ La fórmula del 'Estado democrático y social' apareció por primera vez en la Revolución de París de 1848, en aquel compromiso concertado entre los pequeños partidos demo liberales y las primeras asociaciones del movimiento obrero francés de ese período, la cual en su momento tuvo un sentido estrictamente laboral. Sin embargo, después de esta fecha la fórmula desapareció por largo tiempo y no viene a reaparecer sino con el resurgir del movimiento obrero en Europa. **ABENDROTH, Wolfgang.** *El Estado de Derecho Democrático y Social como Proyecto Político, -El Estado Social-*, 1a. Edición 1965., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Reimpreso 1986. Pág. 16.

⁹⁰⁸ Según Doebling, otro de los pilares del 'Estado Social de Derecho' se encuentra en el concepto de derecho fundamental. Dos notas esenciales de este concepto lo demuestran. En primer lugar su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado; y en segundo lugar, su importancia para el ordenamiento, ya que el aparato no tiene sentido, sino se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. **DOEBLING, Karl.** *Estado Social, Estado de Derecho y Orden Democrático -El Estado Social-*, 1a Edición 1978., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Reimpreso 1986.- Prologo de Henk Bruno. Pág. 125

⁹⁰⁹ En este tiempo se presentó un fenómeno de violencia de los grupos paramilitares contra la población civil. En este factor se destacan acciones de miembros del Ejército, la Policía, las FARC y las AUC muertos en combate; y significativamente a civiles que no constituían blancos militares legítimos y se encontraban en estado de indefensión. IBÍD.. Por su parte, Las Naciones Unidas a través del Informe de la Alta Comisionado para los Derechos Humanos de 2002 señaló al respecto: *"A lo largo del año, la evolución de los diálogos de paz con las guerrillas hizo manifiesto no sólo las dificultades para avanzar en el logro de acuerdos que acerquen las perspectivas de solución, sino también el precario nivel de apoyo social y político que los procesos han recogido. Las crecientes críticas y el desencanto de grandes sectores de la población dieron cabida a políticas y estrategias que dan prioridad a respuestas guerrilleras. Paulatinamente, los grupos armados continuaron degradando su actuación con acciones violentas que supuestamente respondían a los intereses de la negociación. Los magros logros en el proceso de paz deben ser entendidos en el contexto del recrudecimiento de la guerra, el aumento progresivo de la debilidad institucional y del estado de derecho y la ausencia del Estado en vastas regiones del país, profundizando así la crisis de gobernabilidad. Paralelamente, continuó la cooperación del Consejero Especial del Secretario General desplegando esfuerzos para apoyar a las partes e impulsar el proceso de diálogo."* **Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para**

necesidad de complementar las prohibiciones del DIH con el derecho penal interno, hecho que se produce después con la legislación de 2000 (Ley 599)⁹¹⁰. Este hecho es significativo toda vez que se incorporan normas que permiten la integración de normas penales con instrumentos internacionales. No obstante, comienza desde este momento la discusión frente a los límites de la legalidad penal justamente en virtud de estos nuevos presupuestos.

De igual forma, durante este tiempo (1990 a 2000), se presentaron otros factores de violencia política derivada del conflicto armado, en los cuales la CIDH de la OEA afirmó que la actividad política del país se caracterizó por el alto grado de intolerancia frente a los partidos y movimientos de oposición, como la violencia ejercida en los 90 sobre partidos políticos como la Unión Patriótica⁹¹¹. En este sentido, durante aproximadamente quince años tales hechos no solo afectaron a los grupos de izquierda, sino a las demás organizaciones políticas, por ejemplo, a través de sucesos como los homicidios de líderes políticos: Luis Carlos Galán, Francisco Pizarro, Álvaro Gómez Hurtado, etc., entre 1989 y 1996. Este factor es ampliamente discutido, no sólo en la verificación de la responsabilidad de los presuntos autores de crímenes como los referidos, sino también en

los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. E/CN.4/2002/17. Disponible en:
<http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/acdh/E-CN-4-2002-17.html>. Consultada el 15.11.2015.

⁹¹⁰ La Corte Suprema de Justicia ha señalado desde los años noventa en el análisis de extractos de sentencias como la C-225 de 1995, que tal y como lo apunta la Corte Constitucional en la revisión constitucional del Protocolo II: "... *No se puede entonces excusar, ni ante la comunidad internacional, ni ante el ordenamiento jurídico colombiano, la comisión de conductas que vulneran claramente la conciencia misma de la humanidad, como los homicidios arbitrarios, las torturas, los tratos crueles, las tomas de rehenes, las desapariciones forzadas, los juicios sin garantías o la imposición de penas ex post facto. Igualmente, En la referida sentencia de constitucionalidad sobre el Protocolo II, con cita del jurista chileno Hernán Montealegre, se reflexiona que "el derecho humanitario coexiste con el derecho interno, el que recibe su aplicación general, y no afecta la condición jurídica de las partes contendientes respecto a su posición legal o ilegal ante el recurso a la fuerza" (hasta aquí el autor invocado). Y continúa la Corte Constitucional, "El Estado sigue entonces detentando el monopolio jurídico legítimo de la coacción, mientras que los alzados en armas quedan sometidos a las penas previstas para delitos como la rebelión y la sedición."*. Análisis de la *Sentencia C-225/95. M. PAG. Dr. Alejandro Martínez Caballero.*, tomado del texto: Corte Suprema de Justicia. La protección de los derechos humanos a través de la jurisprudencia penal. Editorial Konrad Adenauer Stiftung. Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). Bogotá D.C. 2008. PAG. 181 A 184

⁹¹¹ Este nuevo partido recibió el apoyo de movimientos políticos de izquierda como el Partido Comunista, y rápidamente obtuvo un significativo resultado en las elecciones de 1986 y 1988, pero pronto sus miembros comenzaron a ser blanco de ataques violentos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos. Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia. Secretaría General. Washington D.C. 1999. PAG. 295 - Disponible también en <http://www.cidh.org/annualrep/99span/indice.htm>-Consultada el 22.06.2011

la responsabilidad estatal nacional, ampliamente controvertida ante el sistema interamericano de Derechos Humanos, sobre todo en este tiempo⁹¹².

Precisamente estos acontecimientos son los que después producen los factores de interpretación discutidos en el presente trabajo sobre la naturaleza del principio de legalidad penal, sobre todo en factores como la determinación penal (Lex certa y expresa) y la no retroactividad, aspectos que más adelante serán analizados en detalle (cita al pie libro Corte Suprema de Justicia).

De otra parte, en cuanto al análisis del conflicto armado, como una variable que incide tanto en la legalidad penal como en la legitimidad constitucional hasta este momento, se puede advertir que a la par con los elementos narrados, en el año dos mil y siguientes, según María Teresa Uribe, la lucha por el territorio, ampliamente descrita en la literatura sobre violencia, se centró en una guerra en la que concurrían organizaciones comunitarias, localidades, barrios populares y la sociedad civil organizada⁹¹³. Uribe señala que dicha guerra fue librada por casi todos los actores armados, correspondientes a la guerrilla, paramilitares, fuerzas de seguridad del Estado, milicias populares y bandas armadas de la delincuencia⁹¹⁴. Este análisis estudia la relación entre conflicto y población civil como un factor de inevitable convivencia, lo que implicaba una estrecha visión no solo de lo político sino también de lo jurídico en el caso Colombiano⁹¹⁵.

⁹¹² Basta con revisar las once condenas al Estado Colombiano ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en donde se destaca el factor de impunidad como generador de las graves violaciones objeto de litigio internacional. En este campo se pueden citar, por ejemplo, los siguientes casos: Masacre de "Pueblo Bello", Corte IDH, sentencia del 25 de noviembre de 2006; Masacre de "Mapiripán", Corte IDH, sentencia del 15 de septiembre de 2005, entre otros.

⁹¹³ **URIBE María Teresa**, Ob. Cit. PAG. 146.

⁹¹⁴ **IBÍD.** PAG. 146.

⁹¹⁵ Durante este tiempo la aplicación de las normas humanitarias, a efectos del conflicto armado nacional, obedecen en mayor medida a los conceptos de los instrumentos internacionales del DIH entre ellos el art. 1º **del Protocolo II.**, bajo los presupuestos de la Sentencia C-225 de 1995 de la Corte Constitucional. La norma señala **1. Ámbito de aplicación material** 1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo. 2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

En dicho escenario, tal vez la excepción y la inaplicación de la norma penal podría ser un factor común junto con la acción de los grupos armados, los efectos del tráfico de estupefacientes, del crimen transnacional y la relación de estos últimos con todos los actores del conflicto armado. Justo durante este tiempo se produce la codificación de 2000, con la cual se alcanza un verdadero desarrollo penal en Colombia, en los términos actuales de la teoría del delito, que culmina finalmente con la expedición de la ley 599 de 2000, que permite una flexibilidad de escuelas dogmáticas en las que incluso puede ser soportada la tesis del funcionalismo. En el terreno del principio de legalidad penal, el mismo se soporta en esta legislación en las exigencias de *lex praevia, scripta, stricta et certa*, (Art. 6º), derivadas del Estado liberal, no obstante, según Gloria Bernal, esto ha de ser observado en forma dinámica, toda vez que el postulado ahora desemboca en el Estado Social de Derecho⁹¹⁶. Sin duda comienzan los análisis de la legislación mencionada frente a la Constitución precisamente atendiendo el cambio del modelo de Estado. En todo caso muchos de los análisis entre ellos los de la autora citada constatan, sin profundizar demasiado, una de las situaciones actuales que justamente reside en las exigencias de uno y otro tipo de Estado. A la postre esto cambiará los alcances de estos requisitos de legalidad, sin embargo, no se analiza este punto en los diversos conceptos emitidos sobre el particular. Más adelante se estudia este aspecto.

También la nueva codificación adiciona necesidades derivadas del conflicto tanto en la parte especial como en medidas de persecución del crimen en el código procesal (Ley 600 de 2000). Por ejemplo, derivado de la tradición jurisprudencial de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, en materia de conflicto armado fue adicionado el Título II del Código Penal, relativo a los delitos contra bienes y personas protegidas contra el Derecho Internacional Humanitario⁹¹⁷. Estas normas se soportan en el principio de integración (Art. 2º Ley 599 de 2000)⁹¹⁸, al igual que en otras disposiciones como la ley 589 de 2000 que desarrollaron delitos internacionales como la desaparición

⁹¹⁶ **BERNAL ACEVEDO Gloria.** Las normas rectoras en el Nuevo Código Penal Colombiano. Ediciones jurídicas Ibáñez. Bogotá D.C. 2002. Pag. 74

⁹¹⁷ Desde la Sentencia C-225 de 1995 hasta la sentencia C-291 de 2007 se pueden establecer los principales elementos de interpretación de este título penal. Para tal efecto Consultar: **COLOMBIA, Corte Constitucional.** Sentencia C-291 de 25 de abril de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹¹⁸ Esta fundamentación obedece al concepto de norma rectora que según Bernal Acevedo, son principios que han sido positivizados en normas que rigen el sistema penal, en sus tres momentos categoriales: de Conminación, determinación y ejecución. Son principios generales de derecho que se les han dotado, en el ámbito penal, de una fuerza prevalente sobre los demás constituyéndose en la esencia y orientación del sistema penal. **Ibíd.** Pag. 54.

forzada y el genocidio; además se adicionaron los complementos internacionales de la tortura. Todas estas figuras recibieron el aporte del bloque constitucional que permitió ampliar su contenido a partir de esta legislación; tanto en la ley 599 de 2000 (Código Penal), como en la ley 600 de 2000⁹¹⁹.

En este orden de ideas, tales figuras trataron de concordar con un contexto complejo que señalaba requerimientos internacionales que no estaban asegurados en materia punitiva; igualmente la orientación dogmática comenzó a desarrollar, desde entonces, elementos de índole constitucional e internacional de protección de los derechos humanos en materia penal, bajo la consideración de la dignidad humana como presupuesto fundamental que revela exigencias como el respeto en la imputación penal de los principios de acto, tipicidad, ofensividad, culpabilidad o responsabilidad penal etc.⁹²⁰. Aparentemente tales aspectos no contrarían el concepto de estricta legalidad, sin embargo, más adelante se abordarán tales consecuencias.

De igual forma, en relación con las acciones punitivas en este período, se puede identificar que posterior al año 2002 se dio un paso firme al proceso de desmovilización de grupos organizados al margen de la ley, hecho que fue soportado mediante la justicia transicional (ley 975 de 2005) y un proceso denominado de Justicia y Paz. El mismo se encuentra en curso en la actualidad y se encuentra en un plano de análisis frente a instancias internacionales a fin de determinar la plena observancia de las exigencias suscritas en Instrumentos del DIDH. La normatividad anterior, logró dar un enfoque de negociación distinto y permitió –al menos en el papel– que los actores armados pudiesen ser parte de un proceso de justicia y paz (también de verdad, reparación y garantías de no repetición). En tal sentido, es importante destacar que en el momento ya aparece una línea jurisprudencial que coincide con la naturaleza penal de los crímenes objeto de negociación y que van en concordancia con las instancias internacionales, por supuesto, todo ello tiene efectos innumerables frente a la vigencia de la normatividad penal ordinaria, y en particular, con respecto al principio de legalidad analizado.

⁹¹⁹ Así lo manifiesta Gloria Bernal, como los elementos que hacen parte de la Constitución Política y que desarrollan los fundamentos del Derecho Penal. *Ibíd.* Pags. 61 y 62

⁹²⁰ Juan Fernández establece que esto es acorde con la teoría del injusto como base del sistema jurídico que atiende las exigencias constitucionales del principio penal positivo de legalidad estricta. **FERNANDEZ CARRASQUILLA Juan.** Derecho Penal, Parte General. Teoría del Delito y de la Pena. Vol I Visión Positiva y negativa del delito. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá D.C. Pags. 22 a 24.

Del mismo modo, comienzan a surgir divergencias entre la naturaleza de esta legislación y el orden penal, y si pueden ser coincidentes o mejor si se pueden extender los efectos de justicia y paz a los casos controvertidos en materia penal⁹²¹. Para dar claridad al respecto, en el siguiente capítulo se hará una breve enunciación de este desarrollo, junto con el alcance del bloque de constitucionalidad y el Estatuto de Roma de 1998, figuras que también inciden en los factores de transformación de la legalidad penal. En todo caso frente a todos estos desarrollos se desemboca en una inusitada expansión tanto de los derechos humanos, de la justicia internacional y del sistema penal, ordenamientos diversos que en el caso nacional van a observar una tendencia hacia factores comunes de interpretación en materia penal, los cuales pueden dar lugar a la transformación objeto de estudio en el presente trabajo.

Conclusiones V Capítulo

1. Como aporte de investigación, se pone en evidencia que luego de los conflictos del siglo XIX, se presenta un momento interesante en materia jurídica, toda vez que justo a principios del siglo XX, se debaten los fundamentos de la escuela clásica penal, plasmados en el Código de 1890 y el positivismo italiano, los cuales constituyen elementos que le dan validez al derecho vigente y a su vez le dan legitimidad a todo el orden punitivo. Esto se extenderá desde entonces hasta 1936. Igualmente, a partir de 1903 se pueden afirmar cuarenta años de relativa paz, aun frente a los sucesos de 1928 (United Fruit Company) que originaron afectaciones de la legalidad penal, en virtud de la denominada “*Ley Heroica*” (Ley 69 de 1928), que declaró el Estado de Excepción para reprimir las huelgas y las protestas de movimientos sociales.
2. En este sentido, es posible aseverar que, revisando un panorama del origen del conflicto nacional y su relación con las instituciones penales y la orientación de la legalidad, se revela la historia de Colombia caracterizada desde 1810 por guerras civiles, conflictos internos así como enfrentamientos entre partidos políticos opuestos, que implicaron incluso, una guerra civil que culminó con un pacto político a comienzos del siglo veinte. Todo este panorama influyó en el período

⁹²¹ Ver. www.fiscalia.gov.co; www.ictj.org. Entre otras.

entre los códigos de 1890 a 1936. Este último documento constituye la codificación que confluye en el origen del conflicto armado actual. Además, su orientación desde la Escuela Ecléctica (*terza scuola*) italiana permite fundar el desarrollo dogmático nacional pese a las críticas marcadas por algunas instituciones de corte peligrosista, que sin embargo no tuvieron tanta trascendencia en el establecimiento del delito y el castigo penal, toda vez que incluso la noción de delito natural era teórica por la influencia de la escuela italiana y no tenía reflejo en la legislación punitiva de la época.

3. En los años cuarenta se presenta el acontecimiento que da origen al conflicto armado con el asesinato del líder Jorge Eliecer Gaitán. A partir de este hecho, las medidas de excepción reflejadas en materia penal van a afectar la legislación penal vigente durante la dictadura del General Rojas Pinilla (1953-1957) y con mayor razón en los gobiernos del Frente Nacional (1958-1974). Un hecho que desató el descontento en el gobierno de Laureano Gómez, se relacionó con la represión de conductas contra las radiodifusoras y la libertad de prensa, correos, telégrafos y demás que llegaren a cometerse. Nuevamente otro atentado contra la legalidad penal que también representa otro hallazgo relevante de investigación que además desató el descontento general que culminó con la dictadura de Rojas Pinilla.
4. En este período se puede observar de allí en adelante, hasta la Constitución de 1991 que, a partir del desarrollo del conflicto, los códigos penales y las medidas de excepción van a ir por caminos separados. Como hallazgo de investigación se puede advertir que cada uno va a tener sus propias consecuencias, desconociendo que la legitimidad requería convalidar el sistema penal y viceversa. A su vez la legalidad penal permitía afirmar la legitimidad del Estado que debido a estos factores no puede consolidarse en este período, ni aún en plena vigencia de la Constitución de 1991. Así mismo a nivel punitivo, es evidente que en la actualidad no puede perseguirse las conductas de este período, sin embargo, revelan que nuestras instituciones punitivas no habían sido sólidas ni materialmente adecuadas a los postulados del Estado de Derecho.

5. Otro aporte de investigación se produce en este seguimiento histórico pues en los gobiernos posteriores se continúa con las políticas de medidas de Estado de Sitio que tienen como punto más relevante la expedición del Estatuto de Seguridad de 1978. En este caso tales políticas de excepción se recrudecieron a tal punto que en dicho Estatuto se desconoció el código penal de 1936 con la instauración de tipos penales violatorios del principio de legalidad paralelos a la codificación mencionada.
6. De igual forma se puede mencionar, de acuerdo con el análisis jurisprudencial realizado, que la CSJ desafortunadamente avala el Estatuto de Seguridad declarando su exequibilidad, con tan sólo algunas inobservancias menores de constitucionalidad. Producto de su ejecución se producen dos hechos que dan origen a delitos internacionales como la desaparición forzada y la tortura. Esto obligó a visitas de la CIDH que propiciaron desde entonces la competencia en junio de 1985 del sistema interamericano de protección del DIDH.
7. Este último aspecto da inicio a la intervención de instancias internacionales en el sistema penal, de tal suerte que el Estatuto de Seguridad, se puede considerar como un acto ilegítimo del Estado, pese a que dejó de regir en junio de 1982. Desde entonces, se puede afirmar que el sistema penal, deja asuntos pendientes sin resolver como los ilícitos provocados por la normativa analizada. Sin embargo, es importante destacar que resulta complejo aseverar que el Estado de ese momento fuera ilegítimo también
8. En el periodo que va desde la Constitución de 1886, pasando por el código penal de 1936 y el Código Penal de 1980, el principio de legalidad residía en la ley penal, únicamente como factor de interpretación legal, pese a las múltiples normas de excepción que ampliaron y modificaron su contenido en la realidad. Por lo tanto las medidas alternativas interferían en sus instituciones jurídicas, es decir el principio de legalidad correspondía a la ley conforme al derecho penal y punto. No obstante, se argumentaba desde ya la necesidad de interpretar el principio desde la carta de Derechos humanos atendiendo sus exigencias de legalidad estricta, irretroactividad e igualdad.

9. Los diversos desarrollos derivados de los foros examinados generan consecuencias en el principio bajo observación, lo cual se denota frente a la calificación de delitos tanto en el pasado anterior a la Constitución de 1991 como en la era actual. Por lo mismo se develan una serie de situaciones que producen consecuencias en el campo de la interpretación penal dados los diversos efectos como el bloque de constitucionalidad, la legislación especial de justicia y paz y la interpretación de los efectos del ER en materia de legalidad penal.
10. De igual forma, se advierte con gran trascendencia que esta última ley especial analizada, junto con sus reformas y el bloque legislativo que la conforman, se erige como otro factor que prueban la justicia de excepción que continúa causando efectos en la legalidad penal y por ende en la legitimidad. Es decir, pese a los cambios de la Constitución de 1991 y a los avances en materia de protección de bienes jurídicos en el terreno de los derechos humanos, la justicia de excepción sigue causando consecuencias en el orden penal ordinario, para inferir que todavía no se ha estabilizado el sistema aun en los tiempos actuales. En materia de conductas internacionales las incorporaciones de conductas dependientes del núcleo duro de los derechos humanos y del DIH permiten avanzar en la interpretación contemporánea del principio de legalidad. Sin embargo, los asuntos del pasado siguen pendientes de resolución punitiva.
11. El sistema penal con los avances de la ley 599 de 2000 finalmente encuentra elementos relevantes como el bloque de constitucionalidad, que permiten la integración de derechos humanos y el derecho penal. Así se puede predicar un principio de legalidad no solamente acoplado a una dogmática en desarrollo que consulta las nuevas tendencias en materia penal como el finalismo y el funcionalismo, sino que además permite pregonar el garantismo penal como fundamento de integración constitucional y defensa frente asuntos de connotación internacional.

Capítulo VI

Los factores de definición actual del principio de legalidad. El proceso definitivo para asegurar la legitimidad en el orden constitucional.

Introducción al VI Capítulo

2. **Los elementos constitutivos de la legalidad penal en la actualidad.**
- 3.4. El concepto de bloque de constitucionalidad como factor de extensión de la legalidad penal estricta. Legitimidad internacional y legalidad interna
- 3.5. Configuración de la legalidad penal en virtud del Bloque de Constitucionalidad.
- 3.6. Las decisiones de legalidad penal bajo fórmulas de *ius cogens*.
4. **La justicia Transicional otro puente entre la justicia penal interna y la justicia internacional en materia de legalidad penal.**
- 4.1. Elementos estructurales de la legalidad penal de la ley de justicia y paz.
- 4.2. Las modificaciones necesarias en la justicia transicional. Desarrollo de nuevos contextos de legalidad penal.
5. **El Estatuto de Roma de 1998, otro factor contemporáneo en materia de legalidad Penal interna.**
- 5.1. Elementos de discusión del Estatuto de Roma de 1998, en la definición de las conductas de lesa humanidad frente al derecho interno.
- 5.2. Síntesis de los tratamientos diversos que afectan la legalidad penal desde el ámbito del ER.
- 5.3. La legitimidad internacional sobre el orden interno penal. Declaraciones de lesa humanidad y sus alcances en materia de legalidad penal con base en el Estatuto de Roma de 1998.

Conclusiones capítulo VI

Capítulo VI

Los factores de definición actual del principio de legalidad. El proceso definitivo para asegurar la legitimidad en el orden constitucional

Introducción al capítulo VI

Definido el concepto del principio de legalidad en Colombia y descrito su proceso evolutivo, el objeto del presente capítulo se centra en analizar la estructura actual y los factores especiales de intervención en sus elementos de configuración, determinación y vigencia temporal.

En este sentido se observa como a través de los foros especiales demarcados por el bloque de constitucionalidad, la ley de justicia y paz y los efectos de incorporación de la CPI en el derecho interno, se produce un fenómeno interno de legalidad penal ampliada la cual interviene en los escenarios descritos; este factor a su turno genera nuevos factores de interpretación del principio bajo estudio que se presentan a continuación.

Dentro de los elementos analizados en el presente estudio, es preciso indicar que el principio de legalidad, en síntesis, ha permitido al ciudadano saber en todo momento lo que se puede hacer y lo que está prohibido con amenaza de pena⁹²². Esto se traduce, en forma inobjetable, en el cumplimiento de una función de garantía de la libertad, pues permite pregonar una forma de estado social que en la actualidad ha sido acogido en la Constitución de 1991⁹²³. Al mismo tiempo, el principio de legalidad protege al ciudadano frente a la arbitrariedad del poder público que ejerce la jurisdicción penal, toda vez que este objeto de intervención está claramente definido en nuestro derecho, en los artículos

⁹²² **JAEN VALLEJO Manuel.** La crisis del principio de legalidad. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá D.C. 2008. PAG. 31.

⁹²³ Sobre la fundamentación del nuevo código de 2000, en su momento se hacía referencia a su procedencia constitucional, en los siguientes términos: "La Carta Política de 1991 consagró como fórmula política de Estado, una sincronía de los modelos de Estado Liberal, Estado Democrático y Estado Social, derivada del Artículo 1º que integra al texto los derechos de autonomía, participación y prestación, así como también los denominados derechos por especificación, bien por objeto o por sujeto. Así también se incluye el principio de solidaridad que tiene un tratamiento particular en el artículo 95 sobre derechos y obligaciones de la Carta Política". **GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo.** Constitución Derechos Fundamentales y Dogmática Penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá D.C. 2000. PAG. 24.

6º y 8º de la ley 599 de 2000, lo que constituye su primera consecuencia⁹²⁴. Justamente se ha visto como en los capítulos anteriores esta disposición ha sido definitiva para mantener los cauces democráticos de un Estado, con mayor razón en el caso colombiano⁹²⁵.

De igual forma, atendiendo las características del principio de legalidad, consagrado en la legislación colombiana, se impide la aplicación de la analogía, por virtud de lo consagrado en los arts. 6º y 10º del Código Penal (CP), en donde solamente es viable la figura analógica en virtud del principio de favorabilidad penal *in bonam parte*⁹²⁶. Esta última función del principio nunca debe oponerse frente a la determinación de conductas punibles⁹²⁷, facultad que se encuentra por disposición del art. 10º del CP, destinada de manera exclusiva al legislador⁹²⁸.

Tomando en cuenta los elementos descritos, a continuación se examinará justamente, el alcance de este principio contenido en las normas citadas, frente a presupuestos actuales que desarrollan nuevos criterios que amplifican su contenido, como se expresó al comienzo conforme a los siguientes fundamentos.

⁹²⁴ **JAEN VALLEJO Manuel**. Ob. Cit. PAG. 31

⁹²⁵ En este sentido es definitiva la postura de Welzel, en los siguientes términos: "Mientras el principio *nullum crimen sine lege* exige la existencia previa del tipo de delito, el precepto *nulla pena sine lege* va todavía más lejos, y exige, además, una determinación legal de las consecuencias del delito, vale decir, amenaza de pena, al menos *relativamente* determinada en su naturaleza y límites. El art. 103 de la Carta fundamental de Bonn, contiene el primer principio (no el segundo), con las garantías aumentadas del derecho constitucional: 'A una acción sólo puede imponérsele una pena, cuando la punibilidad está legalmente determinada, antes de haber sido ejecutada la acción'. Una pena ni siquiera relativamente determinada legalmente –según la clase y límites de la pena– en forma de multa de un monto ilimitado, es por lo tanto, admisible, según el derecho constitucional". **WELZEL Hans**. Derecho Penal Parte General. Traducción de Carlos Fontán. Roque de Palma Editor, Buenos Aires, Argentina 1956. PAG. 26.

⁹²⁶ Todo ello, frente a sucesión de normatividades relacionadas con el debido proceso penal. **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-581 de 6 de junio de 2001.

⁹²⁷ En este sentido es importante mencionar la postura de Jackobs que al respecto aboga por la máxima limitación a la amplitud de valoraciones penales en la determinación de este principio. Para este autor, ley en el sentido del principio de legalidad es toda norma jurídica escrita, bien se trate de una ley formal, un reglamento, o de un decreto. En los reglamentos y decretos, la ley de delegación debe estar concretada en su contenido objetivo y medida de modo tal que para el ciudadano sean previsibles los presupuestos de punibilidad y la clase de la pena, a partir de la delegación y no solo del reglamento que en ella se apoya. La pena privativa de libertad solo puede imponerse por ley formal, según el art. 104, inciso 1, que establezca junto a la clase de pena también su medida. También para el Derecho Penal Internacional rige el principio de legalidad; incluso en la medida en que hubiera que considerar el Derecho Penal Internacional como regla general, de acuerdo con el art. 25, para la aplicación penal hace falta una ley de transformación. **JACKOBS Günter**. Derecho penal Parte General. Ediciones jurídicas Marcial Pons, Madrid, España, 1995. PAG.. 88 y 89.

⁹²⁸ **FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan** 2002 Pag.. 127 y 128.

1. Los elementos constitutivos de la legalidad penal en la actualidad.

El principio de legalidad penal comulga con que la ley sea previa a la realización de la conducta punible, que sea promulgada, dada a conocer a sus destinatarios, que tenga claridad, que sea completa de lo que se prohíbe o manda, con rango material o formal de ley y vocación de permanencia⁹²⁹. No obstante y pese a que esta teoría se sostiene aún en los tiempos actuales, existen circunstancias de ampliación de tipos penales frente a fenómenos como el terrorismo, la delincuencia transnacional organizada, el delito económico y todos sus avances, tanto procesales como sustanciales⁹³⁰; lo que, tal vez, le pone cierta flexibilidad a este precepto de legalidad penal. Sin lugar a dudas, habría que adicionar a todo esto los crímenes internacionales y las graves violaciones de derechos humanos actuales, pues bajo este propósito no hay que olvidar que la pretensión del código de 2000 era justamente fortalecer los derechos fundamentales de libertad, igualdad y seguridad jurídica, sin desatender el valor de solidaridad⁹³¹. Estos elementos desarrollan la fórmula de legitimidad del Estado y por lo tanto habría que sumarlos a los factores de impunidad que tampoco se deben desatender.

Ahora bien, para verificar de manera precisa los fundamentos normativos internos de los cuales se erige el principio analizado (legalidad de los delitos), la denominación de principio de legalidad se justifica por cuanto la intervención punitiva del Estado, al configurar las conductas punibles y determinar y ejecutar sus consecuencias (penas y medidas de seguridad), debe regirse por el imperio de la ley⁹³². Bajo este criterio, el principio examinado, desde el punto de vista formal, significa una prerrogativa para la ley penal, en virtud de la cual solo ella está autorizada para regular las materias susceptibles de punición (principio de reserva legal)⁹³³. Este criterio implica una posición desde el

⁹²⁹ **GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo**. Ob. Cit. 2000. PAG. 55.

⁹³⁰ **FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan**. 2002 PAG.. 127 y 128.

⁹³¹ Gómez Pavajeau sostuvo la fundamentación indicada, en el momento de expedición del código penal de 2000. Igualmente advirtió que estos principios permiten el desarrollo de la tipicidad, mediante las condiciones de *lege promulgata*, *lege manifesta*, *lege plena*, *legestricta*, *lege previa* y *lege perpetuae*. A través de estos elementos es segura la aplicación en términos igualitarios de la ley, todo lo cual redundará en la garantía de la seguridad jurídica. **GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo**. Ob. Cit. 2000. PAG. 55.

⁹³² **VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ F.** Manual de Derecho Penal Parte General. Bogotá D.C. Colombia, Ed. Temis, 2002, PAG. 57.

⁹³³ **IBÍD.** PAG. 57. **CORTE CONSTITUCIONAL**. Sentencias: C-599 de 1999; C-996 de 2000; C-939 de 2002 y C-205 de 2003.

Estado legal, por supuesto, y desde ya habría que preguntarse qué sucede frente al Estado Constitucional que en este caso entiende el derecho como fundamento para reivindicar los derechos frente a la sociedad y al Estado⁹³⁴. De otra parte, es preciso advertir la presencia de normas que permiten la inclusión de instrumentos internacionales (art. 2º, ley 599 de 2000) en el ordenamiento penal, que van a generar influencia en el alcance interpretativo de sus cláusulas⁹³⁵. Este principio de integración obviamente afecta el alcance de la ley, debido a que se amplía su interpretación por virtud del reenvío hacia otras normatividades.

Desde esta perspectiva el principio alegado que incluye el bloque de constitucionalidad, implica que la clásica postura basada en el imperio de la ley sufre una ampliación necesaria que riñe con los elementos tradicionales del principio de legalidad en términos del Estado Legal restrictivo⁹³⁶. A favor de esta última postura, es importante destacar lo concerniente al principio de taxatividad, que debe tomarse en cuenta como una de las expresiones más determinantes del principio de legalidad, descrito en el art. 6º de la ley 599 de 2000⁹³⁷.

⁹³⁴ Desde una postura de los sistemas sociales, Grosso advierte que en el sistema constitucional de Derecho, a diferencia de los sistemas políticos tradicionales, se reconoce a los derechos humanos como derechos fundamentales inalienables por el poder del Estado y la función que le asigna al sistema jurídico como mediador y garante de la relación equilibrada entre el poder, los derechos humanos y el Estado. **GROSSO GARCIA Manuel Salvador**. Ob. Cit. PAG. 303.

⁹³⁵ Los postulados nacionales sobre el particular, en opinión de Juan Fernández Carrasquilla, siguen esta corriente; además, en la Constitución de 1991, en su art. 29.2, se enuncia, en materia penal, el desarrollo de "leyes preexistentes al acto que se imputa" y cuyo artículo 150 atribuye privativamente al Congreso la función de hacer las leyes. Es decir, existe un criterio de estricta legalidad. **FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan**. Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal. Bogotá D.C. Segunda Edición. Grupo Editorial Leyer, 2000 PAG.. 128 y 129. Confrontar SANDOVAL MESA Jaime A. Ob. Cit. Pag. 61 - 70

⁹³⁶ Según Velásquez, la ley tiene que ser escrita y no puede pues acudir al derecho consuetudinario; tiene que ser estricta, prohibiendo aun la interpretación analógica, salvo en las excepciones in *bonam parte*; tiene que ser cierta o cumplir con la certeza, determinación y taxatividad legal; debe ser previa, pues se dicta para el futuro y no admite efectos retroactivos, salvo los casos de leyes penales favorables bien en forma ultra activa o retroactiva. Finalmente se deben adicionar las consecuencias procesales con la observancia de los términos del proceso o legalidad procesal y del juez natural o juez legal, como garantía jurisdiccional, junto con la garantía de la ejecución penal. **VELASQUEZ VELASQUEZ Fernando**. Manual de Derecho Penal Parte General, Sexta Edición Actualizada. Ediciones Jurídicas Morales. Bogotá D.C. 2014. PAG.. 88 y 89.

⁹³⁷ El art. 6º de la ley 599 de 2000 señala: "Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados. La analogía sólo se aplicará en materias permisivas [...]" [El subrayado es mío]. Confrontar. SANDOVAL MESA Jaime A. Ob. Cit. 2012. Pags. 62 y 63

En lo referente a su primer inciso, esta norma concuerda con los preceptos del art. 6º de la Constitución Política de 1991, que señala la responsabilidad de los ciudadanos frente a la ley preexistente, aspecto que también es desarrollado en el art. 28 de la carta citada, al mencionar que nadie podrá ser detenido, ni arrestado o reducido a prisión sino conforme a las normas previamente descritas en la ley⁹³⁸.

Por su parte, en los instrumentos internacionales, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, se reitera la necesidad de establecer un concepto preciso de ley preexistente para el juzgamiento de conductas punibles, al indicar en su art. 15.1 que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional⁹³⁹. Incluso, la naturaleza de este principio permite al Ejecutivo suspender las leyes en casos de guerra o excepción (art. 213-3, CP) pero de ninguna manera le es dable al gobierno, suspender “los Derechos Humanos ni las libertades fundamentales” (art. 214-2), entre ellos, las garantías del art. 29 de la Carta que corresponde a las garantías de legalidad, preexistencia del delito, de la pena, del juez, del proceso y de la prueba⁹⁴⁰. Velásquez señala estas garantías derivadas de instrumentos internacionales, junto con la noción del principio de legalidad, como elementos que configuran la seguridad jurídica para el ciudadano⁹⁴¹. Así, este último principio implica múltiples manifestaciones que se refuerzan recíprocamente. Por ejemplo, la seguridad jurídica vincula incluso al legislador, de tal forma que una regulación legal, que cree una inseguridad jurídica insalvable para los destinatarios y aplicadores de la norma, puede por ello ser declarada inconstitucional. Aunque se vulneren otros preceptos, bastaría una

⁹³⁸ Los mencionados artículos de la Constitución de 1991, señalan lo siguiente: “[...] ART. 6º—Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. ART. 28.—Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles [...]” Armonización con el Art. 10º Cod. PAG. Const. Pol. Arts. 28 inciso 4º y 34 inciso 1º.

⁹³⁹ Este pacto fue suscrito por Colombia en diciembre 21 de 1966, aprobado mediante Ley 74 de 1968, depósito de instrumento de ratificación en octubre 29 de 1969 y entrada en vigor para Colombia en marzo 23 de 1976. Confrontar. SANDOVAL MESA Jaime A. Ob. Cit. 2012. Pags. 61 – 70.

⁹⁴⁰ **FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan.** Ob. Cit. 2000. PAG.. 128 y 129.

⁹⁴¹ **VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ Fernando.** Ob. Cit. 2014. PAG. 81.

vulneración insubsanable del principio de seguridad jurídica para determinar su ilegitimidad constitucional⁹⁴².

Así mismo, este principio obedece a la tradición codificada de la ley penal colombiana que se observó en la primera parte del presente capítulo, desde la Recopilación de las leyes de Indias (1525-1680); la Novísima recopilación (1805) y los orígenes recientes que culminan con el Código de 1936 (1890 – 1936). De igual forma, en el Código Penal Colombiano de 1980 (Decreto Ley 100)⁹⁴³, se regula este principio con tales características al disponer la garantía de los hechos punibles regulados previamente en la ley, conforme a lo dispuesto en el art. 26 de la Constitución de 1886 que indicaba que nadie podría ser juzgado sino conforme a “leyes preexistentes al acto que se imputa”. Es decir hace parte de la tradición jurídica nacional que se sustenta en el principio de legalidad estricta⁹⁴⁴.

Es preciso comentar que aun en la tradición de la Constitución de 1991, se reitera este principio, con la diferencia que, a partir de la carta vigente, se adiciona la obligación de protección de derechos fundamentales, a través de sus diversos mecanismos, y por ende, en favor de su integración con el Derecho Penal.

Por su parte, en los instrumentos internacionales (por ejemplo, el PIDCYP) se reitera la necesidad de establecer un concepto preciso de ley preexistente para el juzgamiento de conductas punibles⁹⁴⁵. Sin embargo, cabe preguntarse hasta qué punto existe una

⁹⁴² **EDUARDO ESPIN Et. Al.** El sistema de fuentes en la Constitución. Derecho Constitucional Volumen I. 4ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanche, Valencia, España, 2000. PAG. 66.

⁹⁴³ Desde entonces, la función del principio de legalidad se observa en esta legislación, pues Reyes Echandía señalaba que este se preservaba a través del principio de tipicidad, ya que el Código de 1980 reconocía la importancia de este principio al erigirlo como norma rectora; de esta forma, en su art. 3º lo dispuso para describir los tipos penales susceptibles de sanción penal que se deben elaborar con suficiente claridad. Así, el uso de expresiones anfibiológicas violaría este principio. Además, desde entonces se reconoce el valor procesal de la tipicidad, en la medida en que permitía al juez definir que el hecho denunciado, existió, era típico y podía iniciarse la investigación. **REYES ECHANDÍA Alfonso.** Ob. Cit. 1999. PAG.. 18 a 20.

⁹⁴⁴ **REYES ECHANDIA Alfonso.** Ob. Cit. 1998. PAG.. 21 a 50.

⁹⁴⁵ “[...] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. ART. 15. —1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello” (En vigor para Colombia desde el 23.03.1976; CFR. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 arts. 5, 6, 7 y 8).

diferencia de criterios frente a lo concebido anteriormente, toda vez que el numeral 2º del citado art. 15 del PIDCYP señala que “[...] 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”.⁹⁴⁶

Este fundamento del PIDCYP, obedece al denominado “principio de justicia” emanado de Núremberg, aspecto que también amplía en gran medida el concepto de imperio de la ley y que debe ser observado, si es tolerable o no con el Derecho Interno⁹⁴⁷. Más adelante se analizará en concreto esta situación, por el momento se adicionan los elementos de análisis, sobre todo los que causan las mayores controversias en el campo punitivo.

Pese a lo señalado, de la reunión de dichos criterios tanto de legislación interna como internacional se deduce con claridad que para efectos punitivos, es preciso la descripción concreta de la ley con anterioridad a la comisión del hecho punible. Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH - Ley 16 / 72) establece la determinación estricta de la ley al momento de la comisión de las conductas punibles para su enjuiciamiento, así como también la prohibición de sancionar conductas ex post facto. Así, con respecto a la tipicidad, será de suma importancia tener en cuenta este ámbito de aplicación en el terreno de las conductas violatorias de derechos humanos⁹⁴⁸.

Sobre este último aparte, es viable señalar que este cúmulo de instrumentos que ingresan al ordenamiento interno mediante la figura del bloque de constitucionalidad (art. 93, CPAG., arts. 2º del Cod. PAG. y 2º del CPP), que será analizado en el siguiente punto. Con lo anterior, la figura de determinación estricta, cierta y taxativa de conductas prevalece en el orden nacional y su origen deviene precisamente de los instrumentos internacionales referenciados. Otra situación distinta es la interpretación del principio de

⁹⁴⁶ **COMPILACIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**. 2002. Ob. Cit. PAG. 25.

⁹⁴⁷ Este punto finalmente es conciliado en el numeral 3º del art. 22 del Estatuto de Roma. **AMBOS Kai**. Ob. Cit. 2001 PAG. 21.

⁹⁴⁸ La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH - Ley 16 / 72), establece lo siguiente: “...Art. 9º—Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

legalidad penal y su armonía con tales instrumentos frente a violaciones impunes en la actualidad y las interpretaciones posibles y extensivas que pueden concurrir en tal virtud, bajo los límites de que no es posible crear figuras penales, como tampoco imponer penas ni medidas de seguridad por vías de la analogía, salvo los casos *in bonam* parte en favor del procesado⁹⁴⁹.

1.1. El concepto de bloque de constitucionalidad como factor de extensión de la legalidad penal estricta. Legitimidad internacional y legalidad interna

Sobre los factores relacionados con el principio de legalidad actual, vale la pena resaltar que luego de examinada la configuración del bloque constitucional y sus consecuencias, en la Constitución de 1886 la Corte Suprema de Justicia no construyó una teoría sobre esta figura. Además, el derecho penal no se encontraba vinculado a la orientación de los derechos humanos y tan solo se mencionaban las garantías generales de la justicia penal, de tal forma que hasta ese momento no se tenía la noción de que la constitución no era un código totalmente cerrado que podía hacer remisiones tácitas o expresas en materia de derechos fundamentales⁹⁵⁰. Según la Corte Suprema de Justicia de ese tiempo, su función no correspondía a ser la guardiana de los derechos fundamentales. Incluso durante los estados de sitio, los decretos expedidos no eran confrontados con la legalidad internacional y podían ser contradictorios de la legalidad interna, como se indicó en apartes anteriores⁹⁵¹.

⁹⁴⁹ Conforme al aforismo, *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege stricta*. **VELASQUEZ VELASQUEZ Fernando**. Ob. Cit. 2014. PAG.. 88 y 89.

⁹⁵⁰ **UPRIMNY YEPES Rodrigo**. Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y procedimiento penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal. Editorial Instituto de Estudios del Ministerio Público. Segunda Edición, Bogotá D.C. 2006, PAG.. 22 y 23.

⁹⁵¹ Los tres primeros incisos del art. 121 de la Constitución de 1886, correspondían al siguiente texto: "[...] ARTÍCULO 121. En caso de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la república o parte de ella. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que la Constitución autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público y las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones. Los decretos que dentro de esos precisos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros. El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos, Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio". **CONSTITUCION POLITICA DE 1886**.

En la postura de Ramelli tan solo aparecían las facultades del derecho de gentes que de alguna manera podían impedir los abusos frente a derechos fundamentales⁹⁵²; sin embargo, no aparecen elementos que indiquen limitaciones a tales decretos, más bien se podría afirmar que el sistema era insuficiente. En este sentido, para ese momento se apela a una concepción, según la cual, el derecho es solo un orden social, lo que generó una seria limitación del concepto de libertad –como se observó en el capítulo V–⁹⁵³, pero además promovida por esta insuficiencia normativa que marcaba un orden que no consultaba con un marco institucional de prevalencia de derechos humanos, pues no se hacía uso de la acción de inconstitucionalidad en contra de estos decretos y menos de la excepción en el mismo sentido⁹⁵⁴. Tampoco se contaba con la acción de tutela u otros mecanismos de protección de derechos fundamentales⁹⁵⁵.

Este panorama cambió sustancialmente con la Constitución de 1991, con un fuerte acento internacionalista y con las cláusulas de reenvío establecidas mediante el bloque de constitucionalidad contenido en los arts. 93 y 94 de la Carta⁹⁵⁶. En la primera norma se permite el ingreso y la protección de derechos fundamentales reconocidos en tratados de

⁹⁵² **RAMELLI ARTEAGA Alejandro**. Ob. Cit. PAG. 30.

⁹⁵³ Sobre este factor, Welzel advierte que el Derecho sí es más que una manifestación de una determinada relación de poder, es decir, sí contiene el intento de hacer realidad lo justo y adecuado, bajo condiciones y supuestos de un momento histórico; además se puede enfrentar este orden con el individuo, no solo con la coacción, sino con la pretensión de obligarle en conciencia. Es decir ha de contener un mínimo ético. **WELZEL Hans**. Introducción a la Filosofía del Derecho. Traducción del alemán por Felipe González Vicein. Editorial Biblioteca Jurídica Aguilar. Segunda Edición. Madrid España, 1971. PAG. 266.

⁹⁵⁴ Desde luego, esto no se planteaba en la discusión advertida. Welzel además reitera que cuanto más intenta el derecho imponer, por medio de la sanción, una cierta concepción del mundo, tanto más intensamente entrará también en conflicto con la conciencia del individuo. En este sentido, si se crea un marco institucional desde la regulación de limitación a los elementos fundamentales de las instituciones sociales, tanto más podrá esperar su cumplimiento incluso de convicciones éticas distintas. Así no reconozca su justeza, tiene la sinceridad de las decisiones por razón del mantenimiento de un orden supraindividual, para proteger a otros individuos que confían en dicho orden. Aquí ya no se confía a un orden individual de aprobación. Se trata de una exigencia que hay que cumplir, bajo condiciones siempre nuevas, por medio de la conformación justa de las relaciones sociales, siempre en una polémica entre ideas y no de poner fin por el sometimiento o aniquilación del hombre por el hombre. **IBÍD.** PAG. 267.

⁹⁵⁵ **IBÍD.** PAG. 30.

⁹⁵⁶ Según Younes Moreno, el bloque, conforme a la Corte Constitucional (Sentencia C-067/03), es aquella unidad jurídica compuesta de normas y principios que –sin aparecer formalmente en el texto constitucional– son utilizados como parámetros de constitucionalidad de las leyes, cuando han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia carta. Son verdaderos principios y reglas de valor constitucional, a pesar de que a veces puedan contener mecanismos de reforma diversos. **YOUNES MORENO Diego**. Derecho Constitucional Colombiano. Editorial Legis. Décimo tercera edición. Bogotá D.C. PAG. 115.

derechos humanos; y en la segunda cláusula se ha permitido la creación judicial de derechos⁹⁵⁷. Al respecto, el art. 94 de la Constitución de 1991 reproduce la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos de América⁹⁵⁸, según la cual, los derechos no se agotan en aquellos reconocidos en la carta y en los tratados internacionales⁹⁵⁹. Todo este proceso obedece además al orden jurídico que en ese momento se había presentado en otras situaciones que después de la posguerra trataron de armonizar las cláusulas internacionales en el orden interno, como en los procesos constituyentes de España, Portugal, entre otros⁹⁶⁰.

Desde este precepto, la noción de derechos fundamentales corresponde, según la Corte Constitucional, a un concepto abierto y cambiante, atado a la relación de las pretensiones esgrimidas entre la dignidad humana y los consensos sociales, de tal forma que se pueda calificar de democracia constitucional y Estado Social de Derecho al sistema jurídico colombiano (Sentencia T-227 de 2003)⁹⁶¹. En este sentido se reitera el propósito de no actuar por fuera de la legalidad internacional y de establecer cláusulas de reenvío

⁹⁵⁷ Gómez Pavajeau señala que esta concepción, a partir del bloque de constitucionalidad, permite el contacto de las normas internacionales sobre derechos humanos y el orden jurídico interno. Sobre esto advierte que es preciso observar los principios de incolumidad del orden jurídico internacional de los Derechos humanos; el principio de un estándar mínimo en permanente evolución de garantías en las normas internacionales, entre otros principios. **GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo**. Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal. Segunda Parte. Ediciones Jurídicas Ibañez. Bogotá D.C. 2003. PAG.. 94 y 95.

⁹⁵⁸ La cláusula citada expresa lo siguiente: "La enumeración en la Constitución de ciertos derechos, no será interpretada para negar o menospreciar otros reconocidos a las personas". **DECLARATION OF INDEPENDENCE**. Constitution of the United States of America. Bill of Rights and Constitutional Amendments. Edited. Digital Edition Published By Soho Books. 2013. PAG. 46.

⁹⁵⁹ **RAMELLI ARTEAGA Alejandro** Ob. Cit. PAG. 30.

⁹⁶⁰ En el escenario de la segunda posguerra, algunos Estados, con fundamento en dos principios ideológicos (internacionalismo y pacifismo), en sus procesos de reforma constitucional optaron por mecanismos de implementación del derecho internacional (arts. 10 de la Constitución de Italia de 1947 y art. 55 de la Constitución de Francia de 1958). Esta movida de globalización de los sistemas jurídicos locales en el tema de los derechos humanos, la han seguido otros Estados en el marco de procesos de transición o de consolidación de regímenes democráticos, como España y Portugal al finalizar las dictaduras (arts. 10.2 de la Constitución de España de 1978 y 16 de la Constitución de Portugal de 1976.); los Estados del Este de Europa, en su renovación constitucional y luego de la Guerra Fría; o varios Estados de América Latina en la apertura democrática de la década de los noventa (art. 75, núm. 22 de la Constitución de Argentina de 1994, art. 17 de la Constitución de Ecuador de 1998, art. 23 de la Constitución de Venezuela de 1999, cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de Perú de 1993, art. 93 de la Constitución de Colombia.). **LÓPEZ MEDINA Diego** Eduardo. **SÁNCHEZ MEJIA Astrid Liliana**. La armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Código Penal Colombiano. Revista International Law. Edit. Pontificia Universidad Javeriana. Derecho Int. ildi Bogotá (Colombia) N° 12: Edición Especial 2008. PAG. 320.

⁹⁶¹ **IBÍD.** PAG. 320. En el mismo sentido, **RAMELLI** Ob. Cit. PAG. 30.

precisas, para adoptar los mecanismos concebidos en las normas internacionales⁹⁶². De esta forma, el bloque enunciado cumple con la finalidad de la interpretación frente a las dudas que puedan suscitarse en el momento de su aplicación; integra la normatividad cuando no existe norma directamente aplicable al caso; y orienta las funciones de operador jurídico y la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas⁹⁶³.

Bajo este panorama, descansa en forma inobjetable un concepto de legitimidad⁹⁶⁴ que conlleva la prevalencia de los derechos humanos fundamentales: la seguridad jurídica y la legalidad penal⁹⁶⁵. La suma de estos componentes y su representación material pueden asegurar la estabilidad del sistema jurídico y por ende el concepto de legitimidad penal⁹⁶⁶. En virtud de este criterio, sobre todo a partir de la Constitución de 1991, se observa una expansión del alcance de estas normas a los poderes locales para limitar y extender su radio de interpretación a la prevalencia de los derechos fundamentales⁹⁶⁷. Este es lo que se busca en la actualidad como consecuencia de instancias sociales que, según Diego López, propician fundamentos de aplicación en el orden nacional y con ello generan movimientos legislativos que permiten adecuar cada vez mejor los fundamentos internacionales⁹⁶⁸ y, por último, logran una tendencia de justiciabilidad que se convierte en

⁹⁶² Los mecanismos de reenvío, establecidos para estos efectos, han sido diversos: el otorgamiento de un rango especial en el ordenamiento interno a las normas del DIDH y del derecho internacional humanitario (DIH), la previsión de estas normas como herramientas hermenéuticas de los derechos y deberes constitucionales, y la mayor utilización de dichas fuentes en las cortes locales. **LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo. SÁNCHEZ MEJIA Astrid Liliana.** Ob. Cit. PAG. 321.

⁹⁶³ **YOUNES MORENO Diego.** Ob. Cit. PAG. 115.

⁹⁶⁴ Detrás de este concepto de legalidad aparecen otros factores que son relevantes en la generación de este proceso de legitimación penal. Justamente este reconocimiento de legitimidad se genera, como lo indica Vives Antón, en la búsqueda de los bienes jurídicos susceptibles de protección legal en materia penal, los cuales merecen esta protección. Con lo cual se aseveran las definiciones de lo bueno, del bien en concreto, desde las creencias o desde las emociones que escapan a la razón. **VIVES ANTON Tomás S.** Ob. Cit. 2011. PAG. 1012 y 1013.

⁹⁶⁵ En este sentido, los demás elementos de legitimidad, junto con la noción de bloque de constitucionalidad, implican que la idea de la Constitución de un Estado es mucho más amplia que la de su texto, dado que existen otras disposiciones contenidas en otros instrumentos internacionales o recopilaciones que también son normas de constitucionalidad. **IBÍD.** PAG. 116.

⁹⁶⁶ Esto obedece a que, desde la concepción del Estado, Eduardo Espín sostiene que el principio de legalidad supone –en su forma más genérica– que todos los poderes públicos se encuentran sometidos a la ley, sin perjuicio de la posición superior de la Constitución como voluntad del poder constituyente y norma superior del ordenamiento jurídico. El principio de legalidad constituye una plasmación, según este autor, del principio político de supremacía de la ley, mediante la cual se expresa la voluntad del titular de la soberanía representado por el parlamento. **ESPIN Eduardo.** Ob. Cit. PAG. 73.

⁹⁶⁷ **LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo. SÁNCHEZ MEJIA Astrid Liliana.** Ob. Cit. PAG. 322.

hábitos sociales de exigencia y cumplimiento de los derechos humanos⁹⁶⁹. Sin embargo, esto puede operar en asuntos posteriores a la Constitución de 1991, e incluso a la legislación penal de 2000. Pese a lo anterior, quedan pendientes los temas anteriores a estos dos fundamentos, los cuales todavía inciden sobre las actuaciones penales actuales.

En términos reales, desafortunadamente lo anterior obedece a que la estabilidad jurídica no ha sido frecuente en nuestro sistema y su vigencia ha sido observada tal vez de manera superficial, desde el punto de vista jurídico⁹⁷⁰. Esto último implica que hasta antes de la Constitución de 1991, se pudo verificar la existencia de un sistema legalista frente a una realidad incongruente con este formalismo extremo⁹⁷¹. Sobre este aspecto, es indiscutible que en el derecho nacional, tan sólo se hace alusión al régimen jurídico legal, pero no se cuestiona en el ámbito constitucional, ni en el penal, el papel de legitimidad material del derecho, más aún si este contexto obedecía, en muchos casos, a preceptos de excepción⁹⁷².

⁹⁶⁸ Este fundamento, expuesto por Diego López, en la concepción de las normas y su definición se parece más al proceso deliberativo –basado en razones, mediante la determinación contextual que señala Vives Antón, respecto del reconocimiento de bienes jurídicos susceptibles de protección– que al viejo procedimiento de subsunción automática con pretensiones de fijar conceptos generales. **VIVES ANTON Tomás S.**, Ob. Cit. PAG. 1024.

⁹⁶⁹ **LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo. SÁNCHEZ MEJIA Astrid Liliana.** Ob. Cit. PAG. 322.

⁹⁷⁰ Si bien se ha trabajado desde el punto de vista de las dificultades de legitimación del sistema penal –en Colombia–, vale la pena también además citar el otro aspecto relativo a la dogmática que encubre este sistema punitivo. Desde este ámbito también se presentan dificultades de indefinición, como lo juzga con aguda crítica Vives Antón, al indicar que esto es inadecuado para resolver las cuestiones éticas o jurídicas, pues tampoco la razón teórica (refiriéndose a la dogmática,) es suficiente para las tareas que le son propias, pues no proporcionan ni verdades incommovibles ni un conocimiento acabado del mundo. **IBÍD.** PAG. 1027.

⁹⁷¹ Legaz y Lacambra señala que esto obedece, en gran medida, al criterio de legalidad que se fundamenta en la concepción legalista del derecho que procede del siglo XIX. De esta forma, si esta ha sido la constante, tiene que configurarse en concreto frente a una nueva situación en la que es inadecuada. Si este concepto es paralelo al de legitimidad, puede suceder que se presente una ley contraria a derecho, sin moralidad o rectitud, puro legalismo pragmático, privado del espíritu de justicia, o por el contrario, se presenta una ley que contiene fundamentos de razón y justicia pero entra en colisión con otras normas del ordenamiento superior. Bajo este criterio, la legalidad materialmente entendida se cifra bajo el concepto de legitimidad. **LEGAZ Y LACAMBRA Luis.** Humanismo, Estado y Derecho. Editorial Casa Bosch. Barcelona, España. 1960. PAG.. 89 y 90.

⁹⁷² Frente a este punto es acertado afirmar la concepción de Legaz y Lacambra, quien aduce que bajo tal noción se produjo la disolución de la legitimidad en el concepto de legalidad, tal vez debido a su labor contingente, a diferencia de la legalidad de carácter inmutable. **LEGAZ Y LACAMBRA Luis.** Ob. Cit. 1960. PAG.. 92 y 93.

Frente a esta realidad, la cláusula de reenvío, creada a partir de la Constitución Política de 1991, permitió el desarrollo de mecanismos de protección de derechos; al mismo tiempo, esto sirvió de medio de control del poder punitivo del ejecutivo que, tal y como se observó en puntos anteriores, incurrió en verdaderos actos ilegítimos, incluso bajo la vigencia de la Constitución de 1886⁹⁷³. Esto puede obedecer a la tradición que, según López Medina y Sánchez Mejía, seguía niveles de constitucionalización que fueron muy bajos desde el siglo XIX hasta el XX; todo ello dada la consideración de Carta meramente política de la Constitución en Latinoamérica, sin un papel de solución de los conflictos específicos del derecho⁹⁷⁴. Esto le otorgó al sistema penal una orientación legocentrista que en el caso del principio de legalidad impidió que se pensara desde su orientación constitucional⁹⁷⁵.

En conclusión, se requería de la existencia de la cláusula de reenvío del art. 93 para conectar la legislación interna con instrumentos internacionales, y que tales fundamentos reconocieran derechos humanos⁹⁷⁶. Sobre este punto, aparecen sentencias expresas como las siguientes: C-295 de 1993; C-179/94; C-225 de 1995; C-578 de 1995 y C-327/97⁹⁷⁷. Todo esto frente a la legalidad penal que en la actualidad permite adicionar un catálogo de fundamentos protegidos por los derechos humanos, lo cual, a su turno, sirve de límite al ejecutivo en su actuación frente al sistema penal⁹⁷⁸.

⁹⁷³ Según López Medina y Sánchez Mejía, los derechos fundamentales establecidos en la propia Constitución “política” no llegaron a exhibir mayor valor jurídico durante este tiempo. A estas razones estructurales se suma, en las décadas de los setenta y ochenta, una particularmente cuestionable: en la experiencia política latinoamericana, de hecho, ningún elemento de la Constitución Política (ni siquiera la separación de poderes o la subordinación del poder militar al civil) parecía imponer límites creíbles al ejercicio del poder, por lo que regímenes total o parcialmente inconstitucionales florecieron con relativa facilidad. **LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo. SÁNCHEZ MEJIA Astrid Liliana.** Ob. Cit. PAG. 323.

⁹⁷⁴ **IBÍD.** PAG. 323.

⁹⁷⁵ **IBÍD.** PAG. 323.

⁹⁷⁶ Dentro de estas normas de Bloque de Constitucionalidad como cláusula de reenvío de los art. 93 y 94, corresponde citar los siguientes: el art. 44 (Derechos de Infancia); art. 53 convenios de la OIT; 101 tratados internacionales sobre fronteras y 214.2 Reglas del DIH, como fundamentos creadores de la teoría en desarrollo. **RAMELLI ARTEAGA Alejandro.** Ob. Cit. PAG. 31.

⁹⁷⁷ **RAMELLI ARTEAGA Alejandro.** Ob. Cit. PAG. 32.

⁹⁷⁸ Esto obedece a que la segunda mitad del siglo XX es, sin duda, el período de institucionalización de los derechos humanos en la esfera internacional. La catástrofe humanitaria de la Segunda Guerra Mundial llevó a la consagración convencional en tratados internacionales de obligaciones estatales de respeto y garantía de los derechos humanos, incluyendo una preocupación muy marcada por el núcleo de derechos individuales relacionados con el sistema penal: libertad y seguridad personales, debido proceso y protección a la intimidad entendida como inviolabilidad de comunicaciones y de domicilio. Aunque estas normas constituían verdaderas

Así, la primera parte del art. 93 de la Constitución de 1991 se refiere a los tratados y convenios que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción, los cuales prevalecen en el orden interno. En la segunda parte del artículo citado se tratan los derechos y deberes consagrados en la Constitución, los cuales se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia⁹⁷⁹.

Es de anotar que en materia penal estas cláusulas, referidas a la interpretación del bloque de constitucionalidad, se incluyen tanto en el art. 2º de la ley 599 de 2000 (Cod. PAG.) como en el art. 2º de la ley 906 de 2004 (Cod. de PP), con lo cual las dos normatividades establecen no solo la figura del bloque de constitucionalidad, sino también el concepto de dignidad humana como fundamento del sistema penal (artículo primero). Esto es contrario a la legislación anterior (Decreto Ley 100 de 1980 – Cod. Penal anterior), que iniciaba con el principio de legalidad y además no contaba con la figura del bloque de constitucionalidad.

Lo expuesto revela que ideológicamente la tradición anterior se emparentaba más con el principio de imperio de la ley y menos con el de prevalencia de la dignidad humana y los derechos humanos⁹⁸⁰. En síntesis, se puede deducir que las normas del bloque, en materia penal, incorporadas gracias a los desarrollos posteriores de la Constitución de 1991, constituyen una clausula inevitable de interpretación que irradia todos los fundamentos penales, incluido el principio de legalidad penal afectado en forma positiva tanto en su fase sustancial como procesal⁹⁸¹. Esto contrasta con el sistema de fuentes

obligaciones jurídicas, especialmente desde el momento en que los Estados adhirieron a los respectivos documentos internacionales, lo cierto es que la eficacia práctica de las mismas fue muy baja. LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo. SÁNCHEZ MEJIA Astrid Liliana. Ob. Cit. PAG. 323.

⁹⁷⁹ RAMELLI ARTEAGA Alejandro. Ob. Cit. PAG. 32.

⁹⁸⁰ Esta concepción del Derecho revela la tesis de Vives Antón, según la cual, sin el respeto efectivo a los derechos y libertades fundamentales, no hay, ni puede haber, un sistema penal legítimo. Por lo tanto, la dignidad se erige a partir de las libertades básicas como sus manifestaciones principales. **VIVES ANTON Tomás S.** Ob. Cit. 2011 PAG.. 1032 y 1033.

⁹⁸¹ En la Constitución Política de Colombia de 1991, el proceso de armonización normativa se hace explícito: en ella se incluyeron cláusulas de remisión expresa a instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, las cuales han propiciado la internacionalización del ordenamiento colombiano. Con ello puede afirmarse que solo hasta el año de 1991 el constitucionalismo colombiano respondió a la creciente necesidad política de armonizar los derechos constitucionales internos con los derechos humanos forjados en el plano internacional. LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo. SÁNCHEZ MEJIA Astrid Liliana. Ob. Cit. PAG. 325

anterior a 1991, en el cual los instrumentos de derechos humanos eran manifestaciones ordinarias de la ley y, por consiguiente, estaban por debajo de la Constitución, al igual que muchos otros instrumentos, sin que hubiese diferenciación alguna entre su naturaleza o los efectos sobre el ordenamiento jurídico⁹⁸².

Ahora bien, siguiendo la interpretación del bloque de constitucionalidad del art. 93, se puede establecer que en la primera parte de la norma se regulan los derechos pertenecientes al núcleo duro o esencial de protección de los derechos humanos, aun en situaciones de anormalidad, los cuales además no admiten limitaciones por parte del legislador extraordinario, junto con la noción de prevalencia en el orden interno⁹⁸³.

Esta cláusula sin embargo solo puede reconocerse a partir de la carta de 1991, por lo tanto su ausencia en la anterior legislación (es decir en la carta de 1886) implicó que se presentaran arbitrariedades legales en perjuicio de derechos fundamentales y del sistema penal, pese a los límites establecidos constitucionalmente para ese entonces. También se puede observar que, a pesar de la incorporación de los tratados del sistema universal y regional de derechos humanos, tales procesos ocurrieron en una época anterior a 1991, cuando el respeto en el país hacia dichos tratados era crítico y su ratificación solamente correspondía a un propósito retórico. Es más, las políticas de seguridad y la jurisprudencia del momento eran incompatibles con el cumplimiento de los compromisos internacionales signados en tales instrumentos⁹⁸⁴.

Por otro lado, el bloque constitucional sirve de punto de encuentro entre el principio de legalidad penal tradicional y las nuevas exigencias penales internas e internacionales. Permite una comunicación entre el presente y el pasado de las violaciones de derechos humanos traducidas en crímenes, algunos de carácter internacional, y las necesidades de persecuciones actuales y futuras.

Esencialmente se trata de una técnica jurídica presente en las constituciones abiertas, mediante la cual se amplía el contenido material del texto a través de una serie de cláusulas de reenvío que permiten interpretarla armónicamente, bien sea con un texto concreto (Verbigracia determinado instrumento internacional, la Declaración de Derechos

⁹⁸² IBÍD.. PAG. 324.

⁹⁸³ RAMELLI ARTEAGA Alejandro. Ob. Cit. PAG. 32.

⁹⁸⁴ LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo. SÁNCHEZ MEJIA Astrid Liliana. PAG. 324.

Humanos de 1948), un conjunto de textos como los instrumentos de la OIT o tratados de derechos humanos que prohíben su limitación en estados de excepción⁹⁸⁵. También puede versar sobre un principio (dignidad humana) o un conjunto de principios (por ejemplo, los principios del derecho internacional). Incluso puede haber un reenvío sucesivo de la Constitución al preámbulo y de allí a un conjunto de principios⁹⁸⁶.

En el sistema penal colombiano, el bloque de constitucionalidad se presenta como una respuesta a muchos problemas complejos asociados a la interpretación de los instrumentos internacionales que causaban efectos en materia de legalidad. De este modo, la figura es relevante no solo por su pertenencia a la carta política (art. 93), sino también a la legislación penal donde ha sido situada otra cláusula de reenvío en el mismo sentido (art. 2º del Cod. Penal y art. 2º del Cod. de PPAG.). En este orden de ideas, se puede observar una importante armonización legislativa para su cabal procedencia frente a todos los mecanismos de protección que se derivan en virtud del ejercicio de la potestad punitiva del Estado. De este modo se puede evidenciar que cada carta política decide el alcance de las cláusulas de reenvío; así, por ejemplo, mediante el art. 55 de la Constitución de 1958, Francia señaló que los tratados internacionales cuentan con un rango supra legal, no constitucional, y están condicionados por la reciprocidad⁹⁸⁷.

De otra parte, la Corte Constitucional ha señalado que el bloque de constitucionalidad sirve de límite, al margen del cual goza el legislador, para la configuración normativa de los comportamientos sociales que deban ser erigidos en un tipo penal. Este margen de discrecionalidad, según la Corte, no es infinito, por cuanto el bloque de constitucionalidad constituye el límite axiológico al ejercicio del mismo. Por esta razón, la definición de tipos y procedimientos penales debe respetar, ante todo, el ordenamiento superior referente a los derechos y la dignidad de las personas⁹⁸⁸. Frente a esta figura, el artículo 10 de la ley 599 de 2000 señala el alcance de la tipicidad al indicar que la ley penal definirá, en forma inequívoca, las características básicas del tipo penal e incluso señala deberes especiales

⁹⁸⁵ **RAMELLI Arteaga Alejandro.** Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable en Colombia. Editorial GIZ. Universidad de los Andes. Embajada de la República Federal de Alemania. Primera Edición Bogotá 2011. PAG.. 27 Y 28.

⁹⁸⁶ IBÍD. PAG.. 27 Y 28.

⁹⁸⁷ "Art. 55. Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán desde el momento de su publicación una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado de su aplicación por la otra parte". RAMELLI Arteaga Alejandro. Ob. Cit. PAG. 29.

⁹⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-205 de 2003. M.PAG. Clara Inés Vargas.

del legislador en los casos de los delitos de omisión que deben estar consagrados y delimitados en la Constitución o en la ley⁹⁸⁹. En el orden interno este principio, que se proyecta en virtud de la conducta penal (art. 9º, ley 599 de 2000), constituye un mecanismo necesario para su configuración⁹⁹⁰; y, de acuerdo con lo analizado, atiende los presupuestos internacionales señalados⁹⁹¹ para definir el alcance tanto del juzgador como del intérprete en su delimitación⁹⁹².

Lo cierto es que debido a la multiplicidad de influencias internacionales y a los enlaces generados a través del bloque de constitucionalidad, se pueden presentar variaciones en este aspecto que a su vez podrían incidir en el sistema, más si se tiene en cuenta que alrededor de todo este tema gira la impunidad, la imprescriptibilidad, las graves violaciones de derechos humanos (traducidas en crímenes internacionales) y la necesidad de persecución de tales acontecimientos bajo un contexto de impunidad notorio, a partir de otra variable presente como lo es el conflicto armado.

Desde una visión integral, se puede afirmar que todos estos puntos convergen en los elementos traducidos en la ley, las exigencias de precisión mencionadas y su persecución e interpretación internacional en la actualidad. Tal vez, en este acercamiento a la problemática, el primer mecanismo que permite este enlace se desarrolla a través de la figura del bloque constitucional, lo cual puede ser o no tolerable frente al sistema. La

⁹⁸⁹ Ley 599 de 2000. Art. 10. Tipicidad. "La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley [...]".

⁹⁹⁰ A partir del principio de certeza de la ley, tal y como lo han sostenido diversos autores (Fernández Carrasquilla J.), la misma se cumple en la medida en que se elaboren leyes incriminadoras con tipos determinados o ciertos, los cuales deben tener un lenguaje sencillo, claro y preciso, describiendo acciones verificables empíricamente. Esta definición, según Fernández Carrasquilla J., implica que el contenido de esta ley previa, no sea de cualquier índole, de lo contrario, su definición quedaría en manos del juez. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan. Ob. Cit. 2000 PAG.. 136 y 141.

⁹⁹¹ Pese a la amplitud de interpretación que se genera en virtud del bloque de constitucionalidad, no se sobrepasan los límites legales impuestos en materia penal). Sobre la ley cierta existe coincidencia en la doctrina nacional al advertir que tanto los delitos, como las penas y medidas de seguridad, deben estar consagradas de manera clara, precisa y determinada en el derecho positivo, como parte integrante del debido proceso (art. 29, CP) para quienes incurran en comportamientos, actos o hechos proscritos en la Constitución y la ley. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-211 de 1º de marzo de 2000.

⁹⁹² Este supuesto coincide con lo establecido en el inc. 3º, art. 28; inc. 1º, art. 34 CPC y el art. 10º. También frente a la legalidad de la pena se puede consultar a C.PAG. VELASQUEZ VELASQUEZ Fernando 2002 Ob. Cit. PAG.. 58 y 59; FERNANDEZ CARRASQUILLA Juan. Ob. Cit. 2000 PAG.. 137 – 141.

figura en concreto tiene influencia en el principio de legalidad actual. En el siguiente capítulo se anotarán los presupuestos objeto de cuestionamiento.

1.2. Configuración de la legalidad penal en virtud del bloque de constitucionalidad

En materia penal cada vez son más las remisiones internacionales. Por ejemplo se presentan casos de reenvío hacia las disposiciones que conforman el bloque de constitucionalidad, en tanto constituyen principios rectores (art. 3º, CPP), como por ejemplo en caso de ruptura de la cosa juzgada (art. 21, CPP)⁹⁹³. En este sentido, en la ruptura de la cosa juzgada material, no necesariamente se ha producido un fenómeno de relativización, término que por demás ha causado confusión en el derecho interno en materia penal.

Ahora, frente al principio de legalidad penal, se observa una ampliación en cuanto a las garantías procesales de persecución o enjuiciamiento penal, todo ello para revelar la importancia en la fase procesal del principio referido. En este sentido la ampliación interpretativa actual, sigue siendo cuestionada, toda vez que los instrumentos internacionales que interfieren en dicho fenómeno, requieren de una comprensión adicional para determinar la naturaleza de las tipidades penales de alcance internacional.

De otra parte, el bloque de constitucionalidad ha servido para fijar competencias al Ministerio Público, en relación con la definición, en diversas jurisdicciones, frente a procesos llevados a cabo por graves violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario –DIH- (numeral 1º, Literal e) del art. 111 del CPP). Este asunto es imprescindible, toda vez que el punto de atención, en este caso, se debate precisamente en la naturaleza de los actos objeto de juzgamiento; por lo que se trata de decidir si prevalece la violación para proteger a las víctimas o el sistema penal para determinar unos límites como los mencionados. En definitiva, este asunto corresponde a otra de las variables por las cuales el principio de legalidad se enfrenta a situaciones que le imponen nuevas exigencias, en este contexto, internacionales.

⁹⁹³ RAMELLI Arteaga Alejandro. Ob. Cit. PAG. 29.

También se presentan fenómenos asociados a la interpretación del bloque de constitucionalidad, en la ampliación del derecho de defensa (art. 125 del CPP) y en el ejercicio de la acción de revisión. En este sentido se presentan antecedentes relacionados con decisiones de instancias internacionales de supervisión y control de derechos humanos, respecto de las cuales el Estado colombiano aceptó su competencia (art. 192.4 del CPP)⁹⁹⁴. Sobre este aspecto se presenta una jurisprudencia (en materia penal) más o menos uniforme, y no hay mayores cuestionamientos en la actualidad. Se presenta una ampliación del sistema en términos más o menos tolerables.

En relación con la parte general del Código Penal (ley 599 de 2000), el art. 2º también establece la integración de las normas de la legislación penal con los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. El bloque, en síntesis, tiende puentes de enlace entre el derecho interno y la legalidad internacional para la realización de los contenidos materiales de unos principios y valores que permiten crear verdaderos Estados de derecho⁹⁹⁵. Es importante este enlace, pues verifica que las situaciones internas (en materia penal) pueden escapar de las exigencias del orden internacional, en materia de protección de derechos humanos y justicia material.

No obstante, habrá que verificar hasta qué punto es posible la ampliación señalada y los enlaces entre el orden internacional y el orden interno, más allá de las consecuencias indicadas desde el punto de vista constitucional. Igualmente, vale la pena observar con precisión las consecuencias en materia de definición de conductas, de penas y su persecución.

Bajo la cláusula actual del art. 93, no solo los límites al poder punitivo imponen fundamentos claramente definidos en el terreno de los derechos humanos, sino que además la norma mencionada, puede servir de herramienta para que sea posible decidir sobre situaciones jurídicas indefinidas en la actualidad producidas en el pasado. Todo esto atendiendo la verificación de la norma vigente en el momento de los hechos y en el test de legitimidad que pueda hacerse de ella. Más adelante se ampliará este concepto con la fórmula precisa para tal efecto. Por último, en el segundo grupo aparecen los

⁹⁹⁴ También aparecen remisiones al bloque en la ampliación de las reglas de exclusión probatoria (art. 276 del CPP), en las limitaciones del principio de oportunidad (parágrafo 3º del art. 324 del CPP) y finalmente al establecer reglas de interpretación en el deber a las autoridades investigativas y judiciales de cooperación con la CPI (art. 484 del CPP). RAMELLI Arteaga Alejandro. Ob. Cit. PAG. 29.

⁹⁹⁵ IBÍD.. PAG.. 29 y 30.

demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos que sirven como criterio de interpretación de derechos fundamentales.

De igual forma, frente a este nuevo concepto de derechos fundamentales en derecho penal, Ramelli señala que existen cláusulas de salvaguardia, según las cuales, los Estados pueden sustraerse del cumplimiento de ciertas obligaciones convencionales cuando quiera que sobrevengan situaciones imprevistas (guerra exterior, peligro público, amenaza a la integridad del Estado, etc.)⁹⁹⁶. En estos casos se puede citar la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 27), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4º), etc.⁹⁹⁷. No obstante lo anterior, esta obligación no es absoluta y los límites se centran en las graves violaciones a los derechos humanos. Así mismo, en este grupo se citan también los tratados del DIH, debido a que se deben aplicar en situaciones de anormalidad, por ejemplo: los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, sus dos protocolos adicionales de 1977 y la Convención Contra el Genocidio de 1948⁹⁹⁸.

Este proceso de integración de tales fundamentos al ordenamiento interno, y que propicia esta relación de prevalencia, se produjo inicialmente en la discusión presentada entre el art. 4º y el art. 93 de la Carta. En efecto, en el primero se establecía la primacía del texto constituyente sin ninguna remisión, y en el segundo se incorpora la cláusula de reenvío del art. 93, junto con otras cláusulas de la Carta. Tal inconformidad implicó la discusión que se saldó, entre otras sentencias, con la decisión C-225 de 1995 que afirmó la existencia de un bloque de constitucionalidad entre los arts. 93 y 214 de la Carta.

Según la Corte Constitucional en la decisión mencionada, el bloque de constitucionalidad “está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma

⁹⁹⁶ RAMELLI ARTEAGA Alejandro. Ob. Cit. PAG. 32.

⁹⁹⁷ IBÍD. PAG. 32.

⁹⁹⁸ Otros tratados de derechos humanos que carecen de salvaguardias corresponden a: 1) numerosos tratados de la OIT. 2) Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. 3) La Convención de Derechos de la Mujer. 4) La convención de Belém do Pará. 5) El Protocolo de San Salvador. IBÍD.. PAG. 33.

diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu⁹⁹⁹. Con ello se estableció que el artículo 4º permanecía abierto al contenido que se traducía a través de la cláusula de reenvío del art. 93. Y de allí en adelante fue utilizado bajo una dogmática sencilla de remitir el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) a la existencia del bloque de constitucionalidad¹⁰⁰⁰.

Este concepto permitió el desarrollo de la teoría sobre el bloque citado, la cual obedeció a las tres etapas en que la Corte Constitucional pudo establecer sus fundamentos específicos. Así, en una primera etapa (1992 – 1995) se refería a elementos susceptibles de interpretación, provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, los cuales se encontraban presentes en la Constitución¹⁰⁰¹. En una segunda etapa (1992 a 1995), la Corte empezó a mencionar el valor supralegal del bloque de constitucionalidad para finalmente arribar a una tercera etapa, en la que se definen de manera concreta las normas correspondientes al bloque en sentido estricto y aquellas que pertenecen al bloque en sentido lato¹⁰⁰².

En suma, se pudo establecer que los instrumentos internacionales provenientes del DIDH, corresponden al primer grupo y no admiten ser limitados en situaciones de anormalidad (Art. 93.1), así como también, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Los del segundo grupo 93.2. hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato¹⁰⁰³.

Bajo este panorama, las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad, en sentido estricto, son aquellas que sin aparecer formalmente en el texto constitucional se utilizan como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes y son integradas a la Constitución por diversas vías. Igualmente se trata de normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que pueden a veces contener diversos mecanismos de reforma¹⁰⁰⁴.

⁹⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-225 de 1995. M.PAG. Alejandro Martínez Caballero

¹⁰⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-225 de 1995. M.PAG. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁰¹ LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo. SÁNCHEZ MEJÍA Astrid Liliana. Ob. Cit. PAG. 329 Y 330

¹⁰⁰² IBÍD. PAG. 330.

¹⁰⁰³ RAMELLI ARTEAGA Alejandro. Ob. Cit. PAG. 33.

¹⁰⁰⁴ IBÍD.. PAG. 34.

Desde este punto de vista se sitúan los instrumentos de derechos humanos y las graves violaciones del DIH, los cuales constituyen elementos de interpretación (en materia penal) que confrontan las variables objeto de estudio, a saber: por un lado, el elemento conflicto armado de donde derivan los derechos susceptibles de protección en el DIH; y por otra parte, la categoría de las violaciones y los crímenes internacionales; todos ellos dentro de un contexto que se presenta especialmente en los últimos 35 años en nuestro país¹⁰⁰⁵. Lo anterior, sin desconocer que en la presente investigación se observa como punto de referencia el conflicto armado interno desde 1948; sin embargo, las obligaciones internacionales en materia penal, exigibles en la actualidad, tan solo se pueden establecer precisamente en los últimos 35 años, atendiendo las diversas variables analizadas en el capítulo V.

Por su parte, los instrumentos pertenecientes al bloque de constitucionalidad en sentido lato son un parámetro de control de constitucionalidad del derecho interno, tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias (es una jerarquía intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias) y forman parte de este, gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional¹⁰⁰⁶. Aquí también aparecen elementos de interpretación en materia de legalidad penal, sin embargo su remisión de segundo nivel no causa los conflictos enunciados anteriormente¹⁰⁰⁷. Más adelante se

¹⁰⁰⁵ Dentro de la siguiente línea jurisprudencial, elaborada por López Medina y Sánchez Mejía, se identifican claramente las normas de derechos humanos y del DIH que corresponden al bloque de constitucionalidad. "Forman parte del Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto: El preámbulo (Corte Constitucional, sentencia C-582 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero); El articulado de la Constitución (Corte Constitucional, sentencia C-582 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero); Las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, con fundamento en el artículo 93 (Corte Constitucional, sentencias C-225 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; C-358 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-191 de 1998, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, C-582 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, C-200 de 2002, M.P.: Álvaro Tafur Galvis). El derecho internacional humanitario, de acuerdo con el artículo 214 (Corte Constitucional, sentencias C-225 de 1995; M.P.: Alejandro Martínez Caballero; C-578 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-135 de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero; C-582 de 1999, M.PAG.: Alejandro Martínez Caballero). Tratados de límites Territoriales, según el artículo 102 (Corte Constitucional, sentencias C-191 de 1998, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, C-1022 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero). Algunos convenios de la OIT ratificados por Colombia, a través de la interpretación armónica de los artículos 53 y 93 inciso 2 (Corte Constitucional, sentencia C-280 de 2007)". LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo. SÁNCHEZ MEJIA Astrid Liliana. Ob. Cit. PAG. 330.

¹⁰⁰⁶ RAMELLI ARTEAGA Alejandro. Ob. Cit. PAG. 34.

¹⁰⁰⁷ Según la jurisprudencia de constitucionalidad, la línea elaborada por López Medina y Sánchez Mejía advierte que "forma parte del bloque de constitucionalidad en sentido Lato: Las leyes orgánicas, con base en el artículo 151 (Corte Constitucional, sentencias C-191 de 1998, M.PAG.: Eduardo Cifuentes Muñoz, C-582 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero). La Ley Estatutaria de Estados de Excepción, teniendo en cuenta los artículos 152, 153 y 214 (Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Díaz; Sentencia C-191 de 1998, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-578 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz;

volverá sobre este asunto, toda vez que las múltiples relaciones que se generan entre el bloque en sentido estricto y el bloque en sentido lato representan la mayor parte de las soluciones actuales a la interpretación de los crímenes internacionales, sobre todo los relativos al pasado punitivo de las conductas analizadas.

1.3. Las decisiones de legalidad penal bajo la fórmula de *ius cogens*

A nivel de decisión judicial, pueden resultar débiles los pronunciamientos para dar prevalencia a principios internacionales, como por ejemplo las reglas de *ius cogens*, como fundamento para proceder a la imprescriptibilidad, dado que dicho fundamento también ostenta el carácter de norma constitucional y por lo tanto se encuentra en el mismo nivel de los instrumentos internacionales en virtud del bloque de constitucionalidad. Es decir se está planteando la discusión en términos de norma constitucional perteneciente al bloque, lo cual puede resultar carente de apoyo en la decisión constitucional, justamente porque se vulnera el principio de reserva legal, pese a su desarrollo en el DIH¹⁰⁰⁸.

En este caso de aplicación especial del Bloque de Constitucionalidad, los fundamentos base de este principio de *ius cogens*, se encuentran recogidos en las Sentencias C-574 de 1992¹⁰⁰⁹ y C-225 de 1995, por lo cual sus efectos habrán de tomarse conforme a los

Sentencia C-582 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-708 de 1999, M.P.: Álvaro Tafur Galvis". LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo. SÁNCHEZ MEJIA Astrid Liliana. Ob. Cit. PAG. 331.

¹⁰⁰⁸ De acuerdo con la Corte Constitucional, al tenor del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, se entiende por norma *iuscogens* o norma imperativa de derecho internacional general: "una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". Por ello, según este mismo artículo de la Convención de Viena, todo tratado que contradiga esos principios es nulo frente al derecho internacional. Esto explica por qué las normas humanitarias deben ser obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si estos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁰⁹ En síntesis, los principios del derecho internacional humanitario, plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, hacen parte del *iuscogens* o derecho consuetudinario de los pueblos, ampliamente aceptado por la comunidad internacional por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional. En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de derecho internacional, como se analizará con algún detalle más adelante. De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios. El derecho internacional humanitario es, ante todo, un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el

límites planteados en tal decisión que se relacionan justamente con el alcance de las reglas del Derecho Internacional Humanitario, en concordancia con el orden interno¹⁰¹⁰. Al parecer este es el mayor inconveniente, nuevamente relacionado con la reserva legal, tanto para el primer problema generado con la indefinición de delitos de lesa humanidad como para la declaratoria de imprescriptibilidad a partir de este fundamento. Más aún, de lo anterior se deriva una cláusula demasiado general que se encuentra restringida para crear tipos penales y determinar sus efectos con fines retroactivos, que es el problema principal, pues los fundamentos del ER y de la ley 1719/2014 son posteriores a muchos sucesos de tal naturaleza¹⁰¹¹.

En otras palabras, desde la comisión de crímenes de lesa humanidad, anterior a la vigencia de instrumentos internacionales como del ER, persisten las dudas sobre la posibilidad de declarar la regla de *iuscogens* para proceder a su imprescriptibilidad, sobre todo en razón de la indeterminación de dicha cláusula, a diferencia del ER que ostenta unos elementos perfectamente definidos en el derecho internacional.

En todo caso para hechos anteriores a la vigencia del ER, resta el recurso de la violación de derechos humanos, fundamento que implica analizar su integración constitucional por medio del reenvío, para los efectos del sistema penal, sin causar mayores traumatismos

ordenamiento positivo. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-574 DE 28 de octubre de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

¹⁰¹⁰ El derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. En este sentido, la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. Así, esta Corporación, en las sentencias citadas y en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacional, ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del *iuscogens*. Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰¹¹ El fundamento de prevalencia de las normas del DIH, por pertenecer a principios consuetudinarios derivados de *iuscogens*, lo dispuso la Corte Constitucional al señalar que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP, arts. 93 y 214, numeral 2º) es que estos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP, art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP, art. 93). Es decir, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores. IBÍD.

en el principio de legalidad penal. Este asunto es una discusión distinta de la regla de *iuscogens* analizada y por lo tanto merece otro espacio para su resolución.

En todo caso se puede adelantar que en el caso del palacio de justicia justamente se usó la fórmula del *ius cogens* prevalente junto con el PIDCYP y el bloque de constitucionalidad para hallar la prohibición de la conducta internacional en el momento de los hechos y luego realizar la subsunción en la desaparición forzada del código de 2000, dada la actualidad de la conducta permanente ejercida en este caso (Decisión de 30 de noviembre de 2012 TSB).¹⁰¹² Esta misma fórmula fue reiterada en la decisión de casación pese a la absolución del procesado, toda vez que en la misma, se reiteró la existencia de conductas de lesa humanidad como la desaparición forzada y la posibilidad de su persecución, en virtud de que constituyó para esa época, una violación de derechos humanos y un crimen internacional. El fallo aludido correspondió a la sentencia de 16 de diciembre de 2015¹⁰¹³, que resulta de suma importancia para el tema tratado, pues constituye uno de los primeros fallos en reconocer la posibilidad de extensión de la legalidad penal.

La sentencia anterior de 2015 (16.12.), reitera a su vez la decisión de 16 de diciembre de 2010, mediante la cual la CSJ incluyó dentro de estas posibilidades la invocación de instrumentos como el PIDCYP, pero sólo en los casos de los crímenes internacionales más graves (Genocidio, Lesa Humanidad, Crímenes de Guerra, Agresión)¹⁰¹⁴. Adicionalmente, todas las decisiones citadas se respaldan en la actualidad con la decisión de 14 de noviembre de 2014, mediante la cual, la Corte IDH fallo en favor de las víctimas

¹⁰¹² Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal. Sentencia de 30 de enero de 2012. M.PAG. Procesado: Luis Alfonso Plazas Vega. Delito: Desaparición Forzada. Motivo de alza: Apelación sentencia condenatoria

¹⁰¹³ En efecto, pese a la decisión absolutoria del Coronel Plazas, la decisión descartó los reparos de violación a la legalidad penal por la persecución del delito de desaparición forzada para la época de los hechos 6 de noviembre de 1985. **COLOMBIA Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal**. Radicación nº 38957. Sentencia de 16 de diciembre de 2015. M.PAG. Luis Guillermo Salazar Otero. En este sentido se reitera al inicio frente a la nulidad solicitada la línea jurisprudencial trazada desde 1997 mediante la cual la Corte Constitucional inicia la discusión sobre la persecución de los delitos de lesa humanidad. En la misma se define que los mismos no pueden ser conocidos por la justicia militar, en razón que constituyen una grave violación de derechos humanos contenida en tratados internacionales. **COLOMBIA. Corte Constitucional**. Sentencia C-358 de 5 de agosto de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰¹⁴ Indudablemente con la decisión de extender el principio de legalidad bajo los fundamentos del derecho internacional contenidos en el PIDCYP se reitera una postura que finalmente guarda una tendencia hasta la decisión actual de 16 de diciembre de 2016 en el caso del palacio de justicia. Para tales efectos favor consultar el siguiente fallo: **COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia**. Sala de Casación Penal. Sentencia de 16 de diciembre de 2010. Rad. Nº 33039. M.P. José Leonidas Bustos.

para que persistiera la investigación¹⁰¹⁵. En todo caso, esta última decisión corresponde igualmente a otro fenómeno relacionado con la legalidad penal, toda vez que supone una excepción a la cosa juzgada, hasta tanto no se juzguen los asuntos relacionados con la desaparición forzada de 11 personas el 6 y 7 de noviembre de 1985.

Más adelante se ahondará sobre tales aspectos. Como soporte adicional, es posible adicionar los efectos de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas de 1994, en razón de que los hechos para la época de vigencia del instrumento aludido todavía se encontraban bajo la situación de conductas de ejecución permanente y por tanto sus efectos se encontraban vigentes, sobre todo los de la posibilidad de persecución de tales conductas que a su turno constituyen una violación de Derechos Humanos y un crimen internacional¹⁰¹⁶.

2. La justicia transicional: otro puente entre la justicia penal interna y la justicia internacional, en materia de legalidad penal

El último factor correspondiente a la Justicia Transicional, genera consecuencias en forma indudable frente al principio de legalidad penal. En efecto, en este campo, se puede aseverar que permanece con mayor énfasis el fenómeno de ampliación de principios internos, asunto que también puede calificarse como otra forma de excepción¹⁰¹⁷. Sobre el particular, es preciso mencionar que la Ley de Justicia y Paz, ante el escenario interamericano, no puede considerarse como una ley de impunidad absoluta, ni una amnistía, ni un indulto, toda vez que cumple con las exigencias de protección judicial, en relación con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁵ **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia). Sentencia de 14 de noviembre de 2014.

¹⁰¹⁶ La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas fue suscrita el 9 de junio de 1994. Ratificada mediante depósito de instrumentos el 12 de abril de 2005. Ley aprobatoria 707 de 2001. **COLOMBIA Corte Constitucional**, Sentencia C-580 de 31 de julio de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰¹⁷ La CIDH, en el informe rendido frente a la ley de justicia y paz, señaló en sus conclusiones y recomendaciones que la decisión de la Corte Constitucional mejora de manera sustancial el balance originalmente establecido en la Ley 975 de 1995. Pronunciamiento de la CIDH sobre la aplicación y el alcance de la ley de Justicia y Paz en la República de Colombia.OEA/Ser/L/V/II.125 Doc. 15 1 agosto 2006 Original: Español. Disponible en: www.cidh.org/pdf%20files/Pronunciamiento%20Ley%20de%20Justicia%20y%20Paz.pdf

¹⁰¹⁸ En justicia y paz se desarrollan los derechos prevalentes en el sistema interamericano, relativos a la efectiva protección judicial (arts. 8º y 25 de la CADH). De igual forma se advierte cómo la ley 975 tampoco

Según el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ en inglés), es importante destacar que procesos como los generados en virtud de la ley 975 de 2005 se basan en el pleno reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, los cuales se soportan en normas de derecho internacional humanitario y de derechos humanos que exigen que los Estados detengan, investiguen, castiguen, reparen e impidan los abusos. Es decir, los fundamentos de este tipo especial de justicia transicional, nuevamente imponen exigencias a la justicia penal efectiva y por ende a las garantías criminal y de enjuiciamiento como factores integrantes del principio de legalidad penal. Estas iniciativas se centran en las necesidades de las víctimas y sus familias, lo cual se observa en los principios concebidos en la ley 975 de 2005, que fue desarrollada bajo toda la estructura jurídica internacional de resolución de conflictos y de reconstrucción de los derechos humanos¹⁰¹⁹.

La ley objeto de estudio constituyó el marco legal mediante el cual el gobierno nacional y los principales grupos paramilitares y de autodefensa, terminaron el proceso de negociación iniciado a finales de 2002¹⁰²⁰. Dicho proceso inició con la desmovilización de grupos organizados al margen de la ley y convocó inicialmente a los grupos de autodefensa. Posteriormente, también se presentó la desmovilización de grupos guerrilleros y en la actualidad todavía genera efectos en el marco jurídico para la solución del conflicto armado. Su vigencia tiene algunas condiciones para los miembros desmovilizados, con el fin de generar penas alternativas y finalmente dar por culminadas sus acciones armadas en el escenario del conflicto armado.

Así mismo, los fundamentos de la ley 975, en el estándar regional, buscan establecer un equilibrio entre el sistema de incentivos legales para la desmovilización, a través de la morigeración de penas y los principios de verdad, justicia y reparación que hacen parte de

puede ser considerada como una ley de impunidad. AMBOS Kai. El Marco Jurídico de la Justicia de Transición. Edit. Temis S.A. Bogotá D.C. 2008. PAG.. 175 a 185.

¹⁰¹⁹ Este concepto aparece en la ley 782 de 2002. CFR. 4. Los Derechos a la Paz, la Verdad, la Justicia y la Reparación en el Derecho Internacional y en la Jurisprudencia Constitucional e Interamericana. **Corte Constitucional. Sentencia C-370** de 18 de mayo de 2006, Magistrados Ponentes Drs. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰²⁰ Los orígenes de Justicia y Paz se encuentran en: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/direccion-de-fiscalia-nacional-especializada-de-justicia-transicional/origen-de-la-unidad/> Consultada el 14.02.2015.

las obligaciones internacionales del Estado¹⁰²¹. La ley de justicia y paz, al intervenir graves atentados de derechos humanos representados en crímenes relevantes a nivel internacional, ha generado profundos desarrollos que involucran la codificación penal tanto en la definición de conductas y la fijación de la pena como también en el proceso promovido en tales instancias.

Algunos no reconocen esta justicia como parte del sistema punitivo; sin embargo, si se observa con detenimiento, la ley 975/2005 irrumpió en el ordenamiento jurídico para generar efectos en el estatuto punitivo, de lo contrario no habría tenido que darse esta ley especial, sino que los fundamentos de la codificación penal habrían sido suficientes con unas mínimas cláusulas transicionales. Además, en ella no solo median principios de integración entre la Ley de Justicia y Paz y el sistema penal vigente, sino que también se adicionan medidas sobre delitos y se determinan requisitos de un proceso que culmina con la imposición de una sanción de naturaleza punitiva.

Atendiendo las características citadas, su naturaleza indudablemente reside en supuestos pertenecientes a la justicia penal. Más adelante se analizará este factor, sobre todo en las consecuencias de sus sentencias; empero, negar esta naturaleza por lo menos en su estructura es bastante difícil. A continuación, se examinarán sus aspectos más relevantes.

2.1. Elementos estructurales de la legalidad penal de la Ley de Justicia y Paz

Fundamentalmente la ley 975 de 2005, en adelante de justicia y paz, es el marco legal para juzgar los delitos atroces¹⁰²² cometidos por miembros de grupos armados

¹⁰²¹ “La Ley de Justicia y Paz precisa los requisitos para acceder a la pena alternativa y para preservarla en el futuro, sin exponerse a su revocación. Desincentiva el ocultamiento de información y promueve que las confesiones sean veraces y completas. También mejora las condiciones para que la Fiscalía pueda investigar adecuadamente los hechos, y amplía la posibilidad de que las víctimas puedan participar en los procedimientos y obtener reparación. Consecuentemente, la decisión de la Corte constituye una herramienta esencial para que el marco legal pueda ser implementado en concordancia con las obligaciones internacionales del Estado”. Pronunciamiento de la CIDH. Informe Citado. Disponible en: www.cidh.org/pdf%20files/Pronunciamiento%20Ley%20de%20Justicia%20y%20Paz.pdf. Consultada el 30.10.2014.

¹⁰²² Crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad como masacres, secuestros, asesinatos torturas, desapariciones forzadas, desplazamientos forzados, violencia sexual y demás atentados contra la dignidad humana. CFR. Arts. 7º y 8º E.R. En escenarios muy particulares también puede ser considerado el crimen de Genocidio. Art. 6º E.R.

organizados al margen de la ley que quieran dejar las armas y reinsertarse a la vida civil. El objetivo primordial de esta ley consiste en que las víctimas de los actores mencionados puedan tener garantizados sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición¹⁰²³. Estos nuevos principios adicionan un concepto de interés de justicia internacional necesario, que promueve nuevas medidas sobre todo en la legalidad penal, tanto procesal como sustancial. Lo anterior, por cuanto en este escenario se requiere de un mínimo de justicia material para reconocer sobre todo a las víctimas de los graves atentados, que no tienen otro mecanismo válido punitivo para satisfacer sus necesidades en este sentido¹⁰²⁴.

De igual forma, la Ley de Justicia y Paz forma parte de un marco más amplio de normas que desarrollan los procesos de desmovilización individual o colectiva de los grupos armados ilegales y de su reinserción a la vida institucional y social¹⁰²⁵. Básicamente la Ley de Justicia y Paz establece un procedimiento judicial en materia penal, que parte de la investigación de los delitos cometidos por el desmovilizado durante su pertenencia al grupo armado ilegal¹⁰²⁶. Así mismo, la confesión de los delitos se realiza en una diligencia especial, denominada versión libre. Luego de tal diligencia y de la verificación de la información en la investigación que inicia la Fiscalía, se somete al procesado a la aceptación en la formulación de cargos¹⁰²⁷. Una vez se formulan los cargos por parte de la Fiscalía y estos han sido aceptados por el postulado, los magistrados de las salas de

¹⁰²³ Las conclusiones del Informe CIDH, señalan que “la versión libre rendida por quienes se acojan a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz debe ser completa y veraz, y debe incorporar el derecho a conocer las causas y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los crímenes fueron cometidos, a fin de asegurar el derecho a la verdad” Disponible en:

www.cidh.org/pdf%20files/Pronunciamiento%20Ley%20de%20Justicia%20y%20Paz.pdf

¹⁰²⁴ Las conclusiones del Informe CIDH también indican que se debe preservar “el derecho de las víctimas a participar en todas las diligencias procesales establecidas en la Ley de Justicia y Paz [...]”.Ibíd.

¹⁰²⁵ CONOCER PARA DEFENDERSE. Cartilla de capacitación e información sobre los Derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Edit. Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CIJUS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. USAID. Bogotá D.C. 2007. pág. 13.

¹⁰²⁶ Del mismo modo, se establecen los siguientes deberes para los desmovilizados: “[...] 3. El deber de quienes se acojan a la Ley de Justicia y Paz el [sic] revelar el paradero de los desaparecidos; y reparar a las víctimas con su propio patrimonio, incluyendo el patrimonio legal, respecto del cual proceden medidas de tipo cautelar”. Conclusiones Informe CIDH. Disponible en:

www.cidh.org/pdf%20files/Pronunciamiento%20Ley%20de%20Justicia%20y%20Paz.pdf

¹⁰²⁷ Artículos 16 a 28 ley 975 de 2005. Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005.

justicia y paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial deciden sobre la imposición de una pena, de acuerdo con los criterios establecidos en la ley¹⁰²⁸.

En el proceso de formulación de cargos se han realizado importantes desarrollos, sobre todo en la definición de conductas que revisten connotación internacional. Por ejemplo, en las líneas trazadas por justicia y paz en las decisiones adoptadas en el momento, se menciona el alcance internacional de la conducta frente a crímenes internacionales. Desde luego este ejercicio reviste una formulación ampliada de la legalidad penal que resulta propicia y tolerada en este escenario de justicia y paz. Lo relevante sería analizar si esto puede ser asimilado en la naturaleza de la legalidad penal ordinaria.

Siguiendo el orden expuesto, en la sentencia condenatoria se fija la pena principal y las penas accesorias. Adicionalmente se incluirá una pena alternativa prevista, que no podrá ser inferior a 5 años ni superior a 8 años, atendiendo la colaboración y cumplimiento del desmovilizado, conforme a los requisitos de postulación como por ejemplo la veracidad en las versiones sobre los delitos cometidos con ocasión a su pertenencia al grupo armado ilegal. Se tiene en cuenta también la observación de un comportamiento por el término que disponga el Tribunal, para cumplir con las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación¹⁰²⁹. En este sentido se advierte –de forma preliminar– otro elemento de flexibilidad penal frente al proceso y a la pena, en los términos alternativos que desarrolla el estatuto especial comentado (Ley 975/2005).

¹⁰²⁸ Para las autoridades públicas se establecen las siguientes exigencias frente al proceso: “[...] 6. Los Fiscales Delegados de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y Paz contarán con un plazo razonable para investigar los delitos y que una vez que haya completado el programa metodológico pedirán al magistrado respectivo que convoque la audiencia de imputación [...] Asimismo, la CIDH mantiene su preocupación sobre un número de aspectos relacionados con la aplicación e implementación uniforme de la Ley de Justicia y Paz y la reparación de las víctimas del conflicto, incluyendo la devolución de tierras y recomendando a medidas específicas en este sentido”. Informe CIDH. Ob. Cit. Disponible en: www.cidh.org/pdf%20files/Pronunciamiento%20Ley%20de%20Justicia%20y%20Paz.pdf.

¹⁰²⁹ Los requisitos especiales para la fijación de la pena alternativa se describen en los artículos 24 y 29 de la ley 975 de 2005. Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005.

2.2. Las modificaciones necesarias en la justicia transicional. Desarrollo de nuevos contextos de legalidad penal

En síntesis, en la estructura de la ley 975 de 2005 se observa, desde el art. 1º, el propósito de facilitar los procesos de paz y la reincorporación a la vida civil de miembros de grupos armados ilegales al margen de la ley¹⁰³⁰. En algunos casos se adicionan también reformas institucionales, que incluyen la depuración administrativa respecto a funcionarios corruptos, incompetentes o con registros de abusos pertenecientes a la policía, a los servicios de seguridad, a las fuerzas armadas, al poder judicial y a otras instituciones públicas¹⁰³¹. Este proceso consiste en excluir de cargos públicos a las personas de las que se sabe han cometido abusos en materia de derechos humanos o participado en prácticas de corrupción.

Otro aspecto de la transición, señala el establecimiento de medidas de reparación simbólicas, construcción de monumentos y museos para preservar la memoria del pasado. Adicionalmente se desarrollan factores diferenciales para los casos de violencia de género, atendiendo los patrones de abuso, con el fin de mejorar la justicia para las mujeres que han sido víctimas¹⁰³².

En términos generales, estos elementos han sido concebidos en una legislación especial que sin duda adiciona múltiples consecuencias a la legalidad penal; además, tal y como

¹⁰³⁰ En su art. 1, la ley 975 tiene por objeto "facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones [...]". (Ley 975 de 2005).

¹⁰³¹ Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. 3 de agosto de 2004. El Estado de Derecho y la justicia de Transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. UN.Doc. S-2004-616. PAG. 6

¹⁰³² La Corte Constitucional reitera todos estos fundamentos en decisiones recientes como por ejemplo el marco jurídico para la paz al señalar: "La justicia transicional busca solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz, entre los imperativos jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas y las necesidades de lograr el cese de hostilidades[98]. Para ello es necesario conseguir un delicado balance entre ponerle fin a las hostilidades y prevenir la vuelta a la violencia (paz negativa) y consolidar la paz mediante reformas estructurales y políticas incluyentes (paz positiva) [99]. Para cumplir con este objetivo central es necesario, el reconocimiento de las víctimas, quienes no solamente se ven afectadas por los crímenes, sino también por la falta de efectividad de sus derechos [100]. En este sentido, las víctimas deben lograr en el proceso el restablecimiento de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación [101]." **COLOMBIA. Corte constitucional**, Sentencia C – 579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pertelt Chaljub.

se dijo antes, lo relevante de sus avances consiste en el traslado de sus efectos a la naturaleza ordinaria. Aquí podría darse una ampliación de interpretación normativa de indudable beneficio a los criterios complejos del principio de legalidad penal ordinario que igualmente corresponde al mismo de la ley 975/2005. Lo anterior, por cuanto en esta legislación no se introdujo modificación a estos principios penales, y por ende se entienden integrados a la codificación penal vigente (Ley 599 de 2000).

Ahora bien, como fórmulas de aplicación de los mecanismos mencionados, se reitera a la justicia transicional con prevalencia superior, sobre todo el andamiaje jurídico interno como desarrollo del derecho a la paz y la reconciliación nacional. Este derecho, siempre entra en tensión en estos escenarios (por ejemplo en el caso de la ley 975 de 2005), frente a los demás derechos, en particular, frente a la justicia penal tradicional y al principio de legalidad objeto de estudio. Sin embargo, aquí se realiza una ponderación para que este equilibrio se resuelva a favor de la paz y en la actualidad aparece claro que esta justicia flexible tiene legitimidad y ha tenido un grado importante de aceptación en el consenso social¹⁰³³.

Finalmente, como reflejo del propósito trazado en la Ley de Justicia y Paz se reitera, en la reforma de la ley 1592 de 2012, el objeto de reconciliación en los mecanismos relacionados con la fijación de la pena, mediando la garantía del derecho de defensa de los procesados y la participación efectiva de las víctimas. Este asunto de igual forma se destaca en el Acto Legislativo 01 de 2012¹⁰³⁴, al indicarse que la justicia transicional no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos¹⁰³⁵.

¹⁰³³ Según Kai Ambos, por un lado, Justicia y Paz promueve una relativización especial del carácter racional de la persecución penal ligado a las máximas del Estado de Derecho. Por otro, estimula una disputa de los estándares ordinarios y mínimos de reprochabilidad que se plantean en la discusión y negociación de las contraprestaciones por desmovilización, desarme y reinserción. En este escenario cabe destacar la tensión que se produce en la legitimación democrática de la función judicial, especialmente por la contracción de la competencia material de la jurisdicción penal para investigar y judicializar los hechos punibles de los presuntos responsables. **AMBOS Kai.** Procedimiento de la ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Edit. Temis. Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá D.C. 2010. Pág. 3

¹⁰³⁴ Acto legislativo 01 de 2012 (parcial), por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la constitución política y se dictan otras disposiciones.

¹⁰³⁵ <http://wspag.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201592%20DEL%2003%20DE%20DI%20CIEMBRE%20DE%202012.pdf>. Consultada el 15.11.2015. También Disponible en <http://legal.legis.com.co/frmMainContainer.aspx>

Esto tiene relevancia en el tema analizado, toda vez que la reforma establece mecanismos especiales frente a la pena alternativa (art. 29, ley 975 de 2005), que se traduce en caso de que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en la Ley de Justicia y Paz¹⁰³⁶. Para tal efecto, la sala del tribunal puede imponer una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos¹⁰³⁷. Así, la ley 1592 de 2012 busca agilizar los procesos que se adelantan bajo este esquema. De acuerdo con esta norma, los nuevos desmovilizados tendrán un año para solicitar su postulación¹⁰³⁸.

Las reformas citadas se desarrollan también frente al establecimiento de criterios de priorización, que hasta el momento han sido regulados por el Fiscal General de la Nación, a través de reglamentos internos (Directiva 0001, del 4 de octubre de 2012), sobre todo para la persecución de los máximos responsables de los graves crímenes objeto de persecución penal¹⁰³⁹. Este punto es relevante, pues la justicia de transición atiende un

¹⁰³⁶ Esta exigencia, tal y como lo señala Kai Ambos, implica que el interés de justicia debe estar también asegurado en los procesos de transición, evitando que las apuestas por la paz se proyecten como escenario de impunidad. Bajo ese enfoque se presenta la complementariedad como un mecanismo de “salvaguardia” al deber de perseguir los crímenes internacionales nucleares. **AMBOS Kai**. Ob. Cit. 2010. Pag. 3

¹⁰³⁷ La ley 1592 de 2012, Ley de reforma de Justicia y Paz, en su art. 29 señala lo siguiente: “[...] Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció. Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiado se compromete a no reincidir en *(los)* delitos *(por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley)* , a presentarse periódicamente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia. Cumplidas estas obligaciones y transcurrido el período de prueba, se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario, se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal que correspondan [...]”.

Disponible en

<http://wspag.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201592%20DEL%2003%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202012.pdf>. Consultada el 15.11.2015. También disponible en <http://legal.legis.com.co/frmMainContainer.aspx> . Consultada el 7.05.2014.

¹⁰³⁸ La nueva ley transforma el incidente de reparación integral en un incidente de identificación de las afectaciones causadas a las víctimas con la conducta criminal, que no podrá extenderse por más de 20 días hábiles. Además, si el postulado decide retirarse del proceso de justicia y paz, podrá presentar su solicitud ante el fiscal o el magistrado del caso en cualquier momento del proceso, incluso antes del inicio de la diligencia de versión libre. Disponible en <http://legal.legis.com.co/frmMainContainer.aspx> Consultada el 7.05.2014.

¹⁰³⁹ La priorización es una técnica de gestión de la investigación penal que permite establecer, de acuerdo con unos criterios, un orden de atención de casos con el fin de garantizar, en condiciones de igualdad material, el goce efectivo del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (Vea la [Directiva 0001 de 04](#)

criterio de selectividad, debido a que se trata de crímenes internacionales ejecutados en forma sistemática, denominados también de ejecución de políticas macrocriminales, que desbordan la capacidad de juzgar a todos los posibles autores y ejecutar la reparación de las víctimas del conflicto¹⁰⁴⁰. Al menos este ha sido el objetivo trazado en la ley 975 de 2005 y para ello ha tomado múltiples mecanismos de justicia transicional, tanto judiciales como no judiciales, concebidos en la ley referida con el fin de abarcar las distintas dimensiones de la justicia para que se puedan sanar las heridas y contribuir a la reconstrucción social¹⁰⁴¹. Frente a este punto las posturas opuestas a tales desarrollos se vislumbran sobre todo al análisis de contexto que debe ser regulado mediante normas especiales para no defraudar garantías como el debido proceso en materia penal. Si bien este punto es relevante en la discusión actual, el mismo no es objeto de tratamiento en el presente trabajo¹⁰⁴².

Como se puede ver, la alternatividad penal gobierna el ejercicio de esta ley y sugiere que todos estos aspectos asociados al conflicto sean ponderados entre la legalidad penal y la justicia transicional, como en el caso de los delitos internacionales cometidos en dicho escenario. En este caso, si se resuelve a favor de la justicia transicional, por lo menos se reconoce que el principio vigente en la codificación ordinaria resulta insuficiente frente a una naturaleza incontenible de efectos derivados de las conductas generadas en virtud del conflicto armado, como en el caso de los crímenes de guerra, de lesa humanidad o en su naturaleza imprescriptible. Aquí podría trazarse un primer fundamento de flexibilidad

[de octubre de 2012](http://www.fiscalia.gov.co/colombia/priorizacion/priorizacion-nuevo-sistema-de-investigacion-penal/)). Este nuevo sistema está enfocado, entre otros aspectos, hacia la persecución efectiva de los máximos responsables de la comisión de crímenes de sistema, perpetrados por aparatos organizados de poder, a efectos de conocer la verdad de lo sucedido, evitar su repetición y propender por la reparación. Disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/priorizacion/priorizacion-nuevo-sistema-de-investigacion-penal/>. Consultada el 7.05.2014.

¹⁰⁴⁰ **JAIMES-AMADO María Cecilia & PRIETO SANJUAN Rafael**. Justicia y Paz o cuando todos los caminos conducen a...La Haya. *International Law No 17, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 165-230. Bogotá D.C. Colombia, (2010). PAG. 206.

¹⁰⁴¹ Sobre este tipo de desarrollos de la Justicia Transicional, sus diferentes fases y genealogía, vale la pena consultar el artículo de **TEITEL Ruti G. Genealogía de la Justicia Transicional**. Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago 2003. Título original: "Transitional Justice Genealogy". Publicado en Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, Spring 2003. Cambridge, MA, pags. 69-94.

¹⁰⁴² Sobre el punto consultar en particular: **BARBOSA CASTILLO y BERNAL PULIDO Carlos Et. Al**. El análisis de contexto en la Investigación Penal. Primera Edición. Edit. U Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2015. Pags. 21 a 127.

penal en favor de la justicia transicional, mediando causas excepcionales de nuestro contexto penal, que no fue diseñado para tiempos de guerra sino para tiempos de paz.

Por otro lado, en el ámbito transicional de justicia y paz, junto con su legislación complementaria, se han realizado esfuerzos para las declaraciones de lesa humanidad mediante las sentencias condenatorias de dicho fuero especial. Sin embargo, existe oposición a considerar estos fundamentos de naturaleza penal, además de que en muchos de los casos que se analizan, se considera inapropiado trasladarlos al fuero ordinario, debido al factor competencia y a los fundamentos para los cuales el mismo ha sido erigido. Igualmente, su fundamentación implica flexibilidad en los principios bajo un fuero específico, con múltiples condicionamientos que no pueden trasladarse a la jurisdicción ordinaria.

Al respecto es preciso mencionar que muchas de las declaraciones de lesa humanidad analizadas, no han correspondido a este fuero especial de la ley 975 de 2005 y por lo tanto sus fundamentos no han sido aplicados bajo este orden. No obstante, bajo esta competencia (justicia y paz) se ha podido atender con mayor vigor el fundamento de flexibilización de legalidad, en el sentido de lesa humanidad e imprescriptibilidad¹⁰⁴³, dada la amplitud de fuentes posibles que allí son susceptibles de aplicar conforme a las sentencias C-370 de 2006, C-579 DE 2013¹⁰⁴⁴ entre otras que han servido de base para su fundamentación. Sin embargo, para la tendencia dogmática tradicional, justicia y paz no es una jurisdicción penal, esto desde luego no consulta la realidad del sistema penal que parecería circunscrito a diversas parcelas aisladas que han sido trazadas en los últimos años, sin que se tenga ninguna posibilidad de relación entre ellas. Por ejemplo, en

¹⁰⁴³ Se pueden citar, entre otros, el literal 9º de la parte resolutive de la condena que establece las conductas de lesa humanidad. **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**. Sala de Casación Penal. Sentencia de Segunda Instancia. Sentencia del 6 de junio de 2012. Postulado: Jorge Iván Laverde. Proceso 35637. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

¹⁰⁴⁴ En la decisión citada se reitera el carácter de la justicia transicional que corresponde al siguiente postulado conforme al examen del art. 1º del Acto legislativo 01 de 2012: "En este documento se establece una estrategia integral con el objeto de promocionar el Estado de Derecho, garantizar la rendición de cuentas, instaurar la confianza en las instituciones nacionales de justicia y seguridad, la igualdad entre los géneros a través de un mayor acceso a la justicia, tener en cuenta nuevas amenazas y las causas fundamentales de conflicto. Así mismo, se formulan una serie de consideraciones para las negociaciones, los acuerdos de paz y los mandatos, dentro de las cuales se destacan la necesidad de apoyar la aplicación de las disposiciones sobre la justicia de transición y el Estado de Derecho en los acuerdos de paz, y de rechazar toda concesión de amnistía por genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o violaciones graves de los Derechos Humanos[387]" **COLOMBIA. Corte constitucional**, Sentencia C – 579 de 28 de agosto de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pertelt Chaljub.

la decisión de diciembre 16 de 2015, sobre los hechos del palacio de justicia se toma como base una sentencia de justicia y paz para interpretar el alcance de la legalidad en este caso.

Una postura contraria a tales ejercicios de integración sistemática en normas de naturaleza punitiva resulta radical y revela inconsistencia frente a la situación actual. Más adelante se retomará esta discusión, aunque desde ya vale la pena señalar que este argumento no significa que la ley de Justicia y Paz no pueda aportar fundamentos especiales de solución para la jurisdicción ordinaria y viceversa¹⁰⁴⁵. Sin embargo, algunas oposiciones parten de la base de otros cuestionamientos distintos a la extensión de la legalidad penal para conductas anteriores a su ocurrencia mediante el bloque de constitucionalidad y en algunos casos concretas se observan en sede de justicia y paz, críticas a la metodología de análisis de contexto que fue incorporado en las reformas recientes de 2012, aspecto que no hace parte de la discusión en el presente trabajo de tesis¹⁰⁴⁶.

Finalmente, esta discusión también gira alrededor de unos conceptos ampliados de la interpretación de la legalidad penal que convoca multiplicidad de consecuencias; entre ellas la relación entre la justicia ordinaria, la Ley de Justicia y Paz y la justicia internacional representada especialmente en los efectos del Estatuto de Roma de 1998. Este último instrumento se analiza a continuación, siendo otro de los aspectos que genera consecuencias en el principio de legalidad.

¹⁰⁴⁵ En justicia y paz, se integra la noción de la violación grave con los hechos susceptibles de investigación que al final conduce al argumento más relevante entre la relación del derecho penal y el DIDH. Sobre todo cuando la corte reitera la necesidad en estos casos, de investigar las graves violaciones a los derechos humanos. Todo lo anterior atendiendo: "la protección de los derechos de las víctimas que se ha reconocido a nivel internacional a través de múltiples convenciones y declaraciones, tales como: la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder de las Naciones Unidas[360]; los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[361]; el literal a) del numeral 3º del artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[362]; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes[363]; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura[364]; la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas[365]; la Convención para la prevención y la Sanción del Delito de Genocidio[366] y el Estatuto de la Corte Penal Internacional[367]". **COLOMBIA. Corte constitucional**, Sentencia C – 579 de 28 de agosto de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pertelt Chaljub.

¹⁰⁴⁶ Para tal efecto es relevante consultar: **BERNAL PULIDO Carlos**. Capítulo Primero: Problemas teóricos y de derechos fundamentales del uso del análisis de contexto para la investigación penal en el derecho interno colombiano. El análisis de contexto en la Investigación Penal. Primera Edición. Edit. U Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2015. Pags. 79 a 103.

3. El Estatuto de Roma de 1998, otro factor contemporáneo en materia de legalidad penal interna

Después de exponer los elementos de justicia y paz, resulta pertinente examinar el advenimiento del Estatuto de Roma de 1998, como otro de los factores de transformación del principio de legalidad penal que causa efectos relevantes en materia penal. Por ahora diremos que dicho Estatuto deja planteados serios fundamentos, en el sentido de transformación del principio de legalidad analizado.

Con respecto al tema de legalidad penal, el proceso de incorporación del Estatuto de Roma (ER) al orden interno produjo una de las consecuencias más importantes en el derecho constitucional colombiano y con mayor razón en materia penal. Lo anterior, debido a la naturaleza del tratado, pues su ratificación debió obedecer al trámite de una reforma constitucional, mediante el proyecto de acto legislativo N° 02 del 27 de diciembre de 2001, por medio del cual se modificó el art. 93 de la Constitución Política de Colombia, que integró en su inciso tercero las consecuencias del instrumento al derecho interno¹⁰⁴⁷. En este caso, se determinó que todos los efectos controvertidos del ER se entenderán únicamente bajo el ámbito de la competencia regulada en él, y no dentro de los que traten materias similares en el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución¹⁰⁴⁸. En los términos expresados, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del tratado de Roma de 1998, mediante ley aprobatoria 742 del 5 de junio de 2002¹⁰⁴⁹. El ER entró en vigencia el 1º de noviembre de 2002 y la cláusula citada dejó de regir el 1º de noviembre de 2009; a partir de allí se entiende la vigencia en pleno de la CPI en el ordenamiento nacional, debido a que todos los crímenes comprendidos en el art. 5º se encuentran vigentes en la

¹⁰⁴⁷ Al momento de la ratificación del ER de 1998, el Estado colombiano hizo uso de la cláusula transicional del art. 124, mediante la cual durante 7 años no rigieron los crímenes de guerra. Esta cláusula se cumplió en 2009. **SANDOVAL MESA Jaime Alberto**. Factores Sustanciales y Procesales de la Competencia de la Corte Penal Internacional Frente al Derecho Interno. Revista Dikaion No 22. V. 2 Edit. Universidad de la Sabana. Chía Cundinamarca. Diciembre 2013. PAG. 342

¹⁰⁴⁸ El texto definitivo del acto legislativo 02 de 2001, fue el siguiente: "[...] Artículo 1º. Adiciónese el artículo 93 de la Constitución Política con el siguiente texto: El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en el Artículo 2º. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación [...]". (Diario Oficial N° 44663 del 31 de diciembre de 2001. PAG. 2.).

¹⁰⁴⁹ SANDOVAL MESA Jaime Alberto. Revista Dikaion. Ob. Cit. 2013. PAG.. 342 y 343.

actualidad para Colombia. Los demás instrumentos adicionales al Estatuto de Roma fueron adoptados mediante la ley 1268 del 31 de diciembre de 2008, es decir tienen plena vigencia en la actualidad en el derecho interno, con las consecuencias que dicha normativa genera¹⁰⁵⁰.

Atendiendo el pleno vigor del instrumento en el derecho interno y toda su normativa, en el caso del Estatuto de Roma (ER) se mantiene un sistema de legalidad que, pese a la amplitud de su interpretación, en términos generales desarrolla también el concepto de tipicidad estricta. Este aspecto aparece configurado en los arts. 22.1 y 2 del ER, según los cuales, nadie puede ser condenado por un hecho no contemplado como crimen del Estatuto, al exigirse una interpretación estricta del mismo. Al mismo tiempo se prohíbe la analogía en perjuicio del reo, entre otras garantías¹⁰⁵¹.

A pesar de lo anterior, en el numeral tercero del artículo 22 ER, se desarrolla una figura distinta que permite consultar otro ordenamiento en el Derecho Internacional para la configuración de una conducta. Este evento implica una diferencia inicial de la legalidad estricta frente al derecho interno (así se trate de otro ordenamiento internacional), aunque obedece a la naturaleza de un tratado que consulta fuentes convencionales dispuestas en otros instrumentos¹⁰⁵².

En el caso nacional, la situación del numeral tercero del art. 21 no puede ser invocada por el juez interno, dados los elementos de la cláusula de interpretación del instrumento del ER, al momento de su ratificación, que implicó que sus efectos solamente tendrán oponibilidad para los fines de la competencia de la CPI. Por lo tanto, no hacen parte del derecho interno tales elementos, dado que solo puede tener autorización si se activa la competencia suplementaria del instrumento.¹⁰⁵³ Este efecto se produce en virtud de las

¹⁰⁵⁰ IBÍD. PAG. 342 y 343

¹⁰⁵¹ ANDRÉS DOMÍNGUEZ A.C. Ob. Cit. 2006 pag. 126.

¹⁰⁵² El Estatuto de Roma (en su art. 22, numeral 3º) señala que “nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto [...]”. Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Documento de Naciones Unidas citado, PAG. 18.

¹⁰⁵³ La interpretación de los dos numerales anteriores (22.1 y 22.2 del ER), podría dar lugar a que esta regla parecería de imposible aplicación, al menos en los regímenes continentales donde impera la legalidad estricta. Por ejemplo, en otras jurisdicciones, como la boliviana, se ha hecho referencia a este concepto de legalidad estricta del derecho interno, en donde se ha esbozado la prohibición de que dicho país recurra a la costumbre

consecuencias del acto legislativo 02 de 2001 que permitió la incorporación del ER al derecho interno, y por lo tanto no se menoscaba el alcance de las garantías establecidas en la Constitución respecto del ejercicio de las competencias de las autoridades nacionales¹⁰⁵⁴.

En efecto, de las previsiones analizadas del art. 22 del ER, numerales 1º y 2º, además de que implican un tratamiento de tipicidad estricta, no se desarrollan tratamientos diferentes con el derecho interno. Todo ello guarda conformidad con el derecho interno, salvo lo establecido en el art. 75 ER., que permite el establecimiento de penas perpetuas. Este asunto, de acuerdo con la sentencia C-578 de 2002, permanece en el ámbito de la indefinición, tanto a nivel de normativa como de jurisprudencia; toda vez que en dicha sentencia la Corte Constitucional señaló que esta prevención, respecto de la pena, presenta un tratamiento diverso del ordenamiento interno.

Sin embargo, la norma comentada del Art. 75 E.R., solo produce efectos en el ámbito de competencia del ER, para los fines de su interpretación. En otras palabras, la estructura del principio de legalidad del ER, en el numeral 1º y 2º del art. 22, al igual que el art. 23, recoge la garantía penal del *nullum crimen, nullum poena sine lege*, incluidas las variaciones advertidas del numeral 3º del art. 22 ER citado. De igual forma, el artículo 24 del ER contiene la prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables, así como la excepción de retroactividad de las normas penales más favorables¹⁰⁵⁵.

Como se mencionó anteriormente, en el principio de legalidad del ER, tampoco es posible acudir a la analogía para la determinación del tipo penal, con el fin de llenar vacíos que se presenten, salvo la aplicación *in bonam* parte a favor del reo, lo cual también coincide con el mandato descrito en el art. 6º del Código Penal Nacional, conforme al numeral 2º del art. 22 del ER, desde el punto de vista de la ley estricta.

o a los principios generales como fuente para la creación de delitos o penas. Conforme al análisis de Santalla, este presupuesto se debe a la consideración del Tribunal Constitucional Boliviano (Sentencia Constitucional 0034-2006, del 10 de mayo de 2006, 11.3.2.), que no distingue entre delitos comunes y de derecho penal internacional, con lo cual, el límite formal de la ley impide la extensión hacia los principios generales del derecho o la costumbre para la determinación de una conducta o de un crimen. SANTALLA Vargas E. Informe Nacional, Bolivia. Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Edit. TEMIS. Konrad Adenauer Stiftung. Bogotá D.C. 2008 PAG.. 74 y 75.

¹⁰⁵⁴ RAMELLI ARTEAGA Alejandro. Ob. Cit. Pag. 38

¹⁰⁵⁵ ANDRÉS DOMÍNGUEZ A.C. Ob. Cit. 2006 PAG. 126

En resumen, los elementos descritos coinciden con la estructura del principio de legalidad interno y producen un referente interpretativo, pero bajo efectos de competencia suplementaria. Sobre este punto es preciso mencionar que la Corte Constitucional (Sentencia C-578 de 2002) señaló que existen unos tratamientos diferentes en el ER en los cuales no significa que existe inconstitucionalidad parcial del Estatuto, sino que sólo serán viables en ejercicio de la competencia de la CPI¹⁰⁵⁶. Por lo tanto, no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de sus competencias. En este sentido, los tratamientos distintos frente a los temas analizados de legalidad penal para los fines del presente trabajo, se concretan en los siguientes: En primer lugar, en los crímenes objeto de competencia que exigen en el DPI un grado de precisión menos estricto que en el derecho interno. En la imprescriptibilidad de los mismos, así la acción y la sanción penal hayan prescrito conforme a las normas nacionales. Finalmente, en la imposición de las penas a perpetuidad. En tales circunstancias, los elementos señalados han sido autorizados en virtud del acto legislativo 02 de 2001 así tengan el tratamiento diferente mencionado y sólo serán aplicables por la CPI en ejercicio de su competencia¹⁰⁵⁷.

En todo caso, a partir de este fundamento es viable pregonar la existencia de un sistema punitivo de reserva que puede activarse en cualquier momento, una vez producidos los efectos de su competencia. Lo cual antes de su advenimiento no existía en el orden interno, y por ende, aparte del sistema interamericano de derechos humanos, no se presentaba una norma de legitimidad internacional en materia punitiva que pudiese servir de instancia de vigilancia en la persecución de los crímenes internacionales que se produjeron en el orden interno.

Sobre este punto es preciso destacar que los arts. 6º y 10 del C.PAG., junto con el art. 29 de la Constitución Política de Colombia, entre otras disposiciones mencionadas anteriormente, no guardan mayores contradicciones, más allá de las adiciones del numeral 3º del art. 22 que parecería más relacionado con la interpretación del derecho internacional. Este hecho, en sí mismo, no tendría mayores efectos en el derecho

¹⁰⁵⁶ RAMELLI ARTEAGA Alejandro. Ob. Cit. Pag. 40

¹⁰⁵⁷ IBÍD. Pag. 41.

nacional, salvo que la CPI se active, con lo cual, todos los efectos anteriores se pueden presentar, una vez sea intervenido el derecho nacional.

Adicionalmente, según la sentencia C-488 de 2009, en los incisos 1º y 2º del artículo 93 se establece una autorización del acto legislativo 02 de 2001, mediante la cual se autoriza una legislación que contiene tratamientos diferentes frente a la legislación interna. Hacen parte del bloque de constitucionalidad los instrumentos del DPI que guarden una relación directa con los derechos humanos y el DIH lo cual deberá ser examinado caso a caso. El artículo 6º del ER se acoge plenamente a lo expresado en los artículos 93 y 214 de la Carta Política. No todas las normas del ER forman parte del bloque de constitucionalidad *per se*, por cuanto su aplicación tiene un marco jurídico conforme al principio de complementariedad frente a la legislación nacional¹⁰⁵⁸.

En resumen, todo lo anterior revela un conflicto armado que ha generado influencia en las instituciones penales frente al diseño del principio de legalidad, que en algunos apartes históricos, ha implicado un sistema penal insuficiente. Desde esta primera conclusión se observa un desarrollo de acontecimientos que deja al descubierto un sistema paralelo y unas medidas de excepción frente al conflicto nacional, sin que se hayan articulado tales disposiciones con el sistema penal vigente. Debido a todas estas situaciones, se han generado nuevos elementos que afectan el concepto de legalidad y por ende requieren de la articulación entre su noción legal y su noción constitucional de la actualidad. Es decir, han surgido nuevos elementos, por ejemplo, los asociados a los desarrollos de justicia y paz (ley 975 de 2005) y el propio ER, que hacen parte de la legalidad penal contemporánea; en cuyo caso, es necesario concebir estos factores frente a este nuevo escenario del sistema penal, al interior del cual las situaciones de conflicto nacionales son evidentes. En el siguiente capítulo se analizarán en detalle las consecuencias mencionadas.

3.1. Elementos de discusión del Estatuto de Roma de 1998, en la definición de las conductas de lesa humanidad frente al derecho interno

Dejando de lado el bloque de constitucionalidad, para continuar con los elementos controvertidos del orden interno que afectan la legalidad penal, se pueden observar varios

¹⁰⁵⁸ RAMELLI ARTEAGA Alejandro. Ob. Cit. Pags. 42 y 43.

aspectos problemáticos de lesa humanidad, anotados en el capítulo anterior; toda vez que no aparecen insumos en el derecho interno de comportamientos como la persecución y otros actos inhumanos de carácter similar. Seguramente tales conductas requieren de un mayor desarrollo legislativo para su eficaz identificación con el derecho interno. Los demás delitos, en general, requieren de un ajuste más acorde con el ER y con el propósito definido en dicho instrumento. Esto último, debido a que los elementos de sistematicidad y generalidad aparecen regulados en la reforma reciente de la ley 1719 de 2014 sobre criminalización de delitos de violencia sexual en el contexto del conflicto armado. Sin embargo, tal calificación aparece restringida a los delitos señalados y no a las demás conductas. Por otra parte, se declara la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, pero en forma genérica, sin definirlos de manera precisa en el orden penal. Este avance legislativo, en todo caso, no tiene efectos retroactivos con lo cual los problemas analizados en este trabajo quedan por fuera de esta normativa.

Es importante resaltar que en avances legislativos, como los adelantados en Costa Rica, fue más adecuado introducir una norma en el Código Penal que hace referencia directa a los elementos esenciales de las conductas de lesa humanidad y, de paso, diferencia las conductas ordinarias de las conductas internacionales, principalmente las que son de lesa humanidad y de guerra en el ER¹⁰⁵⁹. Sobre el particular, es viable comentar que el desarrollo de la legislación de implementación del Estatuto de Roma, además de Costa Rica, se tradujo en otras experiencias que se pueden citar como Argentina, Canadá, Brasil, entre otras¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁹[...] PLENARIO - 3 - LEY Nº 8272. La asamblea legislativa de la República de Costa Rica decreta: Represión penal como castigo por los crímenes de guerra y de lesa humanidad. ARTÍCULO 2.- Adiciónanse al título XVII del Código Penal los nuevos artículos 378 y 379; consecuentemente, se corre la numeración. Los textos dirán: Artículo 379.- Crímenes de lesa humanidad: Se impondrá prisión de diez a veinticinco años a quien cometa u ordene cometer, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, actos que puedan calificarse como crímenes de lesa humanidad, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte, relativos a la protección de los derechos humanos, y del Estatuto de Roma". Observatorio Regional CPI y DPI, de la Comisión Andina de Juristas, 2009.

¹⁰⁶⁰Argentina (Ley No. 26.200, de enero de 2007); Brasil (Projeto de lei No. 301 de 2007); Canadá (Crimes Against Humanity and War Crimes Act de 2000 c. 24); Ecuador (Proyecto de ley sobre delitos contra la humanidad, presentado a finales de 2002 al Congreso de la República); Bolivia (Proyecto de Ley de implementación del Estatuto de Roma, presentado al Congreso a inicios de 2006). En el caso de Uruguay se utilizó este mecanismo pero también se implementaron reformas para efectos de la cooperación con la Corte, tales como la Ley Nº 18.026 de octubre de 2006. Observatorio Regional CPI y DPI, de la Comisión Andina de Juristas, 2009.

En virtud de las observaciones planteadas por experiencias como las de Costa Rica y de otros países, se puede determinar que todavía tales fórmulas son plenamente aplicables al caso nacional. Toda vez que es preciso señalar que persisten las necesidades de implementación que aún no han sido promovidas con respecto a los delitos de lesa humanidad en los casos analizados anteriormente. En consecuencia, el Estado actual de la legislación causa contrariedades específicas, en particular, en los principios objeto de examen.

La ausencia de la especial consideración de las conductas de lesa humanidad, no impide, en las circunstancias actuales, el pleno ejercicio de la competencia internacional de la CPI; sin embargo, se incumple con las obligaciones suscritas por el Estado colombiano al momento de la adopción del instrumento referido. Sobre todo, si en el momento se adelantan investigaciones en fase de situación preliminar en el caso de Colombia, frente a casos específicamente determinados (Informe preliminar, noviembre 2012 CPI). Este factor de intervención de la justicia internacional también genera presión sobre el principio de legalidad; a lo cual se suman las razones de un país que tiene una situación particular de violencia política y de conflicto armado que le da una categoría obligada, en comparación con los demás países del continente, en la vigilancia de las graves afectaciones de los derechos humanos.

Todo esto puede presentarse en la actualidad, pese a los desarrollos sobre delitos contra violencia sexual, así como también sobre la cláusula de la imprescriptibilidad general consagrada en tales desarrollos (Ley 1719 de 2014). Más adelante se abordará esta situación, toda vez que los nuevos avances legislativos en este aspecto todavía requieren de precisión jurídica en materia penal. Frente a esto último, se observa que el contenido del principio de legalidad se afecta en el caso de la interpretación del ER., aún con las medidas legislativas citadas (Ley 1719 de 2014), en razón de que todavía no se determina con exactitud los comportamientos que guardan identidad con los que van a ser objeto de un eventual juzgamiento en la competencia de la CPI.

En este sentido, las limitaciones de doble juzgamiento no tendrían suficientes elementos normativos para ser analizadas en el contexto del art. 20 del ER, precisamente por la ausencia de la efectiva determinación que se presenta a nivel del principio de legalidad de las conductas advertidas. Sin embargo, persisten las dudas con respecto a la aplicación

actual del art. 21 del ER que, pese a tales limitaciones de derecho interno, prevalece la interpretación de la CPI en tales circunstancias y tal vez no requiere de la efectiva determinación de conductas, tal y como se observa en los recientes informes publicados por el organismo internacional sobre la situación preliminar de Colombia (Informe preliminar, noviembre 2012, CPI).

Finalmente, desde el nivel interamericano puede afirmarse que la legislación interna alcanza a cumplir con los requerimientos relativos a las violaciones que, a partir de los derechos humanos, se presentan; pese a que desde el ER tales fundamentos serían insuficientes. Lo anterior por cuanto no aparecen los elementos explícitos advertidos, para tener operancia ante dicha legislación internacional, al menos en el plano de la determinación de conductas, pues como se ha dicho otra interpretación se presenta en el organismo internacional ante su eventual judicialización (Informes preliminares Colombia, 2012 y 2014, CPI).

3.2. Síntesis de los tratamientos diversos que afectan la legalidad penal desde el ámbito del ER

Otra de las variaciones que se presentan en el ER corresponde a los elementos comunes del art. 7º ER para su tipificación que señala en primer lugar: la exigencia de *“sistematicidad y generalidad de los actos ejercidos para la comisión de los delitos de lesa humanidad”*. Para los fines del Estatuto, tales requisitos corresponden a elementos de tipicidad estricta en dicho ordenamiento, pero diferentes a las contenidas en la parte especial del Código Penal Colombiano que todavía merecen desarrollo, pese a los esfuerzos aislados como por ejemplo en delitos de *apartheid* o de violencia sexual.

Así mismo, persisten definiciones apartadas del principio de legalidad, como las nociones indeterminadas del literal K del art. 7º del ER, relativa a otros actos inhumanos de carácter similar, en donde resulta evidente que no se expresa con claridad el sentido de la tipicidad establecida en los términos examinados del derecho nacional. Es decir que aquí puede aparecer una amplitud para determinar incriminaciones en otros tipos penales reprimidos internacionalmente, al igual que en el art. 22.3 del ER, con lo cual persiste la tipicidad extra legal que indudablemente se contrapone con la legalidad estricta y la certeza legal, mediante la creación de estas normatividades (numeral 3º del art. 22 del ER, y art. 7º,

literal K). De todas maneras, es de entender que una vez prevista en el ER este principio de legalidad penal extendida, tal elemento se erige en sistemas que obedecen a las categorías de fuentes internacionales. En este ámbito, dada la fragmentariedad del sistema jurídico internacional, admite múltiples interpretaciones posibles y viables, tomando como límites los mínimos comunes universales que no afecten garantías fundamentales. Esto indica cierta flexibilidad interpretativa que no concibe los supuestos internos basados en la tendencia hacia una única interpretación, sobre todo de las normas de seguridad jurídica, como también en los supuestos del principio de legalidad penal.

Tal vez no sea posible atraer este fenómeno de interpretación en materia internacional, hacia los supuestos internos objeto de problemática en el presente trabajo, toda vez que cuando se active el ER, tal situación estaría más comprendida dentro del orden jurídico internacional y no en el orden interno. No obstante, bastaría con revisar si estas tendencias jurídicas afectan cláusulas pétreas a nivel constitucional de carácter inmodificable o si produce efectos en el orden interno y no necesariamente en el ER.

En síntesis, con las salvedades anotadas anteriormente, es preciso indicar que no es posible acudir al sistema del ER, ni al derecho interno, ni a las fuentes consuetudinarias para crear tipos penales o imponer la costumbre para tal efecto. Desde este punto de vista, es evidente que la tipicidad concibe al tipo penal como un mecanismo legal para determinar, describir, calificar, hacer conocer y prohibir, los comportamientos que el legislador considera como de *injusto criminal*¹⁰⁶¹.

En este orden el tipo penal es siempre, en el ER y en el derecho interno, una acción ilícita que al lesionar los bienes esenciales de una sociedad debe ser definida como típico en la ley. Por lo tanto, frente a la problemática planteada tampoco es de fácil recibo comprender los fenómenos de impunidad e imprescriptibilidad en graves violaciones internacionales para revivir instancias culminadas o en peligro de su extinción, bajo cláusulas del ER; más si se trata de hechos anteriores a su vigencia que por virtud del art. 11 del mismo estatuto impide los efectos retroactivos del instrumento.

Ahora bien, si los crímenes objeto de persecución se cometieren con posterioridad a la vigencia del ER, es necesario examinar si es posible que al fundarse tal objeto en una

¹⁰⁶¹ GÓMEZ LÓPEZ J.O. OB. Cit. 2005. PAG. 13.

norma constitucional, podría darse un efecto paralelo que daría viabilidad a una fórmula de extensión de tales efectos penales, en virtud del inciso tercero del art. 93 de la Const. Pol., para dar lugar a la declaración de imprescriptibilidad. Esta primera iniciativa más adelante será analizada.

En todo caso, lo más viable frente a la problemática señalada, en forma preliminar, implica analizar caso por caso para revisar los efectos en el momento de su producción y el esquema normativo general que gobernaba tales implicaciones tanto en el orden interno como en el orden internacional; toda vez que, visto lo anterior, los efectos internacionales de instrumentos especiales para la persecución de violaciones de derechos humanos, traducidas en crímenes internacionales en todos los casos, implica una fundamentación específica para no contrariar la estructura del sistema. Es decir, podría darse la explicación de una fórmula general para aplicarla caso por caso, dados los elementos que son objeto de valoración. Si esto es así, habría que determinar también la legitimidad del sistema penal en el momento de su producción. Esta conexión se analizará a continuación.

3.3. Legitimidad internacional sobre el orden penal interno. Declaraciones de lesa humanidad y legalidad penal con base en el E.R.

Determinados los alcances del ER en el orden interno, se hace necesario analizar problemas concretos relacionados con las afectaciones del principio de legalidad desde esta perspectiva. De esta forma, previamente se afirma la presencia de una situación compleja en virtud de las declaratorias judiciales de los crímenes de lesa humanidad, sobre todo acudiendo al ER, en muchos de los casos que han sido objeto de la comisión de conductas internacionales.

El argumento expresado, ha sido utilizado para lograr la imprescriptibilidad de ciertos delitos de alta connotación nacional e internacional, como por ejemplo en el caso Galán¹⁰⁶². Situación que impone valorar si tal declaratoria se compadece con la noción de interpretación extensiva de instrumentos internacionales en materia penal. Desde este

¹⁰⁶²Corte reitera que asesinato de Galán fue crimen de lesa humanidad. El tiempo 15 de febrero de 2015. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/luis-carlos-galan-cortes-suprema-reitera-que-asesinato-fue-crimen-de-lesa-humanidad/15256835>. Consultada el 2.04.2015.

planteamiento se orienta casi toda la discusión elaborada hasta el momento, respecto de los límites del principio de legalidad, toda vez que inicialmente, no se tendrían soportes normativos suficientes para asegurar tales razonamientos bajo los criterios de sometimiento al imperio de la ley, taxatividad y no retroactividad. Es de destacar que estos sub principios corresponden a los fundamentos clásicos del principio de legalidad penal.

Lo anterior obedece a que en el momento en que se produjeron los hechos, en algunos supuestos, al igual que en el caso de la UP (1986 – 1996), no existían los fundamentos normativos penales para acreditar las condiciones de lesa humanidad¹⁰⁶³. Adicionalmente habría que señalar que en precedentes como en el caso Galán (1989), tampoco existía la Constitución de 1991 con su fórmula de reenvío en el bloque de constitucionalidad¹⁰⁶⁴. De igual forma, en muchos casos, desde el punto de vista netamente de vigencia de la ley penal, las conductas susceptibles de las declaraciones analizadas son anteriores a

¹⁰⁶³ En este sentido, se puede citar el boletín de prensa de la Fiscalía General de la Nación, “Fiscalía declara casos de integrantes de la UP como crímenes de lesa humanidad”, del 20 de octubre de 2014. En dicho boletín, la Dirección Nacional de Análisis y Contextos (DINAC) de la Fiscalía, basada en las declaraciones de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomando como fundamento el contexto realizado en 34 casos de la Unión Patriótica (UP), procedió a su declaración de delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra. Al respecto, el Fiscal General de la Nación, Jorge Fernando Perdomo Torres, afirmó que “se logró establecer, gracias a ese estudio de contexto, que aquí nos encontramos ante delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra. Delitos de diferente categoría, como homicidios, desaparición forzada y otros delitos, como el delito de amenazas”. En dicho contexto, la DINAC determinó que estas conductas tendientes a la victimización a nivel nacional de miembros y simpatizantes de la organización política Unión Patriótica, fueron casos de exterminio y ejecución general, reiterada y sistemática dentro del conflicto interno. La UP era un brazo político de la izquierda y existieron persecuciones hacia sus integrantes por parte de los paramilitares y otros actores. Perdomo Torres además confirmó que “se logró determinar que se trata de ataques cometidos por grupos paramilitares, en algunos casos, en asociación con agentes del Estado, ataques generalizados, sistemáticos reiterados contra la población civil, ocurridos entre 1986 y 1996”. Esta investigación sirve como insumo para otras direcciones y seccionales de la Fiscalía General de la Nación que adelantan casos de la UPAG. Incluso, al declarar estos casos como crímenes de lesa humanidad se conseguirá que no prescriban y que continúen en investigación. Disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/destacada/fiscalia-declara-casos-de-integrantes-de-la-up-como-crime-nes-de-lesa-humanidad/>. Consultada el 2.04.2015.

¹⁰⁶⁴ Según información de prensa, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al resolver el recurso de reposición interpuesto por la defensa del general Miguel Maza Márquez contra la decisión de declarar el crimen de Luis Carlos Galán como de lesa humanidad, reiteró que sí lo fue y que hizo parte de un plan de narcotraficantes para desestabilizar el país. “...La Sala Penal de la Corte negó así por segunda vez la petición del exdirector del DAS Miguel Maza Márquez, llamado a juicio por su presunta complicidad en el homicidio, de concluir el caso por prescripción y concederle la libertad inmediata. La defensa de Maza argumentaba que el crimen no era un delito de lesa humanidad y por tanto la investigación ya estaba prescrita, pues pasaron más de 20 años desde que la mafia cometió el magnicidio. Corte reitera que asesinato de Galán fue crimen de lesa humanidad...” El tiempo 15 de febrero de 2015. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/luiscarlosgalancortesupremareiteraqueeasesinatofuecrimendelesahumanidad/15256835>. Consultada el 2.04.2015.

instrumentos que han planteado tales prerrogativas y en muchos casos todavía no han sido adecuados al orden interno¹⁰⁶⁵.

Por otra parte, instrumentos como el ER, que entró en vigor el 1 de noviembre 2002, aunque consagran el alcance de los crímenes de lesa humanidad de manera precisa en el orden interno, la Corte Constitucional manifestó el tratamiento diferente del principio de legalidad consagrado en dicho instrumento¹⁰⁶⁶. Pese a tal señalamiento, el mismo tampoco admite la posibilidad de su interpretación con fines retroactivos, toda vez que el instrumento comentado (ER) se somete al imperio de la ley, incluso internacional, y por regulación expresa también impide invocar tal posibilidad (art. 11 del ER). Es decir, comienzan a aparecer los factores que desde el campo normativo carecen de elementos para su cabal resolución. Así, parecería que los hechos revelados en el capítulo anterior sobre la falta de actividad del Estado en materia judicial, debido a factores de legitimidad, comienzan a traducirse en actuaciones impunes en el orden interno.

Lo relevante es el establecimiento, a partir de la vigencia del ER (1º Nov. de 2002), de una cláusula específica que consagra igualmente la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales más graves descritos en el art. 5º del ER, entre ellos los de lesa humanidad (art. 7º del ER), los cuales también rigen hacia el futuro. Tal ordenamiento sin duda sirve de parámetro de interpretación en el orden interno, en virtud justamente de su competencia complementaria (art. 1º del ER). Mientras no se establezca una categoría especial a nivel punitivo de crímenes internos en el Estatuto Punitivo, estos tratamientos pueden servir de orden interpretativo y a partir de allí determinar sus efectos. Es decir, la

¹⁰⁶⁵ De la reunión de criterios de legislación interna e internacional se deduce con claridad que, para efectos punitivos, es preciso la descripción concreta de la ley con anterioridad a la comisión del hecho punible. Al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 / 72), establece lo siguiente: “[...] ART. 9º—Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello [...]”. Esta convención también denominada Pacto de San José fue suscrita en San José de Costa Rica, en noviembre 22 de 1969, aprobada mediante Ley 16 de 1972, depósito de instrumento de ratificación en julio 31 de 1973, entró en vigor para Colombia en julio 18 de 1978.

¹⁰⁶⁶ La sentencia C-578 indicó al respecto: “...a) Los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma describen tres de las categorías de crímenes internacionales sobre las cuales la Corte Penal Internacional podrá ejercer su competencia: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Tales descripciones denotan un grado de precisión, certeza y claridad aceptado en el derecho penal internacional que resulta menos estricto que el exigido en nuestro ordenamiento interno. Este tratamiento diferente del principio de legalidad que hace el Estatuto de Roma ha sido autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001...” Corte Constitucional, Sentencia C- 578 de 30 de julio de 2002. M.P. Manuel José Cepeda.

primera variante del principio estudiado tiene que aceptar los alcances complementarios de la cláusula del ER y a su vez servir de fuente para su interpretación, también para los crímenes regidos por el Código Penal, acudiendo nuevamente al artículo 2º del Estatuto.

Si nos acogemos al concepto de reserva legal, la norma del ER sería la reserva de tipo suplementario que acoge la posibilidad de determinación en materia de crímenes de lesa humanidad. Igualmente, este fundamento se debe apoyar en la ley 1719 de 2014, que expresamente estableció una declaración frente a esta clase de crímenes; sin embargo, la misma estaría limitada a los sucesos, a partir de su promulgación en junio de 2014. Si nos acogemos a la fórmula de legitimación del sistema, a través de tales sistemas internacionales e internos (Ley 1719 de 2014), lo más probable es que tengamos un ámbito de protección regido por las instancias internacionales que permitirían desde el 2002 servir de puente para asegurar la persecución interna.

Bajo esta orientación, resulta válida la interpretación del Doctor Yesid Reyes, quien formuló la necesidad de adecuar tales declaraciones de lesa humanidad a partir de la vigencia del Estatuto de Roma¹⁰⁶⁷, puesto que se puede incurrir en esta tarea de concordar las obligaciones internacionales con las internas en yerros, respecto de la reserva legal en materia penal. Lo anterior obedece, según Reyes, a que mientras las infracciones prescriben frente a la justicia colombiana, la CPI sí es competente para juzgarlas sin limitación temporal alguna. Por esto, al calificar como de lesa humanidad algunos delitos ocurridos antes de la entrada en vigencia del ER, como forma de otorgar tiempo indefinido a los encargados de su investigación, es un procedimiento equivocado frente al ordenamiento interno¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁷ El doctor Reyes señala: "Al revisar las normas que ese mismo cuerpo normativo tiene sobre los casos que pueden ser de su conocimiento, se observa que aun cuando en principio ella se ocupa de casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión, su competencia está delimitada por el mismo Estatuto tanto en razón del tiempo en que esas acciones ocurrieron, como por el hecho de que sólo puede operar cuando se determine que un Estado no ha podido o no ha querido investigarlas con seriedad. Lo anterior quiere decir que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad está reducida a hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma y sólo en relación con aquellos para los que la Corte Penal Internacional sea competente, no sólo por su denominación sino por la demostrada incapacidad o falta de voluntad de un Estado en adelantar la investigación". ALVARADO REYES Yesid. Delitos de Lesa Humanidad y Prescripciones. EL ESPECTADOR. 14 Mar 2013. Disponible en <http://www.elespectador.com/opinion/delitos-de-lesa-humanidad-y-prescripciones-columna-410399>. Consultada el 26.02.2014

¹⁰⁶⁸ Lo anterior quiere decir, según Reyes Alvarado, que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad está reducida a hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma y solo en relación con aquellos para los que la Corte Penal Internacional sea competente, no solo por su denominación

Es decir, el factor de legitimación del sistema penal, mediante la recurrente tarea de acudir a la justicia internacional, solamente puede ser realizado a partir de su vigencia en el orden interno. La extensividad penal, en este caso del principio de legalidad hacia atrás, no es posible; con lo cual se requiere de otra fórmula distinta, si se continúa con el ejercicio de legitimación del sistema, que se encuentra afectado principalmente por los yerros de legalidad tanto en las conductas que ostentan carácter internacional como en su persecución judicial efectiva, los cuales representan las garantías (criminal y de enjuiciamiento) que protegen el principio objeto de estudio.

Frente a esta posibilidad, es preciso señalar que la Corte Constitucional ha advertido que tal tratamiento especial del ER, sólo será aplicable por la CPI cuando ejerza su competencia complementaria para investigar y juzgar cualquiera de los crímenes previstos en el ER, así la acción penal o la sanción penal para los mismos haya prescrito según las normas jurídicas nacionales¹⁰⁶⁹. Este tratamiento especial fue expresamente autorizado por el constituyente derivado a través del Acto Legislativo No. 02 de 2001¹⁰⁷⁰. Con lo anterior, es posible afirmar que los mismos crímenes, luego de haber prescrito en el orden interno, tengan una segunda oportunidad cuando la CPI ejerza su competencia¹⁰⁷¹.

Por lo tanto, en el orden interno, si bien para los efectos analizados no se precisa el alcance de esta declaración, tal calificación podría ser admisible a partir de la vigencia del ER, conforme a lo esbozado; lo cual a su vez permite pregonar la posible imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, a partir precisamente de dicha

sino por la demostrada incapacidad o falta de voluntad de un Estado para adelantar la investigación. ALVARADO REYES Yesid. Delitos de Lesa Humanidad y Prescripciones. EL ESPECTADOR. 14 Mar 2013. Disponible en <http://www.elspectador.com/opinion/delitos-de-lesa-humanidad-y-prescripciones-columna-410399>. Consultada el 26.02.2014

¹⁰⁶⁹ Este sentido, si bien no se encuentra descrito en forma concreta en el alcance de la sentencia C-578 de 2002 que permitió la ratificación del Estatuto de Roma al orden interno, por lo menos sirve de parámetro inicial que puede ser analizado en virtud de tales declaraciones interpretativas. Las mismas, en su literal d), señalan que el art. 29 del Estatuto establece la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional y que esta disposición consagra un tratamiento diferente al previsto en nuestro ordenamiento constitucional en el art. 28 de la Carta. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 de 30 de julio de 2002. M.PAG. Manuel José Cepeda.

¹⁰⁷⁰ IBÍD..

¹⁰⁷¹ RAMELLI ARTEAGA Alejandro. Ob. Cit. PAG. 41.

vigencia (noviembre 1º de 2002)¹⁰⁷². En otras palabras, tales límites del principio de legalidad serían autorizados bajo esta interpretación de nuevo extensiva de instrumentos internacionales, con el fin de buscar la legitimación de las actuaciones irresolutas desde el ámbito interno que se reflejan en consecuencias en el plano internacional. Este puede ser considerado un primer parámetro para fijar el contenido del principio de legalidad contemporáneo dados los elementos de legitimidad internacional que aparecen presentes. Tales fundamentos se encuentran presentes para generar seguridad jurídica en el sistema penal, bajo la confianza de su ineludible persecución, su vigencia y elementos de interés de justicia atendibles a nivel interno e internacional.

Esta primera solución frente al problema de lesa humanidad e imprescriptibilidad, mediante la vigencia del ER, sugiere una formula provisional para determinar sus efectos en el orden penal interno a partir de su vigencia. Así, se trata de un argumento desde el orden constitucional y desde la reserva legal ampliada de tipo extrapenal, lo cual nuevamente coincide con una nueva visión analógica de los principios penales, mas no en términos estrictos de la analogía. En este sentido, de acuerdo con la teoría del profesor Beuchot Puente, se puede identificar a este fenómeno como la interpretación por extensión que corresponde a una forma menor, atenuada de analogía y permitida en materia penal; pero no se trata de la analogía *legis*, que se encuentra proscrita del sistema y solo procede si es en beneficio del procesado (*in bonam parte*)¹⁰⁷³. Desde luego

¹⁰⁷² IBÍD. PAG. 42 y 43. De igual forma, la Corte Constitucional, en sentencia C-488 de 2009, sobre la jerarquía de tratados como el Estatuto de Roma señaló: "...1) los incisos 3º y 4º del artículo 93 de la Constitución, adicionados por el acto legislativo 2 de 2001, autorizaron expresamente un tratamiento desigual en el ámbito del Estatuto de Roma de la CPI, de manera tal que la regulación adoptada en dicho contexto normativo, así como la sanción de los crímenes de competencia de ese tribunal, se someten a unas reglas que no necesariamente deben coincidir con las adoptadas en legislación interna; 2) hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos instrumentos de derecho penal internacional aprobados por Colombia, que guarden una relación directa con la protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, lo que desde luego deberá ser examinado caso a caso; 3) en lo que atañe al artículo 6º del Estatuto de Roma de la CPI, la incorporación al bloque de constitucionalidad no opera porque el precepto haga parte de dicha normatividad, sino porque la regulación puntual de esa norma se ajusta a los parámetros consagrados en los artículos 93 y 214-2 de la Constitución, que además acoge integralmente el contenido de la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio; 4) no todas las normas del Estatuto de Roma hacen parte del bloque de constitucionalidad *per se*, pues es claro que dicha normatividad tiene un marco de aplicación particular y concreto en virtud del principio de complementariedad frente a la legislación nacional; y 5) no todos los tratados de derecho internacional, que consagran el deber de tipificar ciertos delitos, se integran al bloque de constitucionalidad, debido a que no necesariamente se relacionan con la protección directa de derechos humanos o del derecho internacional humanitario (verbigracia, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003)..." CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-488 de 22 de julio de 2009. M.PAG. Jorge Iván Palacio.

¹⁰⁷³ Esto obedece a que se trata de un razonamiento por analogía dentro del ordenamiento jurídico. BEUCHOT PUENTE Mauricio. OB. Cit. PAG. 143 y 144.

este factor se encuentra revestido de todas las limitaciones expuestas anteriormente, y por supuesto con todos los efectos en el principio de legalidad penal que aun así no se modifica sustancialmente. De igual forma, al considerar esta posibilidad de interpretación por extensión del principio de legalidad penal, como forma de analogía atenuada permitida frente a instrumentos internacionales como el ER, también se incide en su naturaleza contemporánea y se contribuye a su legitimación, mediante las correcciones del sistema como factor de estabilidad penal.

Conclusiones VI Capítulo

1. En la configuración de las normas del bloque en materia penal, establecidas en los desarrollos posteriores de la Constitución de 1991, se incorpora una cláusula inevitable de interpretación que irradia todos los fundamentos penales, incluido el principio de legalidad penal afectado en forma positiva tanto en su fase sustancial como procesal.
2. Esto contrasta como se mencionó, con el sistema de fuentes anterior a 1991, donde los instrumentos de derechos humanos eran manifestaciones ordinarias de la ley y por consiguiente por debajo de la Constitución junto con muchos otros instrumentos, sin hacerse ninguna diferenciación de su naturaleza o efectos en el ordenamiento jurídico.
3. Las normas derivadas de instrumentos internacionales como la CADH o el PIDCYP, junto con la constitución, forman un bloque de constitucionalidad que constituye la supremacía de ésta frente a la ley. Para estos casos, el principio de legalidad junto con estas normas de la convención, se encuentran en igualdad jerárquica frente al ordenamiento constitucional y por ende frente al sistema penal.
4. El desarrollo internacional del sistema constitucional colombiano mediante la configuración del bloque de constitucionalidad, ha propiciado avances significativos en las leyes transicionales como la ley de justicia y paz que supone una ampliación positiva del principio de legalidad penal. La misma en su aplicación proporciona precedentes necesarios de ampliación de la legalidad penal especial que allí se configura, para pregonar la justicia material que en todo caso es

permitida dada la naturaleza del documento en mención. Allí se han producido antecedentes de lesa humanidad desde la subsunción interna en conductas ordinarias, no obstante, esto sólo se expresa desde un ámbito declarativo sin efectos punitivos concretos.

5. De igual forma, se expresa la declaración de lesa humanidad con fundamento en la norma de *ius cogens* para casos ocurridos antes de la vigencia de la Constitución de 1991 e incluso para después de la Carta, pero antes del ER. Si bien este argumento es posible bajo la consideración de que esta norma es constitucional y puede ser subsumida como perteneciente al bloque de constitucionalidad, resulta demasiado amplia para los efectos de declarar la existencia de un delito anterior a los elementos expresados.
6. En el caso de justicia y paz se han usado múltiples formas del razonamiento de *ius cogens*, sin embargo, no existen criterios uniformes toda vez que se ha usado para declarar normas que tipifican delitos del DIH, para determinar delitos de lesa humanidad o para extender efectos de conductas ordinarias que no tienen la connotación de crímenes internacionales. Sin embargo, este precedente se reitera aun en la actualidad frente a lo cual se deben fijar sus límites y criterios específicos a fin de evitar la confusión de conductas que en la postura de Kai Ambos se presenta en este aspecto.
7. Finalmente, la naturaleza del ER señala que todavía se encuentran pendientes exigencias de implementación en el derecho interno para la adaptación de crímenes internacionales en concreto de Lesa Humanidad al ordenamiento interno. Sin embargo, en virtud de la vigencia del instrumento en mención (Nov. 2002), se puede hacer uso de la declaración de Lesa Humanidad, para soportar las declaraciones sobre tales crímenes, en las conductas acaecidas después de este fenómeno jurídico. Las mismas resultan viables en la medida en que el instrumento ha sido consagrado bajo una vigencia de norma constitucional en el art. 93, lo cual también obedece a uno de los fenómenos ocurridos en materia de legalidad penal.

Capítulo VII

La necesidad de delimitar el factor de legalidad penal frente a la legitimidad. La norma de derechos humanos y la taxatividad ampliada

1. Elementos de transformación del principio de legalidad penal. Proceso en construcción de la noción amplia del orden interno e internacional.

- 1.1. Los factores de legitimidad asociados a este proceso de transformación en el principio de legalidad penal
- 1.2. El sentido de interpretación frente a las consecuencias en materia de legalidad penal. (Las violaciones de derechos humanos y la imprescriptibilidad)

2. Elementos de lesa humanidad frente a la violación de D.H. y el crimen interno de naturaleza internacional. La búsqueda de legitimidad penal del sistema.

3. La declaración de lesa humanidad bajo la fórmula de la violación de derechos Humanos.

4. El factor común del concepto de lesa humanidad. Desde la violación del DIDH y desde el crimen internacional. (Efectos en el principio de legalidad penal e imprescriptibilidad).

Conclusiones Capítulo VII

Capítulo VII

La necesidad de delimitar el factor de legalidad penal frente a la legitimidad. La norma de derechos humanos y la taxatividad ampliada

Introducción al capítulo VII

En el presente capítulo tiene por objeto demostrar la presencia del concepto de interpretación ampliada del principio de legalidad penal. En este sentido a través de la noción de Bloque de constitucionalidad y sus efectos en materia penal, es viable señalar que las consecuencias del principio de legalidad bajo examen, evidencia elementos relevantes que apuntan en esta dirección en los siguientes aspectos: En la calificación de delitos de lesa humanidad; en la declaratoria de imprescriptibilidad de ciertas conductas; en la calificación de graves violaciones de derechos humanos y del DIH; y finalmente, en las necesidades procesales de justicia material, recurso efectivo, plazo razonable, debida diligencia etc.

Esta interpretación rebasa las fronteras del sistema penal y armoniza efectos entre los derechos humanos, los instrumentos internacionales y el derecho penal, lo cual obedece a las necesidades actuales del principio de legalidad que no puede considerarse aislado del orden jurídico imperante en Colombia. Lo relevante es reconocer si con este recorrido extra penal que ahora se presente demostrar en materia penal, se vulnera la reserva y la certeza legal entre otros aspectos del sistema de legalidad penal.

1. Elementos de transformación del principio de legalidad penal. Proceso en construcción de la noción amplia del orden interno e internacional.

El proceso señalado de transformación del principio de legalidad, implica analizar en el presente capítulo, si en realidad se revela en primer lugar, un factor de internacionalización del sistema penal que en forma innegable parece producirse en mayor medida, desde sus principios orientadores.

En este sentido tal y como lo señala Borja Jiménez, esta ampliación derivada de la internacionalización, se presenta básicamente desde sus fundamentos; en la teoría del

delito o en la teoría de la pena; en la tendencia metodológica de la dogmática penal entre otros aspectos. Si bien esto se ha extendido a diversos países, desde la estructura de la norma jurídico penal se pueden apreciar grandes diferencias desde el plano cultural, étnico, histórico, político, ético y religioso, etc.¹⁰⁷⁴, que van a marcar el desarrollo de instituciones como el principio de legalidad penal.

En ese orden, el proceso de internacionalización que interviene en la legalidad penal, en el caso colombiano, se puede apreciar desde la caracterización del conflicto armado que atrae múltiples factores que van a incidir en la definición precisamente de los delitos y de las penas. Esto se puede observar justamente en los períodos examinados a lo largo de esta segunda parte, en dos etapas que se pueden diferenciar claramente. En efecto: en una primera etapa, anterior a la Constitución de 1991, se produjeron quizá los efectos más graves en el sistema penal; esta tuvo lugar a finales de los años setenta y se prolongó hasta los noventa como se observa en la sentencia analizada sobre el estatuto de seguridad (Decreto 1923 de 1978). En muchos casos, esta etapa estuvo marcada por las graves violaciones a los derechos humanos, que aún no reciben la atención punitiva adecuada.

La segunda etapa se originó a partir de la nueva orientación constitucional derivada de la Carta de 1991, frente al principio de legalidad penal. En virtud de este fenómeno se le otorgó al sistema penal una significativa ampliación del orden interno, producida por la nueva carta política; además se generó la posibilidad de dotar de contenidos a ciertos delitos que necesitaban de la interpretación internacional como por ejemplo las conductas contra el DIH. De igual forma, este fue un período de grandes avances y reformas en materia de adecuación del orden interno a los estándares de justicia a nivel internacional¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷⁴ BORJA JIMENEZ Emiliano. Entre lo Universal y lo particular en el Derecho Penal. Editorial Tirant Lo Blanche. Valencia España 2012. PAG. 12

¹⁰⁷⁵ También hay que adicionar a esta tendencia los elementos aportados por las agencias internacionales como USAID, GIZ la AECID que han propiciado los estudios sobre reformas penales en América Latina, al igual que los procesos en los que se han adicionado fundamentos en los instrumentos regionales europeos y en las acciones internacionales de las Naciones Unidas. Frente a este último factor, los avances con respecto al tráfico de estupefacientes o la consolidación de la justicia universal, con la creación de la Corte Penal Internacional, han generado una tendencia de extensión más allá de las fronteras del Estado del modo de concebir el sistema penal. IBÍD. PAG. 13.

En esta nueva etapa se observan a su vez dos fases: la primera inicia con la Carta, en la cual la legislación punitiva era insuficiente con respecto a la nueva constitución de 1991. La segunda fase se puede observar después de la vigencia de la ley 599 de 2000. En todo caso, en esta nueva orientación, en las dos fases comentadas, se impone el criterio del imperio de la ley penal y reserva legal para regular las materias susceptibles de punición, junto con la tesis del bloque de constitucionalidad que empieza a ser determinante¹⁰⁷⁶.

A lo anterior solo habría que añadir que, si bien se mantiene este criterio de taxatividad de la ley penal¹⁰⁷⁷, se debe relacionar frente a la inclusión de instrumentos internacionales en la codificación penal (art 2, ley 599 de 2000); lo cual puede ejercer notable influencia en los presupuestos de interpretación¹⁰⁷⁸, máxime si todo ello debe corroborarse con los principios constitucionales que también desarrollan este criterio de ley preexistente pero ampliada desde el bloque de constitucionalidad, analizado en puntos anteriores¹⁰⁷⁹. Por supuesto este criterio se debe asociar a toda la normatividad internacional que hace parte

¹⁰⁷⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ Ob. Cit. PAG. 57.

¹⁰⁷⁷ Los postulados nacionales sobre el particular, en opinión de Juan Fernández Carrasquilla, siguen esta corriente. Además, en la Constitución de 1991, en su art. 29.2, se enuncia en materia penal el desarrollo de "leyes preexistentes al acto que se imputa", y cuyo art. 150 atribuye privativamente al Congreso la función de hacer las leyes. Es decir, existe un criterio de estricta legalidad. **FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan.** Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal. Bogotá D.C. Segunda Edición. Grupo Editorial Leyer, 2000 pags. 128 y 129.

¹⁰⁷⁸ Nuevamente es pertinente recordar que el principio de taxatividad es una de las expresiones más determinantes del principio de legalidad, descrito en el art. 6 de la ley 599 de 2000, que señala: "[...] Art. 6.- Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados. La analogía sólo se aplicará en materias permisivas [...]" [el subrayado es mío].

¹⁰⁷⁹ Art. 6º de la Constitución Política de 1991, que señala la responsabilidad de los ciudadanos frente a la ley preexistente. Este precepto menciona que nadie podrá ser detenido, ni arrestado o reducido a prisión sino conforme a las normas previamente descritas en la ley. Los artículos mencionados de la Constitución de 1991, señalan lo siguiente: "ART. 6º —Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. ART. 28.—Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles [...]"

del bloque citado y, por ende, se debe entender que hace parte de la Constitución misma (por ejemplo, PIDCYP)¹⁰⁸⁰.

En síntesis, se puede aseverar que pese a las influencias diversas en cada uno de los períodos mencionado, la interpretación de los elementos en materia de legalidad penal, no ha tenido mayores cambios que los ocurridos en el último tiempo, sin variar en gran medida el criterio de la ley taxativa, incluso constitucional. Es posible que debido a la decisión judicial se reitere esta premisa desde la estructura consagrada en la ley penal (L. 599 de 2000), lo cual permite asegurar unos primeros elementos de análisis que rodean esta primera conclusión.

Frente a este asunto, Heliodoro Fierro sostiene que la Corte Constitucional ha entrado a reconocer elementos de derecho viviente que se pueden catalogar como relativos, en materia penal; en este sentido, es posible que tales elementos varíen este concepto de certeza legal¹⁰⁸¹. No obstante dicha postura, es preciso reiterar que en este punto de legalidad penal, pese a las grandes influencias descritas, las decisiones del Alto Tribunal no modifican este concepto de legalidad penal, como tampoco se puede determinar que este derecho viviente se conciba bajo tales presupuestos de relatividad jurídica nacional, conforme al análisis descrito en el aparte anterior. Aunque en muchos casos las decisiones en materia penal (Caso Galán, Caso Palacio de Justicia etc.), han generado agudas polémicas en el orden interno, las mismas pueden enmarcarse dentro de la jurisprudencia progresista de tipo histórico y teleológico prevalente, sobre elementos sistemáticos o lógicos, con ingredientes relevantes de la praxis social, pero en ningún caso, bajo fundamentos de derecho relativo en los términos contemporáneos.¹⁰⁸²

¹⁰⁸⁰ Esta orientación también aparece en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15.1). Según esta norma: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional". Este pacto fue suscrito por Colombia en diciembre 21 de 1966, aprobado mediante Ley 74 de 1968, depósito de instrumento de ratificación en octubre 29 de 1969 y entrada en vigor para Colombia en marzo 23 de 1976.

¹⁰⁸¹ **FIERRO MENDEZ Heliodoro**. Los elementos del delito y algunos principios fundamentales en el marco del conflicto armado interno. Edit. Instituto Colombiano de Criminología y Derecho Penal. Cali Valle del Cauca, Noviembre de 2014. PAG. 36.

¹⁰⁸² Bobbio analiza este aspecto como uno de los problemas de la interpretación formal del derecho. En este caso las características de una teoría formalista del derecho son rasgos del método adoptado para interpretar y aplicar las leyes o de la función atribuida al intérprete o de ambos. Es considerada formalista por ejemplo la preferencia dada a la interpretación lógica y sistemática frente a la histórica y teleológica. A esta se refiere la controversia entre jurisprudencia conceptual y jurisprudencia de intereses. Por ejemplo se trenza la idea del juez declarativo de las leyes vigentes, sin la facultad de crear nuevo derecho. Así quien valore las

Sobre el particular, conviene mencionar que el derecho viviente también puede obedecer a posturas neopositivistas que pretenden dar prevalencia a los derechos humanos fundamentales, lo cual, en algunos casos, puede coincidir con las posturas relativistas que conciben el origen del derecho bajo la decisión judicial, pero en ningún caso corresponden a dicha tesis. Esto último tampoco obedece al relativismo de Radbruch, más cercano a las corrientes de hermenéutica analógica del derecho que también es positivista.

A lo sumo lo que se ha permitido es la extensividad penal, como forma de flexibilidad del principio de legalidad penal, por medio del bloque de constitucional. Esto ocurre frecuentemente, tanto en tipos en blanco, como en tipos abiertos, al igual que en algunas circunstancias procesales del principio de legalidad que más adelante se analizan.

Así mismo, después de la legislación de 2000, lo que se ha destacado es la prevalencia de los instrumentos de derechos humanos y del DIH en materia penal que han dotado a la dogmática penal tradicional, los cuales también hacen parte de la extensividad penal referida, que es tolerada en nuestro sistema penal y que se amplía frente al problema actual de la legalidad penal, tal y como se analiza en los siguientes puntos.

1.1. Los factores de legitimidad asociados a este proceso de transformación en el principio de legalidad penal

A nivel nacional es posible afirmar que no siempre ha regido el sistema penal bajo la conjugación de los elementos¹⁰⁸³ de legitimidad en forma integral. En este sentido, se observan grandes momentos de inseguridad jurídica; junto con graves limitaciones de derechos humanos y en algunos casos con suspensión de la legalidad vigente bajo los estados de excepción constitucional o denominados estados de sitio. Todo lo anterior está relacionado con episodios de graves violaciones de derechos humanos y de configuración de crímenes internacionales¹⁰⁸⁴.

argumentaciones sistemáticas y lógicas prefiere un juez que declara el derecho existente y quien da preferencia a la investigación de los fines sociales y de los intereses prefiere un juez creador del derecho. **BOBBIO Norberto** Ob. Cit. 1999 PAG. 28

¹⁰⁸³ Estos elementos corresponden a los citados anteriormente: seguridad jurídica, vigencia del derecho positivo o legalidad, Estado de Derecho, democracia y prevalencia de Derechos Humanos.

¹⁰⁸⁴ Si bien podría citarse directamente un instrumento internacional asociado a la temática y vigente en el orden interno nacional, lo relevante del siguiente texto es la interpretación en conjunto de los alcances de

Frente a este panorama, en los últimos treinta y cinco años –por lo menos– ha habido una obligación fundamental del sistema penal pendiente, que en los tiempos actuales constituye una exigencia para los Estados (de alcance internacional), incluso para el ámbito dogmático penal, que se traduce en la lucha contra la impunidad.

En efecto, este último problema permanece allí latente, en un sistema que necesariamente comienza a requerir apoyo de otras instancias internacionales y que ejerce notable influencia en el ordenamiento punitivo, por ejemplo: frente al concepto de impunidad que se representa en aquellas situaciones en que los Estados deben adoptar medidas para satisfacer las obligaciones de asegurar que los responsables sean procesados conforme al DIDH y la reparación de las víctimas ¹⁰⁸⁵. Para fijar el alcance de este concepto de impunidad, se tiene claro que si bien la definición del delito le otorga seguridad al ciudadano sobre el catálogo de prohibiciones punitivas, este fundamento además requiere de su posterior persecución y ejercicio de cumplimiento punitivo efectivo. Todo esto se fortalece a partir de las remisiones que sean posibles en virtud del principio de legalidad y de la figura de reenvío a los instrumentos internacionales, como se mencionó anteriormente¹⁰⁸⁶.

instancias internacionales y los efectos en virtud de la ejecución de los diversos tratados que las componen. Si bien su contenido puede calificarse de Soft Law Internacional, lo relevante del documento E/CN.4/2005/102 del 18 de febrero de 2005, referido a los principios en la lucha contra la impunidad, implica la actualización de ciertos aspectos definidos internacionalmente, bajo las exigencias vertidas a través de otros instrumentos que si son vinculantes en el orden interno. De lo anterior resulta el principio de instauración de políticas de lucha contra la impunidad que revelan que “aunque los Estados deben cumplir sus obligaciones previstas en el derecho internacional no hay una respuesta única frente a las violaciones graves de los derechos humanos”. **DOCUMENTO DE ACTUALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD.** Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 61 Período de sesiones, Documento E/CN.4/2005/102 de 18 de febrero de 2005. PAG.. 6 y 7.

¹⁰⁸⁵ En el texto citado se observa una definición de “impunidad” que debe interpretarse a la luz del primer párrafo del principio 18/principio actualizado 1,. “*Los estados deben asegurar una gama de medidas para luchar contra la impunidad. El hecho de que un Estado satisfaga una de sus obligaciones, como el deber de asegurarse de que sean procesados los responsables de delitos graves conforme al derecho internacional, no exime a ese Estado de sus obligaciones independientes, incluidas las que tienen que ver con la reparación de los perjuicios sufridos, el derecho a saber y, en términos más generales, la forma de evitar la repetición de dichas violaciones*” **DOCUMENTO DE ACTUALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD.** Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 61 Período de sesiones, Documento E/CN.4/2005/102 de 18 de febrero de 2005. PAG. 19.

¹⁰⁸⁶ Esto es relevante pues, junto con las obligaciones derivadas de los sistemas de protección de derechos humanos, la aparición de los tribunales penales internacionales e internacionalizados, en los últimos 12 años, implica un componente de creciente importancia de la obligación general de los Estados de velar por el enjuiciamiento de los delitos graves con arreglo al derecho internacional. IBÍD. PAG. 19

Por último, las violaciones citadas, que además se configuraban en hechos punitivos, no tenían la suficiente correspondencia legislativa en materia de definición de conductas con el código penal, como por ejemplo los graves atentados del DIH, los cuales tenían que regirse bajo una legislación que no los cobijaba en el Código (decreto ley 100 de 1980) que rigió hasta el año 2001¹⁰⁸⁷.

Frente a este factor, el principio de legalidad penal se tornaba insuficiente para atender casos de lesa humanidad o infracciones al DIH. Sin duda, esto también afectó su debida persecución penal, lo que derivó en graves situaciones de impunidad en las definiciones internacionales de la materia y sobre todo fue en detrimento de su posible prescripción¹⁰⁸⁸. Estas consecuencias, que corresponden más al ámbito de la interpretación que se analizarán en el siguiente aparte, reflejan la insuficiencia en materia de legitimidad del

¹⁰⁸⁷ Frente a este tema, “[...] el Consejo de Estado clasificó los más graves crímenes de guerra y de lesa humanidad con responsabilidad del Estado de los últimos 25 años [...]”. Con respecto a esto último, es interesante que se haya hecho en el Consejo de Estado, toda vez que desde allí se revela la trascendencia de legitimidad del sistema penal como función del Estado en su estructura, lo cual revela que dicho asunto, en el tiempo examinado, no es de exclusiva interpretación en el campo punitivo. En efecto, “en el dossier del Consejo de Estado por ejemplo se revela que aunque en los 160 casos seleccionados el Estado sale mal librado, ello no quiere decir que se trate de acciones u omisiones exclusivas de la Fuerza Pública o de instituciones oficiales. Por el contrario, muchos de los sucesos incluidos en el informe también tienen que ver con hechos perpetrados por los grupos guerrilleros o las facciones del paramilitarismo, sólo que al ser evaluados por la justicia administrativa, se concluyó que la cobertura del Estado fue insuficiente y, de una manera u otra, permitieron fatales desenlaces”. **QUEVEDO HERNANDEZ Norbey** Diario El Espectador. Investigación El dossier de las últimas violaciones a los derechos humanos. 28 de Febrero de 2015. Disponible en:

<http://www.elespectador.com/noticias/investigacion/eldossierdeultimasviolacioneslosderechoshumanosarticulo546757>. Consultada el 28.02.2015.

¹⁰⁸⁸ Frente a este aspecto, el documento de actualización sobre los principios en la lucha contra la impunidad señala en primer lugar una referencia a la doctrina jurídica *non bis in idem* vista de las tendencias jurídicas recientes. Como se señaló en el Estudio Independiente (párrs. 36 y 37), los estatutos de tribunales penales internacionales recientemente creados contienen disposiciones que permiten someter a un segundo juicio al demandado que sea procesado en relación con un acto por el que ya ha sido enjuiciado en un tribunal nacional si la vista de la causa por el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente o si la causa no se tramitó con la diligencia necesaria. Los parlamentos de diferentes países han adoptado disposiciones en este sentido. De igual forma respecto del alcance de las obligaciones adoptadas, se reconoce la imprescriptibilidad de determinados delitos, en vista de la definición revisada de los delitos graves con arreglo al derecho internacional (véase el párrafo 13). En tal sentido para determinados delitos incluidos en la definición actualizada se pueden aplicar normas algo diferentes respecto de la imprescriptibilidad y derecho en este ámbito está evolucionando. Por consiguiente, si bien el texto revisado no especifica qué delitos internacionales son imprescriptibles, se ha observado una tendencia general en la jurisprudencia internacional a reconocer cada vez más la importancia de esta doctrina no sólo para delitos internacionales como los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra sino también para violaciones graves de los derechos humanos como la tortura. **DOCUMENTO DE ACTUALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD.** Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 61 Período de sesiones, Documento E/CN.4/2005/102 de 18 de febrero de 2005. PAG. 21 y 22.

sistema, bien por las carencias legislativas internas o por los actos que se adoptan como medidas de excepción que terminan erigiéndose en actos ilegítimos del sistema¹⁰⁸⁹.

En este sentido se presentan tres variables que cuestionan la legitimidad del sistema y por ende la legalidad penal, a saber: por un lado, la manifestación de medidas de excepción, que en algunos casos se pueden considerar como ilegítimas, no afectaron a todo el sistema, pero sí causaron efectos en algunos ámbitos punitivos. A este fenómeno lo vamos a calificar como la presencia de actos ilegítimos (por ejemplo, el Decreto 1923 - Estatuto de Seguridad- de 1978 - 1982) en el sistema penal durante su tiempo de vigencia, los cuales generaron efectos que persisten en la actualidad.

Por otro lado, se presenta un lento desarrollo de la legalidad de los delitos que han generado un derecho insuficiente frente a graves violaciones de derechos humanos, aun después de la suscripción del Estatuto de Roma de 1998. A este suceso lo podemos denominar un caso de legalidad aparente¹⁰⁹⁰. Finalmente aparece una constante de impunidad en estos casos de graves violaciones de derechos humanos que se traducen en crímenes internacionales, los cuales aún no tienen un adecuado desarrollo interno, pese a algunos esfuerzos frente a crímenes de violencia sexual. Este fenómeno puede considerarse como un caso de ineficacia en materia de justicia material, marcado por insuficiencia legislativa e inoperancia procesal.

Estos tres problemas desencadenan multiplicidad de cuestionamientos en materia de legitimidad, toda vez que afectan sus componentes esenciales: en primer lugar, la legalidad y particularmente la prevalencia de los derechos humanos fundamentales. Como consecuencia de lo anterior también se afecta la seguridad jurídica, dados los rasgos de impunidad e inoperancia procesal mencionados. En este orden de ideas, se puede presentar un suceso en el cual el principio de seguridad jurídica puede pugnar con el valor material de justicia. Es decir, debido a que la seguridad jurídica fija límites y exigencias que aun siendo razonables pueden crear desigualdades entre los sujetos que

¹⁰⁸⁹ Esto último, siguiendo la definición de Bobbio de legitimidad jurídica. Más adelante se retomará dicha definición. **BOBBIO Norberto Et. Al.** DICCIONARIO DE POLÍTICA. Legitimidad. Siglo Veintiuno Editores. Primera Edición en Español. México D.F. 1982. PAG. 892.

¹⁰⁹⁰ Juan Antonio Rinesi lo define en estos términos. Más adelante se retomará este tema. **RINESI Juan Antonio.** Legalidad. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XVIII. Editorial Bibliográfica Omeba. Ancalo S.A. Buenos Aires, Argentina 1974. PAG. 27

cumplen o no tales requisitos. Esto puede ser razonable y objeto –según Eduardo Espin– de una ponderación entre el principio de seguridad jurídica y el valor de justicia, para determinar hasta qué punto debe prevalecer uno u otro¹⁰⁹¹.

Es decir, en materia de legitimidad aparecen elementos que han afectado el sistema y por ende el principio de legalidad penal. Por ahora es conveniente señalar la presencia de las variables citadas y las perspectivas que se pueden plantear desde la violación de derechos humanos, como se expondrá a continuación, los cuales se convierten en factores que irradian el principio de legalidad.

1.2. El sentido de interpretación frente a las consecuencias en materia de legalidad penal. (Las violaciones de derechos humanos y la imprescriptibilidad)

Hasta el momento, el fundamento establecido revela que antes del ER no aparece otro instrumento internacional suscrito que defina aspectos punitivos en forma concreta y que ejerza influencia en el orden interno, sobre todo en el punto de discusión del alcance de la legalidad frente a los instrumentos internacionales. En otras palabras, se presentan acontecimientos que también afectan al sistema de legalidad penal, especialmente en las declaratorias de lesa humanidad, con sus efectos de imprescriptibilidad antes de la vigencia del ER. Sobre este aspecto, es de tener en cuenta que el Estado Colombiano no ha ratificado la convención de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad de 1968¹⁰⁹² y por lo tanto resulta conveniente explorar a continuación otros fundamentos.

En efecto, revisados los fundamentos legales de la prescripción y sobre todo del alcance de los instrumentos de derechos humanos en materia penal, ha quedado establecido que, salvo algunos esfuerzos legislativos recientes y parciales, no aparecen otros fundamentos legales precisos en el sistema penal que definan los dos aspectos de análisis, sobre todo para crímenes del pasado, anteriores a dicha normatividad. En consecuencia, se han

¹⁰⁹¹ **ESPIN EDUARDO** Et. Al. Ob. Cit. PAG. 66

¹⁰⁹² Entrada en vigor el 11 de noviembre de 1970. Colombia no la ha ratificado. En su artículo 1º se señala el alcance de estos dos tipos de conductas y, a su vez, se genera otro precedente necesario para el establecimiento de una jurisdicción internacional. O'Donnell Et. Al. *Compilación de Instrumentos Internacionales*, Edit. Oficina de Naciones Unidas. Bogotá D.C. Colombia. 2002. PAG. 475

realizado algunos esfuerzos en los crímenes de lesa humanidad al orden penal, como por ejemplo la violencia sexual contra las mujeres (a través de la ley 1719 de 2014), la ley 1512 de 2012, el marco jurídico para la paz, el propio Estatuto de Roma, los elementos del crimen, etc., los cuales no han sido suficientes.

Bajo este panorama, se observa que el problema del principio de legalidad frente a la carencia legislativa anterior, y aun en la actualidad, surge nuevamente de la necesidad de legitimación del sistema penal desde el ámbito externo. Esta postura en la que coinciden incluso las posiciones dogmáticas actuales, aun en sus extremos bien moderados o radicales¹⁰⁹³, implica, según Grosso, un imperativo irrenunciable de un derecho penal en un Estado Constitucional, que ningún sistema con pretendida validez puede desconocer¹⁰⁹⁴.

Con lo anterior no se quiere afirmar que el sistema dogmático –mediante el cual se proyecta el principio de legalidad en la totalidad de sus formas, como en el caso colombiano– no tenga validez en sí mismo, ni que sus construcciones sean inadecuadas para resolver los problemas de imputación actuales; sino que este sistema hace parte, a través del principio de legalidad, de un factor de legitimidad constitucional de mayor entidad en la estructura del Estado. Sin este fundamento, las construcciones, por correctas que sean y aunque atiendan los presupuestos de la dogmática contemporánea, sufren serios problemas con respecto a la legitimación. Así parece abrirse paso en la postura de la Corte Suprema de Justicia actual toda vez que en decisiones recientes como por ejemplo de 15 de junio de 2015 (Proceso No 45795) no se limita a determinar la existencia de elementos que impiden la prescripción de la conducta y aquellos que configuran las conductas de lesa humanidad conforme a los elementos del DPI, sino que también verifica el alcance de los actos que se configuran en una grave violación de derechos humanos conforme a los instrumentos interamericanos¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹³ Grosso señala que aun en Jakobs y en las propuestas normativistas, se reconoce la necesidad de una legitimación externa del sistema, que consulte algo más que el solo conjunto de normas del derecho penal. **GROSSO GARCIA Manuel Salvador**. Ob. Cit. Pag. 266

¹⁰⁹⁴ En el sentir de Grosso, incluso la postura de Jakobs renuncia a discutir los problemas de legitimación de la imputación, por considerar que esta debe ser meramente descriptiva. **IBÍD.** Pags. 264 a 266

¹⁰⁹⁵ **COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia**. Sala de Casación Penal. Rad. No 45795 de 15 de julio de 2015 M.P. Eyder Patiño Cabrera.

Este asunto obedece al caso nacional, toda vez que se ha sufrido desde el orden constitucional, como se afirmó en el capítulo cuarto, de solidez institucional y estabilidad; lo cual ha generado consecuencias, sin que al parecer el sistema penal tome en cuenta tales situaciones en sus desarrollos dogmáticos actuales. Además, esto ocurre por cuanto los fundamentos del sistema dogmático de la teoría del delito, una vez ingresan al sistema punitivo, cobran vida propia y estructuralmente adquieren un criterio autónomo, incluso frente al sistema constitucional, pese a que la normativa colombiana, en muchos casos, acude a los fundamentos superiores de la Carta Política.

Por otro lado, en diversos casos se aborda la discusión desde el orden constitucional, como el plexo axiológico del cual se nutre el sistema penal y que al final puede ser definitivo en desarrollar un caso específico; como parece reflejarse en el asunto de la CSJ citado anteriormente. Sin embargo, sigue latente el interrogante respecto a qué sucede si, desde esta frontera del sistema constitucional, el mismo se encuentra afectado por serios problemas de legitimidad a lo largo de la historia. Precisamente estos elementos de crímenes internacionales como los de lesa humanidad, presentes en actuaciones aún sin resolver en la actualidad, indican justamente estas afectaciones en materia de legalidad que se traducen en actuaciones donde se cuestiona, en determinado momento, la legitimidad del Estado en el orden internacional y por lo tanto resultan viables las posturas de la CSJ en este sentido¹⁰⁹⁶.

En definitiva, para dar claridad a la teoría estudiada resulta conveniente continuar con el argumento de sometimiento a la legalidad penal y tratar de evidenciar, a partir de allí, los fundamentos posibles desde la propuesta trazada que se orienta por la corrección del

¹⁰⁹⁶ En este sentido se puede citar la decisión de la CSJ de 15 de mayo de 2013 en la que si bien no varía la calificación de los delitos de concierto para delinquir, lesiones personales y homicidio agravado por la masacre de Segovia, sostiene la connotación de lesa humanidad que tienen los homicidios perpetrados. La Corte señala: "En consecuencia, la incorporación de cláusulas internacionales de derechos humanos que giran en torno a la dignidad del ser humano como universo social y concepto ético, permiten una lectura distinta de los principios del derecho penal tradicional y un mayor nivel de protección penal ante graves atentados contra derechos humanos fundamentales, para no dejar de cumplir por defecto el principio de proporcionalidad. En ese sentido, es posible mantener la tipificación de la conducta y la pena vigente al momento de ejecución de la conducta y el desvalor de la misma pero apreciado en el momento de su persecución penal, con lo cual se articula el principio de legalidad penal tradicional y los cometidos de verdad, justicia y reparación, tan en la base del lenguaje del derecho penal internacional". **COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia.** Sala de Casación Penal. Sentencia de 15 de mayo de 2013. Rad. 33118. Unica Instancia. Presidente de Sala José Leonidas Bustos.

sistema mediante la fórmula de aplicación de los derechos humanos en materia penal, bien sea para el presente o para el pasado del sistema.

Esto no significa que se alteren los presupuestos universales de la legalidad penal, simplemente se someten a nuevas exigencias. Por ejemplo, en virtud del bloque de constitucionalidad, este principio adquiere un contenido mayor, toda vez que las normas que se integran mediante esta vía tienen la misma jerarquía que los preceptos de la Carta Política (conforme al art. 93.1) y ejercen su función de protección en materia penal de derechos fundamentales. En ningún caso la disposición internacional constituye un referente autónomo para el control constitucional o el ejercicio de fundamentos en materia de legalidad, por cuanto la integración normativa debe partir de una interpretación armónica, teleológica y sistemática de la Carta Política en su conjunto¹⁰⁹⁷.

Bajo este contexto, la Corte Constitucional sostiene que en casos como el de la Convención Americana de Derechos Humanos, dicho instrumento forma parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, debe ser utilizado como parámetro que guíe el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas¹⁰⁹⁸.

Sin embargo, el alto Tribunal advierte que ello no significa que las normas pertenecientes al bloque adquieran el rango de normas supraconstitucionales, toda vez que es necesaria la confrontación de una ley con un tratado internacional para interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución¹⁰⁹⁹. Es decir, las normas de la Convención, junto con la constitución, forman un bloque de constitucionalidad que

¹⁰⁹⁷ La Corte Constitucional advierte que este fundamento se debe confrontar con las Sentencias C-028 de 2006 y C-355 de 2006. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-488 de 22 de julio de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio.

¹⁰⁹⁸ En tal sentido, es necesario resaltar que en los últimos años han tomado fuerza las interpretaciones sistemática y teleológica de los tratados internacionales, las cuales permiten ajustar el texto de las normas internacionales a los cambios históricos. Así pues, en la actualidad, el contexto que sirve para interpretar una determinada norma de un tratado internacional, no se limita al texto del instrumento internacional del cual aquella hace parte, sino que suele abarcar diversos tratados que guardan relación con la materia objeto de interpretación; a pesar de que estos últimos hagan parte de otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. En otros términos, los tratados internacionales no se interpretan de manera aislada sino armónicamente entre sí, con el propósito de ajustarlos a los diversos cambios sociales y a los nuevos desafíos de la comunidad internacional, siguiendo para ello unas reglas hermenéuticas específicas existentes en la materia, las cuales conducen a lograr una comprensión coherente del actual derecho internacional público. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 028 de 2006 de 26 de enero de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

¹⁰⁹⁹ IBÍD.

constituye la supremacía de esta frente a la ley. Para estos casos, el principio de legalidad y las normas de la convención se encuentran en igualdad jerárquica frente al ordenamiento constitucional y por ende frente al sistema penal.

La Corte Constitucional advierte que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en el artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica, ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. En este sentido, “los tratados internacionales sobre derechos humanos deben interpretarse en forma armónica, partiendo, por supuesto, de los pronunciamientos que sobre los mismos han realizado las instancias internacionales encargadas de velar por el respeto y garantía de estos. Luego de este proceso se debe armonizar en el sentido teleológico el instrumento correspondiente, en relación con la norma interna para configurar la sistematicidad exigida en el Bloque de Constitucionalidad”¹¹⁰⁰.

En el caso que analizamos, además de esta interpretación sistemática y teleológica, bastaría con adicionar el factor histórico crítico, expuesto en el capítulo V del presente trabajo, como elemento para determinar el desarrollo completo de las figuras provenientes de derechos humanos y su incidencia en el campo penal¹¹⁰¹.

En segundo término, los contenidos emanados de la jurisdicción de derechos humanos, traducidos en la jurisprudencia de las instancias internacionales, constituyen una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos justamente en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, lo cual no

¹¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 028 de 2006 de 26 de enero de 2006, M.PAG. Humberto Sierra Porto.

¹¹⁰¹ Al respecto, la Corte definió el bloque de constitucionalidad como “aquella unidad jurídica compuesta “por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución” (Sentencia C-225 de 1995). La anterior consideración, como es bien sabido, pone de presente, tal y como se manifestó en la sentencia C-067 de 2003, que la normatividad constitucional no es un privilegio exclusivo de los artículos que formalmente integran el texto de la Carta Política; sino que el Estatuto Superior está compuesto por un grupo más amplio de principios, reglas y normas de derecho positivo, que comparten con los artículos del texto de la Carta la mayor jerarquía normativa en el orden interno. En ese orden de ideas, la noción del bloque de constitucionalidad permite vislumbrar el hecho de que la Constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional, puesto que existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también hacen parte del mismo. IBÍD.

es equivalente a considerar que a dicha jurisprudencia se le otorga directamente, el carácter de normas constitucionales¹¹⁰². En el terreno penal, es reciente la alusión a la relación de las normas de protección en materia de derechos humanos provenientes del bloque constitucional, frente al proceso penal, bien en la esfera de los derechos fundamentales tanto en su dimensión subjetiva (libertad personal) como en su dimensión objetiva (poderes estatales y límites a la función legislativa)¹¹⁰³.

Si contienen la naturaleza mencionada pueden ser alegados en cualquier proceso y por cualquier vía (ordinaria, de amparo o *habeas corpus*). En estos casos se garantiza que el proceso obedezca a una autoridad judicial, independiente e imparcial; que se cumplan las prohibiciones y se establezca la función, respecto de la protección de derechos fundamentales; y finalmente que las intervenciones, en materia de derechos fundamentales, sean proporcionales y necesarias en el curso de la actuación penal.¹¹⁰⁴

Las anteriores previsiones desarrollan especialmente las -garantías judicial y de recurso efectivo-, que implican que las actuaciones de las autoridades competentes, respecto de la intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, deben ser proporcionales. Este juicio, con sus elementos y realización, dependerá de factores tales como la gravedad de los hechos delictivos investigados, las necesidades de la investigación, el grado de afectación del derecho, la necesidad de la prueba, entre otros¹¹⁰⁵.

En otras palabras, la variable de ejecución de los instrumentos de derechos humanos en materia penal se relaciona un poco más con situaciones de cumplimiento procesal

¹¹⁰² RAMELLI ARTEAGA Alejandro. Ob. Cit. PAG. 51.

¹¹⁰³ Una de las principales garantías judiciales consiste en que el proceso debe ser sustanciado por una autoridad judicial que ofrezca garantías objetivas y subjetivas de independencia e imparcialidad. En caso de que aquello no suceda, el afectado es titular de un derecho a invocar dicha garantía, bien sea acudiendo a las clásicas nulidades procesales, o a la acción de tutela, según el caso. IBÍD. PAG. 61.

¹¹⁰⁴ Se imponen prohibiciones y deberes concretos de actuación a los funcionarios judiciales en el curso del proceso penal, en especial, en casos de delitos sexuales cometidos contra menores de edad (verbigracia, ponderar las garantías procesales del victimario con el interés superior del menor). El proceso penal constituye un escenario privilegiado de restricción del ejercicio de derechos fundamentales. En efecto, mediante una decisión judicial se puede llegar a limitar severamente la libertad individual. De igual manera, en el curso de la investigación se suelen practicar allanamientos, registros, interceptaciones de comunicaciones, tomas de muestras y fluidos, etcétera; es decir, medidas de intervención en el derecho a la intimidad, encaminadas todas ellas a determinar la responsabilidad penal de un individuo. **RAMELLI ARTEAGA Alejandro**. Ob. Cit. PAG. 61.

¹¹⁰⁵ IBÍD. PAG. 61.

efectivo, en materia de justicia penal¹¹⁰⁶. Inicialmente este procedimiento permite armonizar las obligaciones procedentes de la justicia internacional con los referentes del derecho interno¹¹⁰⁷.

Ahora bien, en el terreno de las graves violaciones de derechos humanos que se relacionan con la comisión de delitos, las sucesivas condenas revelan el ámbito de protección del sistema, que si bien afecta como responsable al Estado, se representa en acciones que se tienen que traducir en la comisión de conductas punibles y en su debido enjuiciamiento penal. Por ejemplo, en la sentencia de los 19 Comerciantes vs. Colombia¹¹⁰⁸, los derechos objeto de vulneración se tradujeron en declarar probadas las violaciones a los derechos a la vida e integridad personal (art. 4º y 5º)¹¹⁰⁹ y a la libertad

¹¹⁰⁶ Estas medidas de intervención en un derecho fundamental (verbigracia, una interceptación telefónica, una toma de sangre, un allanamiento, etcétera) será proporcional si: 1) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo (*principio de idoneidad*); 2) si se trata de la medida más benigna para el derecho intervenido, entre todas aquellas que revistan la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto (*principio de necesidad*); y 3) si la importancia de los objetivos perseguidos por la medida de intervención en el derecho fundamental guarda una adecuada relación con el significado del derecho intervenido, es decir, si las ventajas que se obtienen mediante la intervención compensan los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general (*proporcionalidad en sentido estricto*). En **RAMELLIAlejandro** Cit. PAG. 61. **BERNAL PULIDO Carlos**, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003, PAG. 36.

¹¹⁰⁷ Así, por ejemplo, mediante la acción de tutela se ha buscado dotar de mayor eficacia interna a las medidas cautelares decretadas por la CIDH y las provisionales proferidas por la Corte IDH. De igual manera, la sentencia C-004 de 2003, mediante la cual se amplió (por vía del bloque de constitucionalidad) el sentido y la función que está llamada a cumplir la acción de revisión en Colombia, se lograron articular los fallos proferidos por la CteIDH, al igual que las recomendaciones emitidas por la CIDH y el Comité de Derechos Humanos, con los procesos penales internos. **RAMELLI ARTEAGA Alejandro** Ob. Cit. PAG. 61.

¹¹⁰⁸ En el sistema interamericano, en el caso de los 19 comerciantes se presentó la demanda ante la Comisión, con base en el art. 61 de la Convención Americana, con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los arts. 4 (Derecho a la Vida) y 7 (Derecho a la Libertad Personal) de la Convención Americana por la detención, desaparición y ejecución, el 6 de octubre de 1987, de los comerciantes Alvaro Lobo Pacheco, Gerson Rodríguez, Israel Pundor, Angel Barrera, Antonio Flórez Contreras, Carlos Arturo Riatiga, Victor Ayala, Alirio Chaparro, Huber Pérez, Álvaro Camargo, Rubén Pineda, Gilberto Ortiz, Reinaldo Corso Vargas, Hernán Jáuregui, Juan Bautista, Alberto Gómez, Luis Sauza, Juan Montero y Ferney Fernández (en adelante "las presuntas víctimas" o "los 19 comerciantes") en el municipio de Puerto Boyacá, departamento de Boyacá, región del Magdalena Medio. Asimismo, la Comisión solicitó al Tribunal que decidiera si el Estado violó los arts. 5 (Derecho a la Integridad Personal), 8.1 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en perjuicio de las presuntas víctimas y sus familiares; también que determinara si Colombia incumplió las disposiciones del art. 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de dicho tratado, en relación con los últimos dos artículos alegados. La Comisión alegó que los hechos fueron cometidos por el grupo "paramilitar" que operaba en el municipio de Puerto Boyacá con el apoyo y autoría intelectual de oficiales del ejército colombiano. **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004.

¹¹⁰⁹ En el caso de los 19 comerciantes, y de conformidad con las sentencias emitidas en los procesos internos (*supra* párr. 85.f y 85.h), se trató de la comisión de tales asuntos por parte de miembros del grupo "paramilitar" que operaba en Puerto Boyacá, que dieron muerte a las presuntas víctimas y posteriormente descuartizaron sus cuerpos y los lanzaron a las aguas del caño "El Ermitaño", afluente del río Magdalena. Han

personal (art. 7º), consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos¹¹¹⁰. Del mismo modo, en el caso del debido enjuiciamiento también se declaró responsable al Estado de la vulneración a las garantías judiciales y protección judicial (arts. 8.1 y 25 de la Convención).

En este caso, uno de los principales argumentos se centró en que los recursos judiciales utilizados por el Estado con el fin de esclarecer la muerte de las presuntas víctimas, “no satisfacen los estándares de justicia previstos en la Convención Americana”. Pues se debe proveer el acceso a la justicia, las garantías de legalidad, independencia e imparcialidad dentro de un plazo razonable, así como la obligación general de proporcionar un recurso judicial eficaz frente a la violación de los derechos fundamentales, incorporando el principio de la eficacia de los instrumentos o mecanismos procesales¹¹¹¹. En los procesos internos se ha generado este precedente como mecanismo para sostener la comisión de conductas de lesa humanidad¹¹¹² y su imprescriptibilidad, desde el campo de la grave violación de derechos humanos, y no como una conducta punitiva reconocible en un instrumento de naturaleza penal.

El anterior argumento ha servido también para sostener la ruptura y excepciones a la cosa juzgada material, que permiten determinar el ejercicio de un proceso penal interno que ha sufrido el fenómeno de la impunidad. Esto último, con el fin de cumplir los estándares internacionales generados desde esta instancia de protección de derechos humanos

transcurrido más de dieciséis años de ocurridos los hechos sin que se hayan localizado e identificado sus restos. IBÍD.

¹¹¹⁰ En el numeral 156 de la sentencia se establece lo siguiente: “Con base en todas las consideraciones expuestas en este capítulo, la Corte considera que en el presente caso existen suficientes elementos de convicción para concluir que Colombia es responsable por la violación de los artículos 7, 5 y 4 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Álvaro Lobo Pacheco, Gerson Javier Rodríguez Quintero, Israel Pundor Quintero, Ángel María Barrera Sánchez, Antonio Flórez Contreras, Víctor Manuel Ayala Sánchez, Alirio Chaparro Murillo, Álvaro Camargo, Gilberto Ortíz Sarmiento, Reinaldo Corzo Vargas, Luis Hernando Jáuregui Jaimes, Luis Domingo Sauza Suárez, Juan Alberto Montero Fuentes, José Ferney Fernández Díaz, Rubén Emilio Pineda Bedoya, Carlos Arturo Riatiga Carvajal, Juan Bautista, Alberto Gómez (posiblemente de segundo apellido Ramírez) y Huber Pérez (posiblemente de segundo apellido Castaño)”. IBÍD.

¹¹¹¹ El Estado no ha dispuesto los medios necesarios para cumplir con la obligación de investigar la ejecución extrajudicial de las presuntas víctimas; tampoco para juzgar y sancionar a los responsables, ni para reparar a los familiares de estos, conforme a los estándares previstos en los arts. 8.1 y 25 de la Convención. También ha incumplido con su obligación de garantía, conforme al art. 1.1 de dicho tratado. **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004.

¹¹¹² **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001.

(Corte IDH). En este sentido, la pregunta que surge es si esto es suficiente para dar solución a los problemas del pasado, por ejemplo, sobre crímenes anteriores a la Constitución de 1991 y al Estatuto de Roma.

Inicialmente, la Fiscalía General de la Nación está dando curso a esta posibilidad de declaratoria de conductas de lesa humanidad, basada en la grave violación de derechos humanos y por ende su procedencia de la ruptura de la cosa juzgada, pero desde la fundamentación expresada anteriormente. Estos factores deben ser identificados frente al caso concreto para que sean objeto de la declaración. Este precedente constituye ya una alteración del principio objeto de estudio y confronta sus elementos materiales de certeza y de ley estricta.

En suma, no se trata simplemente de una mera declaración de la violación de derechos humanos, pues se requiere de factores materiales indicados con claridad, dado que se trata de un conflicto al interior del sistema constitucional. Este tipo de situaciones se ha presentado en el sistema interamericano frente al caso colombiano, como por ejemplo en fallos tales como: la Rochela (1987), los 19 comerciantes (1987), caso Gutiérrez Soler (1994), entre otros. En tales casos, se produjeron graves violaciones de derechos humanos que no fueron reprimidas por el sistema penal interno conforme a los señalamientos de la Corte IDH. En estos casos existe un fallo internacional y por virtud del art. 8 del Cod. Penal, se debe cumplir con la justicia interamericana y proceder a la ruptura de la cosa juzgada para iniciar una investigación penal. Este factor desde luego afecta las garantías, judicial o de enjuiciamiento y criminal; sin embargo, dada la presencia del fallo, es aceptable en el derecho interno. Situación distinta se presenta cuando se ha presentado la violación y no existe el fallo internacional en tal sentido.

Indudablemente todos estos factores enunciados, en forma taxativa, deben recibir una naturaleza excepcional en el sistema constitucional vigente. Lo anterior, por cuanto no se trata de elementos corrientes sino de sucesos extraordinarios que debido a ciertas anormalidades del sistema, que aún permanecen vigentes, revelan además, que las herramientas del sistema penal no son suficientes para su resolución final¹¹¹³.

¹¹¹³ La CSJ en este sentido desarrolla una tendencia que parece asegurar esta orientación. Para ello basta citar por ejemplo la decisión de 5 de junio de 2014, la sala penal expresó: "En estas condiciones es palmario que la acción penal para el caso objeto de estudio se encuentra vigente, no sólo porque en su ejecución participaron miembros de la fuerza pública y por ende servidores públicos, circunstancia que impone el incremento en

En el capítulo siguiente se somete a estudio esta premisa inicial con respecto a las instituciones vigentes en materia de legalidad penal.

2. Elementos de lesa humanidad frente a la violación de DH y el crimen interno de naturaleza internacional. La búsqueda de legitimidad penal del sistema

Siguiendo con el orden expuesto, se puede observar que inicialmente la obligación de persecución y la decisión sobre la imprescriptibilidad de delitos, son factores que obedecen al mismo objeto de justicia material internacional que aparece en los crímenes internacionales de lesa humanidad, tal y como se determinó en el caso *Barrios Altos Vs. Perú*, que estableció la naturaleza punible de lesa humanidad y la obligación de persecución del delito como dos caras de la misma moneda en la búsqueda de su justicia efectiva¹¹¹⁴. En este caso, Daniel Pastor se opone a este tipo de decisiones si bien, en su criterio, los hechos fallados son graves e imponen la persecución de los delitos, esto no sirve de excusa para desconocer los derechos del acusado, a fin de aplicar el castigo punitivo en forma desmedida e ilimitada que se expresa en una confianza inmotivada en lo penal¹¹¹⁵.

Contrario a esta postura, en la experiencia del derecho interno de Argentina, en los hechos investigados con ocasión del régimen militar, se integraron los presupuestos del caso “Barrios Altos” en las decisiones de los jueces de dicho país, en aras de la justicia material. Se consideró para tal efecto que era necesario aplicar la vigencia de conductas que aparentemente ya se encontraban prescritas, como en el caso “Arancibia Clavel”, cuyo fallo fue proferido el 24 de agosto de 2004, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹¹¹⁶.

dicho término de conformidad con lo indicado en el artículo 83 del Código Penal, concordante con el artículo 82 del Código Penal de 1980, vigente para la época de comisión de los hechos, sino por tratarse de una conducta delictiva catalogada como de lesa humanidad.” **COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia**. Sala de Casación Penal. Sentencia de 5 de junio de 2014. Rad. 35113. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

¹¹¹⁴ **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. Sentencia de Sentencia de 14 de marzo de 2001. Caso Barrios Altos Vs. Perú.

¹¹¹⁵ **PASTOR Daniel**. Ob. Cit. Pags. 256 y 257

¹¹¹⁶ **SHAPIRO I. Hernán**. Problemas del Derecho Penal. La Supremacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Argentina. Un análisis del fallo de la Corte Suprema en el caso Arancibia Clavel. Edit.

Frente a este aspecto, si bien es cierto que en alguna medida todos estos fallos interamericanos se traducen en la persecución penal, al igual que Barrios Altos Perú, el factor determinante fue el de legitimidad del sistema, toda vez que los actos lesivos que rodearon el acto objeto de la sentencia, se emitió bajo un régimen de facto; es decir, no era un sistema democrático en términos de garantía, prevalencia y protección de los derechos humanos¹¹¹⁷. Por ello la solución de persecución penal se superpone aun a las quejas comentadas por Pastor, dado que no se trata simplemente de acudir a instancias supraleales, sino que se trata de situaciones de falsa legalidad y falsa justicia que hacen imperioso el fallo aludido, para remediar las circunstancias de un derecho ilegítimo en el pasado. Este argumento en críticos como Pastor, no se relaciona en sus análisis y contrariamente, decisiones como Barrios Altos Vs Perú o los casos Simón o Arancibia Clavel, no tienen como fundamento un simple afán persecutor frente a las violaciones del DIDH, bajo motivaciones neopunitivistas, sino que obedecen a un mecanismo de equilibrio y estabilidad del sistema de justicia en cada caso no fallado en perjuicio de las víctimas y del Estado mismo en sus elementos de legitimidad.

De igual forma, fue importante el hecho de que en Arancibia Clavel, se revivió una conducta ya sometida al fenómeno de la prescripción, que constituye otra situación especial en la relación entre el derecho penal internacional y el derecho penal interno¹¹¹⁸. Sin embargo, aquí se aplicaron fundamentos que estaban vigentes al momento de los hechos, como los relativos a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, acudiendo a presupuestos consuetudinarios y convencionales¹¹¹⁹.

Agencia Española de Cooperación Internacional. Organización Abuelas Plaza de Mayo. Buenos Aires Argentina, 2006 PAG. 23 – 51.

¹¹¹⁷ El sentido de protección fue relevante para este fallo, toda vez que del texto de la sentencia se extrae uno de los aspectos de protección de derechos humanos vulnerados, al manifestar que "...no se trataba propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, pues su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional, anterior a la ratificación de la Convención de 1968, era *iuscogens* al momento de los hechos. En este orden de ideas, la Corte Suprema de Argentina advirtió que la función primordial de esta figura es proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de valores e intereses generales de la comunidad internacional en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho, cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal..." (Fallos: 318:2148, voto de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor). **ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** Fallo de 24 de agosto de 2004. Causa No 259. Arancibia Clavel, Enrique Lautaro. Homicidio Calificado y Asociación Ilícita.

¹¹¹⁸ **IBÍD.**

¹¹¹⁹ **SHAPIRO I. Hernán.** Ob. Cit. PAG. 23 – 51.

En resumen, tanto en el caso anterior como en el sistema interamericano (“Caso Barrios Altos Vs. Perú”), lo que se observa es una decisión incluyente, con el factor de la conducta punible, para determinar la conducta y el alcance de la violación, con el fin de proceder a integrar tal definición por ejemplo de lesa humanidad, junto con los desarrollos internacionales de la misma, hasta los sucesos que se remiten al caso concreto¹¹²⁰. Además, se integran los fundamentos de la Convención de la Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y otros instrumentos internacionales¹¹²¹, como en el caso Arancibia Clavel, de la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada¹¹²².

En síntesis, la postura definida en Barrios Altos Vs. Perú, que constituye un criterio de orientación en los casos advertidos, sólo es posible en los casos que constituyen graves violaciones del DIDH que a su turno tipifiquen delitos internacionales, de lo contrario se genera un exceso de punición en el sistema que justamente se pretende reparar. Más adelante se complementa esta noción inicial.

Después de definir este factor, junto con todo el cuerpo jurídico internacional que se suma a la consideración de una violación de derechos humanos, al igual que un delito internacional, se genera la obligación de persecución que se traduce en la decisión de la justicia internacional. Todo ello por cuanto este factor material se enmarca como una violación de los derechos a la vida, libertad personal y garantía judicial, entre otros, expresados en la CADH y otros instrumentos de protección de derechos humanos. Para este sistema, definir la violación es relevante, con el fin de generar la obligación para el Estado y, una vez establecida, sus efectos se trasladan a identificar si los mismos correspondían a crímenes de lesa humanidad, junto con el factor de imprescriptibilidad¹¹²³.

¹¹²⁰ **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** Sentencia de Sentencia de 14 de marzo de 2001. Caso Barrios Altos Vs. Perú.

¹¹²¹ Argentina ratificó esta convención el 26 de agosto de 2003. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de Guerra y de lesa humanidad. Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución No 2391 (XXIII) DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1968. Entrada en vigencia 11 de noviembre de 1970. Colombia no la ha ratificado. **O’ DONELL Daniel Et. Al.** Ob. Cit. 2002. PAG. 475 a 477.

¹¹²² Lo anterior se expresa en los Puntos 26 al 28, 35 y 36 de la Sentencia Arancibia Clavel. **ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** Fallo de 24 de agosto de 2004. Causa No 259. Arancibia Clavel, Enrique Lautaro. Homicidio Calificado y Asociación Ilícita.

¹¹²³ **ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** Fallo de 24 de agosto de 2004. Causa No 259. Arancibia Clavel, Enrique Lautaro. Homicidio Calificado y Asociación Ilícita.

Se trata entonces de la búsqueda de un puente de integración entre el sistema de protección de derechos humanos y el sistema penal, que busca resolver el problema de no persecución de una conducta identificada como de carácter internacional (Lesía Humanidad), tal vez a través del bloque de constitucionalidad que permita acoger la legalidad internacional, junto con la legalidad penal¹¹²⁴. Un ejercicio de tal naturaleza se puede observar en el fallo Arancibia Clavel, toda vez que allí se aclaró que, al momento de cometerse el delito, este no se podía catalogar como delito de lesa humanidad; sin embargo, este era su carácter en los hechos examinados y por lo tanto la acción penal a su respecto no prescribía¹¹²⁵. En todo caso, esta integración es valiosa para el orden jurídico, pues además de la Convención de Imprescriptibilidad citada (1968), se acudió a la costumbre internacional para señalar que en ese momento, mediante las reglas del *iuscogens*, estos delitos eran de lesa humanidad y tenían todos estos efectos¹¹²⁶.

Lo anterior, por cuanto, en los casos y las circunstancias analizadas, el sistema de protección de derechos humanos es insuficiente para producir una condena punitiva (además de que no es su función), como también lo es el sistema penal interno para acoger principios internacionales sobre delitos de tal carácter, por lo tanto, es consecuente su integración¹¹²⁷. Esto se revela sobre todo en situaciones anteriores a las nuevas disposiciones establecidas procedentes de instancias tanto internacionales punitivas internas, como las integradas a la Constitución Política de 1991, el Código Penal de 2000 (ley 599), la CPI, la Ley de Justicia y Paz, ley 1719 de 2014, etc.

Por lo tanto, corresponde al orden interno integrar tales efectos, junto con las consecuencias en materia penal, toda vez que actos tales como: la determinación de una violación de derechos humanos; la declaración de la regla de *iuscogens*; la definición en

¹¹²⁴ La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad no se encontraba vigente para Argentina en el momento de los hechos pertenecientes al caso Arancibia Clavel; sin embargo, dicho país la ratificó después. Así, en el momento del fallo (2004) ya vigente para Argentina, sirvió de fundamento para sostener la existencia de las conductas de asociación para delinquir durante los años setenta, con especial trascendencia en el principio de legalidad contenido en el art. 18 de la Constitución. **IBÍD.**

¹¹²⁵ **SHAPIRO I. Hernán.** Ob. Cit. PAG. 21 a 53.

¹¹²⁶ **IBÍD.** PAG. 21 A 53.

¹¹²⁷ De otra parte, en cuanto a las relaciones comunes de los precedentes internacionales analizados (caso Arancibia Clavel), es preciso comentar que la naturaleza de lesa humanidad fue definitiva para la persecución de crímenes de tal entidad a partir de la responsabilidad penal individual. **FERREIRA MARCELO Et. Al.** *Algunos Casos de Responsabilidad Internacional en el Sistema Interamericano*; en *Derechos Humanos*. Buenos Aires, FDA, 1998, 4ª ed., capag. XIV. PAG. XIII-13-14.

un caso concreto del crimen de lesa humanidad conforme a instrumentos internacionales y su imprescriptibilidad, implica valorar tres órdenes internacionales posibles desde el bloque de constitucionalidad en el derecho interno. Esta tendencia que pese a merecer una mayor fundamentación y elaboración, ya se observa en situaciones especiales en precedentes de la Corte Suprema de Justicia Nacional ¹¹²⁸. De esta forma, al juntar los anteriores actos de valoración jurídica, se evidencia que todos estos fundamentos analizados, se encuentran en circunstancias de igualdad, bajo la categorización de normas constitucionales, aun con sus diferencias e independientemente de que obedezcan a diversos instrumentos internacionales¹¹²⁹.

Frente a este punto, el factor común de lesa humanidad e imprescriptibilidad puede ser decisivo al valorar la presencia de una violación de derechos humanos, como también para determinar sus efectos en el orden penal y en el principio de legalidad. En casos como el homicidio de Luis Carlos Galán, se trata de avanzar en esta decisión, en la consideración de estos derechos y en el concepto de lesa humanidad e incluso desde la base punitiva internacional¹¹³⁰.

Así mismo, en casos como el de “Barrios Altos vs. Perú” se presentan elementos comunes en muchas de las decisiones que han sido objeto de denuncia ante el Sistema

¹¹²⁸ En este sentido, La Corte Suprema de Justicia reitera otros precedentes y además sostiene que, en el caso del homicidio de Luis Carlos Galán, la doctrina nacional también ha señalado que en los instrumentos internacionales el delito de lesa humanidad se circunscribe a “sancionar aquellos atropellos y actos de barbarie que se cometen contra la población civil. En este sentido califica el homicidio de Luis Carlos Galán como de lesa humanidad pues la Fiscalía concluyó que tal conducta hizo parte de un plan criminal preconcebido por Pablo Emilio Escobar Gaviria, caracterizado por la pluralidad de acciones violentas, marcadas por el absoluto desprecio por la vida y la dignidad humana, provenientes de una organización criminal armada, con estructura piramidal y un jefe máximo a la cabeza, dedicada al comercio internacional de drogas ilícitas y que para garantizar su impunidad se había fijado como objetivo principal la eliminación sistemática de quienes se opusieran a sus intereses, con tal contundencia que logró desestabilizar al Estado Colombiano, a tal punto que a consecuencia de sus múltiples atentados el gobierno nacional, mediante Decretos 1038 de 1984 y 3030 de 1990, se vio precisado a declarar turbado el orden público y la normalidad constitucional”. **COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**. Auto de 27 de enero de 2015. Audiencia Preparatoria Unica Instancia. Rad. 44312.

¹¹²⁹ A propósito de este análisis, es importante destacar que no solamente los fundamentos de la Convención aplicada al caso, sirvieron para extender los conceptos de lesa humanidad imprescriptibles al caso “Arancibia Clavel”, sino también que el asunto correspondía a supuestos de justicia especial de connotación internacional. **SHAPIRO I. Hernán**. Ob. Cit. PAG. 21 a 53.

¹¹³⁰ Con esto se demuestra el accionar sistemático del cartel de Medellín contra todo el que se opusiera o amenazara sus ilegítimos intereses. Además, su plan criminal fue ejecutado a través de una pluralidad de acciones guiadas por el mismo patrón de conducta, con identidad de propósito y dirigido contra un grupo específico de individuos. **COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**. Auto de 27 de enero de 2015. Audiencia Preparatoria Unica Instancia. Rad. 44312.

Interamericano, frente al caso nacional¹¹³¹. Para los fines perseguidos, la doctrina e interpretación del sistema en mención ha sido favorable para la vigencia de las actuaciones en el caso nacional, en situaciones correspondientes a crímenes internacionales, ocurridas antes de la vigencia de la Constitución de 1991 y aun las posteriores que han sido dirimidas por este organismo internacional.

En este sentido, la naturaleza internacional de estos crímenes, de acuerdo con la tendencia trazada en los precedentes analizados, desde Núremberg hasta hoy, generan varios efectos, por ejemplo: la aplicación de reglas *ex post facto* y la imprescriptibilidad, así como su prevalencia frente al orden interno¹¹³². Esta corriente ha sido reiterada tanto en el factor de protección de derechos humanos (caso Barrios Altos Vs. Perú), como en decisiones internas de los Estados, como en los casos Simón, Pierbke, o el mismo Arancibia Clavel, entre otros precedentes en Argentina¹¹³³. En las situaciones mencionadas el argumento común reside en la obligación de aplicación de la justicia material para tales casos, bien atendiendo su naturaleza inderogable de protección de derechos humanos, su imprescriptibilidad¹¹³⁴ y en la consolidación de normas consuetudinarias procedentes del Derecho Internacional, en virtud de la aplicación de instrumentos como la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Delitos de guerra y de Lesa Humanidad de 1968¹¹³⁵.

Frente a la situación nacional, lo anterior es relevante, por cuanto no aparecen diferencias ostensibles entre los fundamentos de lesa humanidad de una violación de derechos

¹¹³¹ **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** Sentencia de Sentencia de 14 de marzo de 2001. Caso Barrios Altos Vs. Perú.

¹¹³² **FERREIRA MARCELO Et. Al.** Ob. Cit. PAG. XIII – 27 a 31.

¹¹³³ **IBÍD.** PAG. XIII-27 a 31.

¹¹³⁴ En el caso Simón, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, mediante sentencia 1767 XXXVIII de 14 de junio de 2005, declaró la inconstitucionalidad de las leyes de amnistía No 23492 de 1986 (Punto Final) y 23.521 de 1987 (Obediencia Debida), así como todo acto o decisión fundado en tales normas. **BARRERO BERARDINELLI Juan Antonio.** Jurisprudencia Constitucional. Precedentes Judiciales de la Humanidad Casos y Materiales. Legis Editores. Segunda Edición. Bogotá D.C. 2014. PAG. 302.

¹¹³⁵ Lo relevante son los efectos que se otorgan a partir de este fundamento convencional, toda vez que, según la tradición de Argentina, se consolidaron las reglas consuetudinarias que ya establecían la prohibición internacional que fue objeto de decisión en los precedentes señalados y que sirvieron de motivación para ordenar su persecución efectiva. En este caso se afirma que la obligación contenida en la prohibición de persecución de los crímenes de lesa humanidad es anterior en la Convención de 1968, la cual se remite a afirmar tal naturaleza en los crímenes referidos respecto de su imprescriptibilidad y por ende su persecución. **FERREIRA MARCELO Et. Al.** Ob. Cit. PAG. XIII- 27 a 31

humanos y los fundamentos de un crimen internacional de lesa humanidad, más allá de las contradicciones referidas a las competencias y juzgamientos de los sujetos obligados internacionalmente. En últimas se consolida en precedentes como los analizados con base en experiencias comparadas, lo que Javier Chinchón denomina la Responsabilidad Internacional del individuo¹¹³⁶. En todo caso, el concepto derivado de los principios enunciados en anteriores apartes que contraponen el sistema de legalidad de derechos humanos frente a la legalidad penal, junto con sus competencias y fueros especiales, implica revelar que la tipología de derechos humanos es más abierta y flexible que la tipicidad establecida en materia penal, sometida al carácter estricto de su fundamentación pues la naturaleza del DIDH se puede considerar subsidiaria¹¹³⁷. Así mismo, desde la perspectiva de la noción de legalidad penal concebida en el DIDH, señala que si se trata de un crimen descrito internacionalmente, desde este ámbito subsidiario, implica comparar los órdenes, interno e internacional, para definir su procedencia o no frente al principio de responsabilidad internacional del individuo¹¹³⁸.

En el primer caso, la protección, por ejemplo de una violación del derecho a la vida y de un homicidio, cumple un rol diverso en la jurisdicción de derechos humanos y en la justicia penal; y desde luego su contexto, en principio, no puede ser objeto de trasplante entre uno u otro, al menos en el terreno formal penal. Sin embargo, en la base fáctica de justicia material y constitucional no solo se identifican plenamente, sino que además entran en el terreno de la ponderación. Por un lado, la violación solamente puede atender el concepto

¹¹³⁶ Sobre esto Javier Chinchón indica que hay ciertos comportamientos que suponen un crimen de derecho internacional que como tal ha de ser perseguido. Conforme al principio II del Tribunal de Núremberg, lo anterior indica que el hecho de que el derecho interno no imponga pena por un hecho que constituya un crimen internacional, no exime de responsabilidad a quien lo haya cometido. **CHINCHON ALVAREZ Javier**. Derecho Internacional y Transiciones a la Democracia y la Paz. Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana. Ediciones Parthenon Madrid, España, 2007. PAG. 168.

¹¹³⁷ En el orden de aplicación del principio de responsabilidad internacional frente al terreno del principio de legalidad interno, la necesidad de desarrollo legal interno genera un concepto subsidiario que implica reconocer que la prohibición o lesión internacional se produce, y que los efectos de persecución se desarrollan en el orden interno, asunto que difiere del principio de legalidad interno frente al principio de juridicidad de la justicia penal internacional. En últimas, lo anterior sugiere la determinación que puede ser complementada desde el orden interno hacia el orden internacional. **CHINCHON ALVAREZ Javier**. Ob. Cit. PAG. 174 y 175.

¹¹³⁸ En determinadas circunstancias un crimen internacional para un sistema monista, desde el punto de vista internacional, implica que en su sistema jurídico se integra el instrumento internacional que lo contiene con su sistema interno, por lo tanto no se puede pregonar su inexistencia. En cambio, en un sistema dualista esto implica desarrollar el delito en su ley penal interna para determinar la legalidad de la conducta. **IBÍD.**, PAG. 169.

de activación jurisdiccional e imprescriptibilidad¹¹³⁹, pero no podrá examinar las tipicidades más allá de las contenidas en la ley vigente al momento de los hechos; es decir se adopta la subsunción de la categoría internacional de las conductas en el derecho penal común vigente como fórmula denominada solución Cero¹¹⁴⁰. De esta forma, no es posible que se presente interferencia con el principio de legalidad, toda vez que el mismo permanece inmutable en sus consecuencias y puede darse una legalidad amplia e integrada internacionalmente, pero a la vez interna para los fines de la tipificación y sanción, debido a que aparecen conceptos como accesibilidad o previsibilidad de los factores de persecución penal¹¹⁴¹.

Desde esta perspectiva, lo trascendente consiste en determinar la línea de tiempo y los factores que en cada uno de los casos examinados va a producir efectos, para declarar la imprescriptibilidad de la conducta. No solo por los ingredientes que califican de lesa humanidad la violación de derechos humanos y del delito, sino también porque la misma posee el efecto de evitar la impunidad¹¹⁴². Este argumento se hace necesario para analizar el punto de encuentro entre estos principios, frente al conflicto constitucional trazado anteriormente. El concepto derivado de este conflicto constituye un punto límite en la estructura del principio de legalidad penal y su definición depende del criterio de legitimidad del Estado que se asuma por parte de las autoridades judiciales encargadas de su decisión y que las mismas afronten tal situación para definir el caso concreto¹¹⁴³.

¹¹³⁹ Este es uno de los factores que Ramellí señala como la separación del concepto de la imprescriptibilidad con el de la categorización de lesa humanidad de los delitos. **RAMELLI ARTEAGA Alejandro**. Ob. Cit. Pags. 611 a 614; 615 a 617; 621, 622.

¹¹⁴⁰ Este autor considera que si bien es viable y no afecta la legalidad –en casos peruanos como los relacionados con violencia sexual, ejecuciones extrajudiciales, entre otros– ha causado condenas injustas, dada la menor gravedad de las conductas frente al ámbito internacional. **CHINCHON ALVAREZ Javier**. Ob. Cit. Pag. 174.

¹¹⁴¹ **RAMELLI ARTEAGA Alejandro**. Ob. Cit. Pag. 615 a 617.

¹¹⁴² En el auto de la Corte Suprema de Justicia se observa precisamente este análisis que deriva de examinar tanto los elementos de tipicidad de los delitos como el caso del homicidio de Luis Carlos Galán, el concierto para delinquir estos delitos conforme al orden interno, junto con los elementos comunes relativos a los ingredientes internacionales de lesa humanidad (tales como el plan sistemático y generalizado trazado por la organización criminal de Pablo Escobar), así como los presuntos responsables para cometer tales conductas. **COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**. Auto de 27 de enero de 2015. Audiencia Preparatoria Unica Instancia. Rad. 44312.

¹¹⁴³ Así parece establecerlo la CSJ en la decisión de 15 de junio de 2015, mediante la cual declaró la imprescriptibilidad de las conductas investigadas basado en tales parámetros. **COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia**. Sala de Casación Penal. Rad. No 45795 de 15 de julio de 2015 M.P. Eyder Patiño Cabrera.

En este caso, lo importante era establecer si aparecían ostensibles diferencias en la fundamentación, y si era posible la integración de factores comunes de un lado desde la violación de derechos humanos y de otro, desde los crímenes internacionales, bajo los límites planteados a partir del principio de legalidad penal vigente.

En realidad, aunque persisten las contradicciones entre principios, a la hora de determinar los límites nuevos que parecen avizorarse en el principio de legalidad penal, lo relevante es que la calificación fáctica del asunto impone determinar la naturaleza de lesa humanidad, bien en el sentido de una violación de derechos humanos o de un crimen internacional.

Desde los hechos, la fundamentación genera el factor común de lesa humanidad, es más, permite la posibilidad de integración, de tal suerte que a partir de una violación de derechos humanos se pueda identificar la naturaleza de un crimen de lesa humanidad. En todo caso, esta valoración es extra sistemática y desde el punto dogmático en materia penal y su fundamentación necesariamente se adscribe a un concepto de interpretación del bloque de constitucional en materia constitucional, pero nunca en materia penal.

Hasta aquí queda planteado el punto común de los dos sistemas enfrentados y solo queda pendiente resolver el conflicto de principios del DIDH y de legalidad penal, presentado en los términos anteriores, no solo para determinar el alcance de la decisión prevalente sino porque tal resolución indica los límites trazados en el presente trabajo. Es decir se puede aseverar los alcances actuales de la legalidad penal y a su turno, el proceso de transformación y flexibilización del principio estudiado. A su vez, es necesario analizar si la violación del DIDH es el único medio para poner límites a las actuaciones no resueltas en la actualidad bajo las características de lesa humanidad por hechos anteriores a la constitución de 1991; a la codificación penal de 2000 y al mismo ER. Esto con el fin de contrastar todo ello con el principio de legalidad penal en los casos analizados, como fórmula extra sistemática sobre la cual, se pretende analizar si el proceso anterior produce un proceso de legitimación del sistema penal.

3. La declaración de lesa humanidad bajo la fórmula de la violación de derechos humanos

La declaración de la violación de derechos humanos, conforme a los instrumentos interamericanos para sustentar la interrupción de la prescripción de los procesos del pasado, antes del ER, requiere indicar que desde el ámbito internacional, los casos examinados correspondían a crímenes de lesa humanidad que tal y como se expuso en la teoría de la *solución cero*, implica no violentar los principios de legalidad penal, sino subsumir los hechos al derecho penal común vigente al momento de su comisión¹¹⁴⁴. Esta postura, si bien no afecta el campo estructural de la conducta, rompe los límites temporales del principio de vigencia de la legalidad penal, es decir, el alcance en el tiempo de la conducta, el principio de no retroactividad y el de seguridad jurídica¹¹⁴⁵. Es decir, se contrapone otra afectación en este caso de la vigencia de la ley, aspecto que también impone elementos cuestionables frente a la reserva legal.

Lo anterior obedece a que se trata de una conducta de naturaleza internacional que, pese a los efectos expresados, involucra la confrontación de principios; en cuyo caso se cuestiona si es viable o no su resolución en favor justamente de esta noción material de justicia. El fundamento de este concepto se ha producido en situaciones límite, como las que se dieron en Argentina en el período de la dictadura (1976-1983)¹¹⁴⁶, cuando el

¹¹⁴⁴ **CHINCHON ALVAREZ Javier**. Ob. Cit. PAG. 174.

¹¹⁴⁵ Lo relevante son los efectos que se otorgan a partir de un fundamento convencional internacional, en materia de Instrumentos de Derechos Humanos y que pueden originar las rupturas en favor de la justicia material. Por ejemplo, en el caso de la tradición de Argentina, se avanzó en la consolidación de reglas consuetudinarias que ya establecían la prohibición internacional que fue objeto de decisión en los precedentes señalados y que sirvieron de motivación para ordenar su persecución efectiva. **FERREIRA Marcelo Et. Al.** Ob. Cit. PAG. XIII-27 a 31.

¹¹⁴⁶ Sobre el tema en cuestión, los hechos que motivaron el fallo Simón se remiten a las actuaciones realizadas en el periodo de la dictadura, en los siguientes términos: 1) a partir de la resolución de la cámara de fojas 1 a 6, se imputa a Julio Héctor Simón, en aquel entonces suboficial de la Policía Federal Argentina, por haber secuestrado en la tarde del 27 de noviembre de 1978 a José Liborio Poblete Rosa, en la Plaza Miserere de esta ciudad, y, en horas de la noche, a la esposa de este, Gertrudis Marta Hlaczik, y a la hija de ambos, Claudia Victoria Poblete, tal como fuera establecido en la causa nº 17414, "Del Cerro, Juan A. y Simón, Julio H. s/ procesamiento". Todos ellos fueron llevados a un centro clandestino de detención, conocido como "El Olimpo", donde el matrimonio fue torturado por distintas personas, entre las que se encontraba Simón. Allí permanecieron unos dos meses, hasta que fueron sacados del lugar, sin tenerse, hasta ahora, noticias de su paradero. **ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE LA NACION**. Sentencia de 14 de junio de 2005, mediante las cuales se declara inconstitucionales las leyes de obediencia debida y punto final. S. 1767. XXXVIII. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. —causa Nº 17.768—.

Estado carecía de legitimidad dado el régimen de facto¹¹⁴⁷ y por lo tanto se tuvo que recurrir, casi veinte años después, a decisiones judiciales de ruptura de este orden jurídico penal (Caso Arancibia Clavel, Simón, 2004, 2005, entre otros)¹¹⁴⁸, para dar prevalencia a normas desde el orden internacional tanto convencionales como consuetudinarias e incluso de *iuscogens*, a fin de reparar las ausencias de justicia en crímenes internacionales¹¹⁴⁹.

El fenómeno anterior obedece a que, si se trata de determinar la ley vigente en el momento de los hechos para su aplicación, se extiende, mediante la interpretación de los instrumentos internacionales, la obligación de su persecución soportada en una violación del DIDH. Este fundamento requiere de la integración, toda vez que la violación solamente contiene el supuesto de hecho, pero no la sanción, a diferencia de las tipicidades penales¹¹⁵⁰. Por lo tanto, el hecho como tal comporta la integración de dos órdenes jurídicos distintos y desde luego la discusión es extrapenal, como otra de las

¹¹⁴⁷ En este caso, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó el auto de primera instancia que decretó el procesamiento con prisión preventiva de Julio Héctor Simón y amplía el embargo sobre sus bienes, por crímenes contra la humanidad consistentes en privación ilegal de la libertad, doblemente agravada por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, las que, a su vez, concurren materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí (fojas 1 a 6). Contra esa resolución la defensa interpuso recurso extraordinario (fojas 45 a 71) que, luego de ser denegado (fojas 72 a 73 vuelta), dio origen a la presente queja. **ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE LA NACION.** Sentencia de 14 de junio de 2005, mediante las cuales se declara inconstitucionales las leyes de obediencia debida y punto final. S. 1767. XXXVIII. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. —causa N° 17.768—.

¹¹⁴⁸ En el caso Simón se expresa este punto: "La Corte consideró que las leyes de obediencia debida y punto final se oponen a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, porque en la medida en que obstaculizan el esclarecimiento y la efectiva sanción de actos contrarios a los derechos reconocidos en dichos tratados internacionales, impiden el cumplimiento del deber de garantía a que se ha comprometido el Estado Argentino. Por eso, afirmó que las leyes eran inconstitucionales, en tanto los referidos tratados gozan de jerarquía constitucional" (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). **IBÍD.**

¹¹⁴⁹ En Arancibia Clavel, "la incorporación en el ordenamiento jurídico Argentino en virtud de la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad y de la Convención Interamericana sobre Desaparición de Personas (Art. 7º) que declara imprescriptible ese crimen de lesa humanidad, generó la cristalización de normas imperativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el orden interno". **FERREIRA Marcelo Et. Al.** Ob. Cit. PAG. XIII-27 a 31.

¹¹⁵⁰ Los instrumentos citados, que se consideran de bloque de constitucionalidad, permitieron la incorporación de otros argumentos para proceder a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, como por ejemplo la vigencia del *iuscogens* y de los principios generales del derecho de las naciones civilizadas como fundamentos prevalentes en el orden interno, con respecto a los crímenes de la dictadura (1976-1983). Sin embargo, el soporte que brinda esta convención ha sido definitivo en la regla propuesta para dar efectos retroactivos a los diversos crímenes, como por ejemplo en el caso Arancibia Clavel. A partir de allí se puede declarar la imprescriptibilidad de los crímenes y, más aún, dar prevalencia a principios como los de *iuscogens* a la decisión. **IBÍD.** PAG. XIII-27 a 31.

características de la discusión en el proceso de transformación del principio de legalidad penal.

Hasta aquí parece erigirse una propuesta, sobre todo para asumir los crímenes anteriores a la vigencia del ER, sustentada no solo en la correspondencia con el hecho específico de una violación de derechos humanos, sino también bajo el apoyo que en el momento de los hechos correspondía el Sistema Interamericano de Protección, desde la CADH¹¹⁵¹, y el PIDCYP (1966)¹¹⁵². Es más, esta teoría coincide plenamente con las declaraciones de lesa humanidad efectuadas por la Fiscalía General de la Nación¹¹⁵³ y con los desarrollos de la Corte Suprema de Justicia mencionados¹¹⁵⁴. Bajo esta perspectiva, para efectos de la competencia del código penal de 1980 (Decreto Ley 100), las normas anteriores se

¹¹⁵¹ Si bien el depósito de instrumentos como la CADH se produjo el 31 de julio de 1973, Colombia realizó el Reconocimiento de competencia, tanto de la comisión, como de la Corte, el 21 de junio de 1985. A través de una declaración presentó un instrumento de aceptación, por medio del cual reconoció la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, bajo condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno. El mismo instrumento reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, bajo condición de reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno. Información disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm. Consultada el 29.07.2015.

¹¹⁵² El PIDCYP fue suscrito por Colombia el 21 de diciembre de 1966 y el depósito de instrumentos se produjo el 29 de octubre de 1969. Disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en. Consultada el 29.07.2015. De igual forma, 1) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, previa aprobación por el Congreso de la República mediante Ley N° 74 de 1968, y entró en vigor de acuerdo con las disposiciones del instrumento el 23 de marzo de 1976. Así las cosas, el Pacto es de obligatorio cumplimiento en el derecho interno, tanto para los nacionales como para los extranjeros, y en especial para las autoridades públicas. 2) El Pacto, así como los demás instrumentos internacionales de derechos humanos, tienen rango de normas constitucionales y por ende prevalecen en el orden interno, en virtud de lo previsto en los arts. 53, 93, 94, 102, inciso 26 y numeral 2 del art. 214 de la Constitución Política. Con fundamento en estas normas, la Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de "Bloque de Constitucionalidad", según el cual aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, se entienden integrados a la Constitución por mandato de la propia Constitución. **COLOMBIA. EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTES EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 40 DEL PACTO.** Sexto informe periódico de los Estados partes. Documento CCPR/C/COL/6 de 2 de junio de 2009. Organización de las Naciones Unidas. PAG. 4. Disponible en <http://ccprcentre.org/doc/HRC/Colombia/CCPR.C.COL.6.pdf>. Consultada el 29.07.2015.

¹¹⁵³ La Fiscalía General de la Nación, que adelanta casos de la UP, al declarar estos casos como crímenes de lesa humanidad, conseguirá que no prescriban y que continúen en investigación. Disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/destacada/fiscalia-declara-casos-de-integrantes-de-la-up-como-crmenes-de-lesa-humanidad/>. Consultada el 2.04.2015.

¹¹⁵⁴ **COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** Auto de 27 de enero de 2015. Audiencia Preparatoria Unica Instancia. Rad. 44312.

encontraban vigentes, y debían ser aplicadas con el fin de evitar la impunidad de tales crímenes; todo ello en lo que se entiende como un principio de legalidad amplio, lo cual supone una tendencia respecto de un principio de legalidad penal extendido a la prohibición de conductas en el ámbito internacional, en términos actuales¹¹⁵⁵.

Inicialmente, la discusión se origina debido a que la legalidad restringida, procedente del sistema intrajurídico penal, genera dificultad para aceptar esta interpretación ampliada; en cuyo caso no sería posible adoptar la persecución de crímenes anteriores a la normatividad actual¹¹⁵⁶, pese a que el sistema cuenta con herramientas de reenvío como el art. 93 de la Const. Pol. y el art. 2 del Cod. PAG. Contrariamente, al asumir el concepto de interpretación ampliada, Ramelli advierte que si bien se podría respetar el principio de legalidad penal, se tendrían dificultades a la hora de encontrar la sanción penal¹¹⁵⁷. Frente a este punto, la subsunción en el derecho penal común, puede superar esta dificultad, puesto que para perseguir la conducta e imponer la sanción, la misma aparecería descrita en la normativa punitiva vigente al momento de los hechos. El único inconveniente es que bajo esta teoría (Solución Cero)¹¹⁵⁸, el contexto de crímenes internacionales como de lesa humanidad se expresa para fines meramente declarativos, sin consecuencias en la legalidad de la conducta ni en la sanción. Sin embargo, este es un mal menor frente a la posibilidad de frenar e impedir su prescripción, mantener su vigencia y someterlo a juzgamiento. De todos modos, identificar y declarar su ocurrencia y naturaleza de crímenes internacionales, representa un concepto de justicia no solo simbólica, puesto que puede traducirse con fines materiales para la sociedad y su credibilidad en el derecho como fundamento de la legitimidad del sistema. Puede hallarse en este sentido un proceso de legitimación del sistema constitucional en este tipo de interpretaciones.

De igual forma, como se observó en los precedentes analizados del caso argentino, la solución para el caso colombiano es una propuesta de segundo nivel que, en todo caso, respeta el orden internacional (al expresar las conductas de tal sistema) y al mismo tiempo produce la vigencia de la ley penal al momento de los hechos, lo cual genera

¹¹⁵⁵ **RAMELLI ARTEAGA Alejandro**. Ob. Cit. PAG. 625 y 626

¹¹⁵⁶ **IBÍD.** Ob. Cit. PAG.. 625 y 626.

¹¹⁵⁷ **IBÍD.** PAG. 625 y 626.

¹¹⁵⁸ **CHINCHON ALVAREZ Javier**. Ob. Cit. PAG. 174.

menores consecuencias frente a la decisión judicial de ruptura absoluta que se produjo en los casos citados en la justicia de dicho país.¹¹⁵⁹ Todo ello con las consideraciones y diferencias frente al caso colombiano, en el valor del bloque de constitucional y sus alcances.

En principio, la dificultad de esta propuesta reside en conciliar los principios *indubio pro víctima* e interés de justicia *pro homine*, propios del sistema interamericano¹¹⁶⁰, frente a los principios penales sustentados en el principio de legalidad y favorabilidad, la igualdad de los sujetos procesales, el *indubio pro-reo*, etc.¹¹⁶¹ Además, a pesar de que se respete el principio de reserva legal, bajo la vigencia de otro instrumento internacional que correspondía a la Convención Americana de Derechos Humanos, se incumple con el principio de seguridad jurídica para el ciudadano dado que se extiende la prescripción de la conducta para hacer posible su juzgamiento¹¹⁶². Frente a este primer inconveniente, el

¹¹⁵⁹ En el caso argentino, los fundamentos de lesa humanidad se generan en virtud de la convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad, bajo efectos retroactivos en su sistema; incluso para hechos producidos antes de su ratificación. **FERREIRA Marcelo Et. Al.** Ob. Cit. PAG. XIII-27 a 31.

¹¹⁶⁰ Para el caso analizado, las obligaciones comprendidas en estos principios derivados de la aplicación de los instrumentos de derechos humanos, entre otros aspectos, implica que los Estados tienen obligaciones positivas frente a las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, ya que las violaciones de esta magnitud constituyen crímenes contra la humanidad. Con respecto a este tipo de violaciones graves, el Estado tiene cuatro obligaciones básicas para evitar la impunidad: 1) la obligación de legislar con la finalidad de incriminar a aquellas personas que hubieren cometido dichos delitos; 2) la obligación de buscar a dichos perpetradores; 3) la obligación de juzgar o extraditar a los mismos y 4) el cese de dichas violaciones. **RODRIGUEZ H. Gabriela.** Normas de Responsabilidad Internacional de los Estados. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Editorial Distribuciones Fontamara. Universidad Iberoamericana. México D.F. 2006. PAG. 75.

¹¹⁶¹ Frente a esta contraposición de principios se puede citar el valor de los principios sobre derechos humanos que en el mismo sentido determinan: "...*Cuando la Corte Interamericana ha explicitado el alcance del principio pro homine en relación con las restricciones de los derechos humanos, ha expresado que entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo...*". **CORTE IDH, OPINION CONSULTIVA** OC-5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", del 13 de noviembre de 1985, Serie A, nº 5, párrafo 46.

¹¹⁶² Lo anterior en virtud de que el establecimiento de un Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos contiene un triple componente: a) ideológico, que reside en convicciones compartidas sobre la situación y el papel del ser humano, de la sociedad y del Estado; b) jurídico, que desarrolla aquellas convicciones en normas de esta naturaleza, y c) político, que abarca a los protagonistas del sistema: Estados americanos, organización que los reúne (OEA), sociedad civil y actores emergentes (ombudsman, defensoría pública, defensa privada, comunicadores sociales, academia). En tal sentido, la recepción del orden jurídico internacional en el ordenamiento interno genera múltiples implicaciones. Gravita en las tareas del legislador, llamado a "ajustar" las disposiciones internas; del Ejecutivo, convocado a aplicarlas y a promover políticas públicas con perspectiva de derechos humanos, y del juzgador, que aplica el nuevo derecho, incluso a través del "control de convencionalidad". **GARCÍA RAMÍREZ Sergio y MORALES SÁNCHEZ Julieta.** Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre Derechos Humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y

problema de la seguridad jurídica podría válidamente quebrantarse si obedece la decisión a intereses de justicia insatisfechos en materia penal, dado el alcance de lesa humanidad de la conducta; situación que coincide, como lo expone Eduardo Espin, con eventos en los que ocasionalmente el interés de justicia material se contrapone con este principio y es necesario ponderar¹¹⁶³. En efecto, inicialmente el conflicto se presenta entre dos derechos cubiertos en el escenario de derechos humanos en ambos sistemas, provenientes del bloque de constitucionalidad, a saber: los derechos de las víctimas bajo los dos principios (*indubio pro víctima* y *principio pro homine*)¹¹⁶⁴ que constituyen el derecho a la justicia material¹¹⁶⁵, frente al principio de legalidad y debido proceso penal. Justamente este es uno de los desafíos actuales de la legalidad penal en sistemas como el nuestro, afectados por las graves violaciones al DIDH.

En este sentido se observa que desde la praxis es necesario avanzar bajo el límite de la legalidad extendida, pues además de que posibilita dar solución a problemas como los planteados, permite identificar un límite posible y máximo del principio analizado, que

control de convencionalidad. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Edit. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Núm. 29, julio-diciembre. México D.F. 2013. PAG. 165 y 166.

¹¹⁶³ **ESPIN EDUARDO Et. Al.**Ob. Cit. PAG. 66.

¹¹⁶⁴ La Corte Constitucional ha señalado la interpretación del principio mencionado al indicar que, de acuerdo con el art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "...ninguna disposición del presente pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el pacto o a su limitación, en mayor medida, que la prevista en él...". Además el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos a que aluden los tratados de derechos humanos, conocida también como *principio pro homine*, que tanto la jurisprudencia de la Comisión Interamericana como de la Corte Constitucional ha aplicado en repetidas ocasiones. La Corte Constitucional, en efecto, ha hecho referencia a dicha cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, en relación con el entendimiento de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y su aplicación frente a los mandatos constitucionales y ha señalado que frente a aquellos prevalecen las normas contenidas en la Constitución cuando ellas ofrecen mayores garantías de protección de los derechos de las personas. **COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-148 de 22 de febrero de 2005. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

¹¹⁶⁵ "CADH: Artículo 29. Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. La línea al respecto conforme a la Corte Constitucional aparece en las sentencias C-408 de 1996 y C-251 de 1997 M.PAG. Alejandro Martínez Caballero, C-251/02 M.PAG. Eduardo Montealegre Lynnett y Clara Inés Vargas Hernández S.V. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra". **IBÍD.**

representa la prohibición tanto en el DIDH como el crimen en el DPI¹¹⁶⁶. Esto último, bajo la siguiente relación: la ley penal sustantiva, competencia objetiva, jurisdicción y procedimiento, que están dentro del espacio de la legalidad penal, bajo el entendido de que la norma de derechos humanos, de acuerdo a estos principios es más favorable a la persona y por ende a la noción de justicia material. Además este núcleo de derechos humanos sirve de punto de conexión al tipo penal internacional para señalar el fundamento de una conducta de ese orden¹¹⁶⁷. Adicionalmente, las conductas tienen un mínimo de identificación de una violación del DIDH, en este caso orientadas a determinar que en el orden constitucional aseverado, no había sido subsanada una investigación insatisfecha del sistema penal¹¹⁶⁸.

A su turno, estas conductas en el DPI también tienen como objetivo asegurar la vigencia real y efectiva de los derechos humanos¹¹⁶⁹, nuevamente bajo la legalidad extendida, como punto de unión entre todas las jurisdicciones y competencias aseveradas que se fusionan para cumplir con su labor de justicia material y evitar la impunidad. Lo anterior resulta prevalente en casos como los examinados, pese a que se considere que estos ejercicios se enmarcan dentro del activismo o *punitivización* judicial, en materia de

¹¹⁶⁶ Siguiendo la fundamentación de Hernán Hormazábal, esto se debe al interpretar la prohibición internacional, debido a que el principio de legalidad en el derecho penal internacional, exige como garantía la existencia de una ley previa. Así se gana en precisión, pues la garantía satisface la constatación de la existencia, cualquiera que sea su fuente originaria de las señaladas en el art. 31 del Estatuto de la CIJ, de una norma previa que establezca el hecho punible (garantía criminal) y señale la pena (garantía penal). Esta peculiaridad del principio de legalidad penal internacional está sancionada explícitamente en el PIDCYP, el CEDH e implícitamente en la Convención Interamericana de Derechos Humanos. **HORMÁZABAL MALARÉE Hernán**, Crímenes Internacionales, Jurisdicción y Principio de Legalidad Penal. Derecho Penal, Constitución y Derechos. JM Bosch Editores. Madrid, España. 2013. PAG. 256.

¹¹⁶⁷ Este ejercicio implica analizar las fuentes normativas del DPI bajo la formulación del *nullum crimen nulla poena sine iure*, que sin embargo no altera el núcleo del principio. De esta forma, si en el orden interno la norma previa ha de ser una norma escrita, una ley, la que fundamente el castigo, en el orden jurídico penal internacional, la norma aludida específica puede no serlo, pero es ineludible que se constate la previa existencia de la norma escrita o no escrita. **IBÍD.** PAG. 257

¹¹⁶⁸ En el caso tratado en la presente tesis, no se trata del análisis de contexto de las conductas para determinar su prueba sino de la identificación inicial de la conducta internacional para permitir la vigencia del orden interno, con el fin de continuar con su investigación y no permitir la prescripción. No obstante, como se ha advertido, en la solución cero se utiliza su declaración con estos fines y luego se procede al proceso de tipificación y juzgamiento mediante el orden penal vigente al momento de los hechos. En este caso, no es necesario tal situación pues, tal y como lo señala Fajardo, los elementos contextuales de crímenes internacionales como los de lesa humanidad han de probarse, ya que el tipo penal así lo exige, dada su gravedad que lo convierte en una ofensa contra la humanidad. **FAJARDO ARTURO Luis Andrés**. El análisis de Contexto en la Investigación Penal. Crítica del Trasplante del derecho internacional al derecho interno. Edit. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2015. PAG. 341.

¹¹⁶⁹ **HORMÁZABAL MALARÉE Hernán**, Ob. Cit. 2013. PAG. 259.

derechos humanos. En este sentido, se presenta un fenómeno en el cual, según Peces Barba, la justicia supone un punto de vista externo que señala el interés de juzgar, - justicia o injusticia del Derecho-. Este punto de vista que surge de la relación Derecho y Justicia, se sitúa entre la legalidad y la idea de justicia. De esta manera hacer justicia impone la aplicación del derecho positivo, es decir la legitimidad legalizada como la búsqueda de la solución justa, aunque sea, independientemente de la legalidad vigente y en claro contraste con ella. En este sentido es necesario tener en cuenta que la justicia absoluta es un ideal irracional, una ilusión, pues la justicia se condiciona por la historia con un importante grado de objetividad, con un ideal práctico pero racional.¹¹⁷⁰

En tal virtud, en situaciones jurídicas de conflicto armado como las de Colombia, se trata de una función más que necesaria para reparar los factores afectados de legitimidad del sistema, pues no se trata de una aplicación simplemente formal de la justicia penal en tiempos de normalidad estatal¹¹⁷¹. Se trata indudablemente de otro factor de legitimación del sistema penal.

¹¹⁷⁰ Siguiendo con este criterio, en el tema de los límites del principio de legalidad penal, si bien se observan los casos más graves de extensión que pueden ser tolerables en el sistema constitucional, no debe pretenderse que corresponde a un ejercicio forzado para buscar justicia en términos ideales y que este debe ser el único soporte de todo este andamiaje interpretativo bajo el lema de cero impunidad. Frente a este punto, no debe confundirse este propósito con las nociones de populismo punitivo o neo punitivismo, a partir de tales fórmulas, toda vez que estas nociones últimas, además resultan más radicales en este sentido. Lo que se explica es simplemente la búsqueda de las soluciones a un derecho incorrecto que debido a muchos factores como la legalidad aparente o los actos ilícitos o las normas de excepción, impidieron un ejercicio acorde con el estado de derecho, más frente a la aplicación del principio de legalidad. Esta mirada hacia atrás del principio citado para encontrar los lugares incorrectos de su ejecución, busca un sentido de justicia material pero de tipo racional como lo menciona Peces-Barba, para corregir el pasado y estabilizar su legitimidad que se corresponde con su aplicación en la praxis justamente de dicha legalidad. Incluso en una teoría normativa de la justicia en criterio de Peces Barba Et. Al. Los valores que la contienen desarrollan fundamentos tales como la autonomía, la libertad o igualdad, los derechos humanos fundamentales el reconocimiento y protección de dichos valores. **PECES-BARBA Gregorio Et. Al.** Curso de Teoría del Derecho. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Segunda Edición. Madrid, España, 2000. PAG. 294 a 296

¹¹⁷¹ Desde el punto de vista de los críticos de estas soluciones Malarino expone una postura que desde luego no se comparte por las razones expresadas. No obstante para precisar el alcance de estas posturas críticas,, Malarino considera que la jurisprudencia de la Corte Interamericana proporciona numerosos ejemplos de activismo judicial: la regla que prohíbe amnistiar delitos graves (graves violaciones de los derechos humanos o crímenes internacionales), la regla que prohíbe la prescripción de ciertos delitos (violaciones, graves violaciones, muy graves violaciones de los derechos humanos o bien crímenes internacionales), la regla que excluye la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal en caso de crímenes internacionales, la regla que limita el principio del plazo razonable de duración del proceso en caso de crímenes internacionales, la regla que limita el *ne bis in ídem* en caso de nuevas pruebas, la regla que prevé el derecho del detenido extranjero a obtener información sobre la asistencia consular, la regla que establece que la Corte puede decidir más allá del caso concreto, la regla que establece que la Corte puede ordenar medidas a Estados que no participaron en el proceso internacional, etc. Algunas fueron efectivamente usadas para decidir casos y otras afirmadas en *obiter dicta*. **MALARINO Ezequiel.** Activismo Judicial, Punitivización Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sistema

En la actualidad, estos problemas confrontan al principio de legalidad, frente a la necesidad de zanjar la discusión bajo fórmulas alternas al derecho penal, como la *solución cero*, propuesta anteriormente, pero complementando su exigibilidad en materia penal. Esto es, desde las medidas de ponderación viables perfectamente a nivel constitucional, entre los derechos de las víctimas y los derechos fundamentales del sistema penal y entre los principios confrontados anteriormente, como nuevas características del principio estudiado sometido al imperio de la Constitución y no al sistema legal¹¹⁷².

En virtud de lo anterior, lo que se cuestiona es si es posible tomar partido en favor de las primeras, vale decir las normas del DIDH y del DPI como punto de conexión con el Derecho Penal Común, a fin de satisfacer la necesidad de justicia material en el terreno de la legalidad extendida; pero frente a la comunidad internacional, en ningún caso se puede sostener el asunto bajo la tendencia de la prescripción procesal de las conductas impunes y con ello dar por extinta tanto la acción como la sanción punitiva¹¹⁷³. Esta última opción no ha sido tomada en cuenta por las instancias judiciales. Por el contrario, lo que se observa es que las mismas han acudido a toda clase de argumentaciones desde estos factores para sostener la vigencia de las actuaciones, incluso bajo la declaratoria de crímenes de lesa humanidad¹¹⁷⁴. Además, desde la solución cero, se trata de identificar el hecho tal y como se representó en su ocurrencia, y si el mismo generaba consecuencias de tipicidad internacional al momento de los hechos¹¹⁷⁵.

interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Editorial Konrad Adenauer. Montevideo Uruguay. 2010. PAG. 30.

¹¹⁷² Según Zagrebelsky, lo anterior obedece a la novedad de la ley que en este tiempo está sometida a una relación de adecuación y por tanto de subordinación a un estrato más alto de derecho, establecido por la Constitución. **ZAGREBELSKY Gustavo**. El Derecho Dúctil. Editorial Trotta. Novena Edición. Madrid España 2009. PAG.. 33 y 34.

¹¹⁷³ Todo ello por cuanto se observa que la tendencia de las cortes nacionales parece orientarse hacia la tendencia de Alexi, según la cual, la comprensión de los derechos como posiciones iusfundamentales a realizarse, según las circunstancias del caso, se adecúa más al Estado social de Derecho, pues pueden realizarse sobre una base realista en las circunstancias concretas del caso. En la determinación de la observancia o inobservancia de tales mandatos el principio de proporcionalidad cumple un papel central. **ARANGO Rodolfo**. Concepciones Deontológicas y Teleológicas de los Derechos Fundamentales. Derechos Fundamentales Principios y Argumentación Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexi. Editorial Comares. Granada, España 2010. PAG.. 85 y 86.

¹¹⁷⁴ **COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**. Auto de 27 de enero de 2015. Audiencia Preparatoria Unica Instancia. Rad. 44312.

¹¹⁷⁵ En opinión de Fajardo, este fundamento es atendible solamente para señalar el marco del contexto para interpretar el hecho en sí mismo, lo cual es viable para identificar su naturaleza y orientar correctamente la

La interpretación propuesta en este sentido se identifica con una naturaleza dinámica de los derechos, en cuanto a mandatos realizados gradualmente bajo un modelo progresivo que busca su realización en la práctica, como sucede en los casos insatisfechos frente a la comunidad internacional (caso Galán)¹¹⁷⁶. Con esto no se busca variar el contenido del tipo atendible al momento de los hechos; sino trazar la posibilidad, como lo hizo la Corte Suprema de Justicia, de crear los fundamentos posibles para identificar el suceso como de lesa humanidad y proseguir en su juzgamiento, atendiendo las exigencias internacionales que el asunto ameritaba en aquel entonces¹¹⁷⁷. Por ende es posible encauzar la investigación bajo la orientación de satisfacer la necesidad de justicia material, y no bajo el principio de seguridad jurídica, luego de resolver el conflicto que se genera entre estos dos principios¹¹⁷⁸.

4. El factor común del concepto de lesa humanidad. Desde la violación del DIDH y el crimen internacional: efectos sobre el principio de legalidad penal e imprescriptibilidad

De todo lo expuesto se puede identificar un factor común, también de modificación, relativo a la prevalencia de la violación de derechos humanos como fundamento de la determinación de lesa humanidad e imprescriptibilidad en materia penal. Este presupuesto solo afecta los límites temporales de vigencia de la ley, y no el aspecto dogmático de los tipos penales en la época de su ocurrencia¹¹⁷⁹. En este sentido se

investigación, pese a que desde su postura no se está analizando este aspecto de la vigencia de la legalidad penal, sino el valor probatorio de los contextos internacionales en materia penal. **FAJARDO ARTURO Luis Andrés**. Ob. Cit. PAG. 341 y 342.

¹¹⁷⁶ Siguiendo la teoría de Alexi, la concepción dinámica de los derechos fundamentales, establecidos como mandatos de optimización, de ninguna manera impide el establecimiento de vulneraciones a los derechos fundamentales. Estos pueden perfectamente ser protegidos judicialmente con base en criterios objetivos, sin que ellos pierdan fuerza normativa. Así es posible establecer, en forma razonable, si los derechos fundamentales –entendidos como mandatos de optimización– han sido efectivamente satisfechos en las circunstancias concretas de un caso. **ARANGO Rodolfo** Ob. Cit. PAG. 85 y 86.

¹¹⁷⁷ **COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**. Auto de 27 de enero de 2015. Audiencia Preparatoria Unica Instancia. Rad. 44312.

¹¹⁷⁸ Es importante tener en cuenta que, en situaciones como las analizadas, se precise la concepción constitucional de un modelo progresivo de los derechos fundamentales. En este sentido, Rodolfo Arango sostiene que desde las concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales, como en el presente caso, se dirigen a favor de su concepción como máximas de optimización llamadas a realizarse según las posibilidades fácticas y jurídicas dadas. **ARANGO Rodolfo**. Ob. Cit. PAG. 89.

¹¹⁷⁹ Si bien no se puede afirmar que existe una sistematización completa de los crímenes de lesa humanidad, lo cierto es que en virtud de las leyes 589 de 2001, 599 de 2000 y 1719 de 2014 se han desarrollado en forma paulatina conductas de lesa humanidad en el derecho interno, como la desaparición forzada, el genocidio, el

advierte un presupuesto claro en materia de modificación o flexibilización del principio de legalidad penal. Al respecto, esto ha sido el resultado de la necesidad normativa actual, pues no aparece razonable en nuestro contexto acudir a la solución retroactiva de tales crímenes y su criminalización, incluso partiendo del ER, dada la inexistencia de una legislación suficiente que pueda regular todos sus aspectos discutibles, tanto en el pasado como en el presente¹¹⁸⁰. Bajo este panorama, el concepto de lesa humanidad se estructura en la conducta susceptible de declaración para alcanzar su contenido insatisfecho de justicia penal material y por lo tanto se torna imprescriptible¹¹⁸¹.

En efecto, es importante destacar que en la definición actual del delito de lesa humanidad se considera como crimen autónomo a nivel internacional, a pesar de sufrir en su nacimiento, en el Estatuto de Núremberg, su antinatural unión a la categoría legal de los “Crímenes de Guerra”¹¹⁸². Su evolución desde entonces ha permitido adicionar ciertos tópicos que le dan la claridad y la mencionada autonomía actual.

A partir de allí, las conductas mencionadas han servido de fuente principal para identificar la naturaleza de una violación de derechos humanos, su repercusión (interna e internacional) y su necesidad de persecución. El precedente generado desde Núremberg hasta el ER permite identificar su naturaleza asociada a unas modalidades de comisión

desplazamiento forzado y las modificaciones a la tortura, la discriminación racial, entre otras; las mismas aparecen dispersas en el estatuto punitivo y no se agrupan bajo los elementos comunes de represión, tales como la sistematicidad y generalidad de los actos intencionales que califican el tipo penal de lesa humanidad. Este debate aparece en **VANEGAS MOYANO Mauricio**. Crímenes de Derecho Internacional. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Temis – Universidad del Rosario. Bogotá D.C. 2011. PAG. 64. De igual forma en **DÍAZ HUERTAS Omar**. Revista Pensamiento Jurídico, Editorial Universidad Nacional de Colombia, No. 37, mayo - agosto, Bogotá, 2013, PAG. 28 a 30.

¹¹⁸⁰ En este sentido, Aponte y Vanegas, entre otros, consideran que es poco satisfactorio este fundamento, toda vez que no concilia los avances decantados del Derecho Penal Internacional y porque de alguna manera se castigan conductas convencionales, en lugar de acudir a todos los elementos de los crímenes internacionales en su conjunto. **VANEGAS MOYANO Mauricio**. Crímenes de Derecho Internacional. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Temis – Universidad del Rosario. Bogotá D.C. 2011. PAG. 64.

¹¹⁸¹ Díaz señala que “la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad tienen su fundamento en la ausencia del perdón del hombre, y que lleva a que las graves lesiones a los derechos humanos deban ser investigadas en cualquier momento, bajo el precepto de justicia universal, justicia interna y la competencia de la Corte Penal Internacional como tribunal emergente y de reserva”. **DÍAZ HUERTAS Omar**. Ob. Cit. PAG. 31. Finalmente los problemas asociados a la posibilidad de que el argumento de Lesa Humanidad se pudiera entender como de carácter político, de tipo indeterminado, y por lo tanto no garantista en el sistema penal, ha sido uno de los factores que ha impedido elaborar un capítulo general sobre el tema que pueda permitir su persecución a nivel interno. **IBÍD.** PAG. 64.

¹¹⁸² **SUNGA LYAL S.** Ob. Cit. PAG. 246.

que se deben realizar en torno a los elementos comunes que corresponden: el primero de ellos se refiere a las políticas sistemáticas y generalizadas para obtener la calificación internacional, y el segundo al elemento intencional para ejecutar dichas políticas. Las dos situaciones descritas generan la ineludible obligación de justicia material¹¹⁸³.

De igual forma, este concepto identificado bajo estos dos elementos, se proyecta en la responsabilidad del presunto agente perpetrador frente a toda la comunidad internacional, debido a que no se trata de una exigencia con respecto al fuero punitivo interno, sino que obedece a un compromiso que tiene que saldarse ante la justicia internacional¹¹⁸⁴. Es decir, cuando se advierte la comisión de un ilícito de tal naturaleza, y se responsabiliza a un presunto autor, no solamente se vulnera la competencia material sino que el hecho representa una obligación internacional frente a bienes jurídicos internacionales, toda vez que vulnera los intereses más importantes de la comunidad internacional en su conjunto, aunque no se quiera reconocer tal exigencia en los postulados de la justicia interna¹¹⁸⁵.

Este primer factor, con base en la exigencia internacional relacionada con la connotación de lesa humanidad, es un escenario común en las instancias de protección de derechos humanos, vale decir en el sistema interamericano regional, como también en el foro especial de la CPI, en virtud del ER y sus cuerpos jurídicos complementarios, con las

¹¹⁸³ Díaz advierte sobre el particular que “en Colombia el tema no ha sido ajeno. Durante el desarrollo del conflicto interno, la población civil ha sido víctima de graves violaciones de los derechos humanos que se encuadran en el marco de los crímenes de lesa humanidad”. **DÍAZ HUERTAS Omar**. Ob. Cit. PAG. 31.

¹¹⁸⁴ Por su parte, Barrero hace comentarios valiosos sobre el alcance de este tipo de interpretaciones de la ley penal. En este sentido, al analizar el fallo Simón de la Corte Suprema de la Argentina, comenta que el mismo se produce en contra de la ley de Punto Final No 23.492 de 1986, que dispuso la prescripción de los delitos de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar, entre 1976 y 1983, en un término de 60 días contados a partir del 10 de diciembre de 1983. En complemento la ley de “Obediencia debida” No 23.521 de 1987, dispuso que los crímenes cometidos por miembros de las Fuerzas Militares durante la dictadura no eran constitutivos de delito por haberse ejecutado en virtud de orden de autoridad competente. Se trataba de obediencia ciega, del cumplimiento de órdenes por parte de los subalternos. **BARRERO BERARDINELLI Juan Antonio**. Ob. Cit. PAG. 303.

¹¹⁸⁵ En el caso por el que fueron víctimas de secuestro José Liborio Poblete Roa, su esposa e hija menor, en 1978, las abuelas de Plaza de Mayo denunciaron al Teniente Coronel retirado Ceferino Landa. Lo significativo de este fallo es el concepto del juez de primera instancia que declaró la inconstitucionalidad del art. 1 de la ley 23.492 y 1, 3 y 4 de la ley 23.521, que determinó la incompatibilidad de las normas citadas con la Constitución (art. 29), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1, 2, 8, 18 y 25) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 1 y 9) y la Convención contra la Tortura y otros tratos inhumanos o degradantes. Todo ello se debió al control difuso del sistema argentino que permite este tipo de consideración de cualquier juez de la nación. Este fallo se produjo el 6 de marzo de 2001 y llegó hasta la Corte Suprema de dicho país para que el asunto quedara resuelto el 14 de junio de 2005. **IBÍD.** PAG. 303.

diferencias frente a sus competencias y fueros especiales¹¹⁸⁶. Ahora bien, de la definición de esta naturaleza se deriva la consecuencia de su imprescriptibilidad, ámbito que es común en las jurisdicciones de derechos humanos y en el propio ER, pese a la diversidad de efectos que se producen en una u otra instancia. Este fundamento común también es propio de la interpretación por extensión que en los dos sistemas se verifican con mayor influencia¹¹⁸⁷.

En este caso, para la justicia de derechos humanos se realiza un juicio al sistema de justicia interna en general y por ende, el responsable es el Estado; mientras que en el otro evento se realiza un juicio al presunto responsable directo con fines punitivos. De allí la contrariedad de principios anotada en el aparte anterior frente a la justicia penal. Lo relevante del asunto es que en uno u otro foro se persigue el hecho objeto de la violación o del crimen por tratarse de una base fáctica común de grave violación, traducida en lesa humanidad. Entonces, la relación generada a través de tales fueros implica la primera dificultad que consiste en trasladar la discusión a un foro común que reúna a los dos elementos de justicia material internacional¹¹⁸⁸. Además de esto se hace necesario

¹¹⁸⁶ Un hito en los fallos de esta materia, antes del caso Simón, lo constituye el caso Priebke, motivado por un pedido de extradición de la República Italiana, por hechos contra la humanidad cometidos por el ciudadano requerido en 1944. Según el caso, los hechos habían generado una sentencia por parte de las autoridades italianas en 1962, como último acto de interrupción de la prescripción de las conductas contra la humanidad endilgadas al procesado, siendo este miembro de las Fuerzas Alemanas en Italia. La Cámara Federal de Apelaciones del General Roca denegó el pedido inicialmente, sentencia que fue apelada mediante recurso ordinario por la Procuraduría, concedido ante la Corte Suprema de la Nación. La misma determinó que la conducta de Erich Priebke, que motiva el pedido de extradición, presenta las características típicas de los crímenes contra la humanidad cometidos contra la población civil y prisiones de guerra durante un conflicto bélico sancionado en forma unánime por la comunidad internacional. Así el requerimiento del Ministerio del interior italiano atiende la comisión de delitos contra la humanidad, responde a los principios de *iuscogens*, del derecho internacional y en tales condiciones se trata de delitos imprescriptibles, por lo cual procede la extradición. **ARGENTINA, Corte Suprema de la Nación**. Causa No 16063. Caso Erich Priebke. Buenos Aires 2 de noviembre de 1995.

¹¹⁸⁷ Efectivamente, en los Tribunales de Derechos Humanos como la Corte Interamericana, el sujeto responsable es el Estado y en el ER el presunto responsable es un sujeto individual. Incluso en el derecho interno se pueden anticipar tales efectos como en el fallo Simón, en el cual aparecen muchos aspectos susceptibles de verificación internacional (desde el juez interno). En los comentarios de este caso, Barrero advierte que criterios de interpretación como los de la CSJ de la Argentina serán útiles para efectos de cuestionar las normas que en varios países intentan bloquear el acceso real a la justicia, por la elemental razón de que los Estados no tienen la capacidad jurídica de perdonar aquello que la humanidad no está dispuesta. **BARRERO BERARDINELLI Juan Antonio**. Ob. Cit. PAG. 306.

¹¹⁸⁸ Sobre este aspecto de justicia material, en la jurisprudencia argentina se cita un caso muy interesante que justamente pondera en favor de la persecución de conductas para favorecer la justicia material. El asunto versa sobre un pedido de extradición del ciudadano alemán, Josef Franz Leo Schwammberger, quien cometió delitos durante la vigencia del Tercer Reich, entre 1941 y 1945, en Polonia. Según esta norma y la extensión territorial en estos hechos, tales conductas ya están prescritas y no procedería a Alemania el pedido, toda vez que incluso lo realizó el nuevo Estado en virtud de la ley Fundamental Alemana de 1949. En este caso, la CSJ

examinar si de esta relación se deriva una controversia ineludible en cuanto a los derechos que en cada foro se configuran y las contradicciones generadas en tal sentido, como se indicó en el punto anterior.

Inicialmente, habrá que decir, que al partir de la teoría del bloque de constitucionalidad examinada, se trata de una controversia entre derechos que pertenecen a esta esfera internacional y que, de acuerdo a como ha sido definida en la doctrina constitucional, el lugar apropiado corresponde a una decisión constitucional, por cuanto los dos fueros hacen parte de la constitución misma. Es decir, se trata de una discusión entre dos normas constitucionales; todo ello, al identificar los dos fueros desde donde se desprende, por un lado, la legalidad de derechos humanos y por el otro la legalidad penal. Se verifica, en nuestro caso especial, la intervención de normas procedentes de derechos humanos en el sistema penal interno, como otro de los factores de flexibilidad del principio de legalidad penal, en este caso a través de la noción de lesa humanidad.

Una vez identificado el fuero para definir la colisión de principios, se tratará de arribar al centro del conflicto y su posible resolución desde los propios factores de lesa humanidad y su contenido (legalidad de derechos humanos Vs. legalidad del sistema penal), como se expone en el siguiente capítulo.

Conclusiones VII Capítulo

1. La figura del bloque de constitucionalidad permite la conexión jurídica con el pasado, dada la existencia de instrumentos internacionales en vigor para la fecha de muchos atentados internacionales ocurridos antes de la Constitución de 1991. Desde este punto de vista también se erige un nuevo límite al principio de legalidad penal.
2. Lo anterior debido a que la extensión de la normatividad en el tiempo, bajo el criterio de la existencia de la violación de derechos humanos en el momento de los hechos permite solucionar atentados internacionales que permanecen latentes y

de Argentina determinó que el derecho del Tercer Reich, y su potestad penal, seguía rigiendo según las normas alemanas siempre y cuando no contrariaran la Ley Fundamental de 1949; y que los nuevos ajustes normativos no impedían el juzgamiento por parte del Estado requirente, incluso sobre el aspecto de la prescripción. **ARGENTINA, Corte Suprema de la Nación**, causa No 88652. Caso, SCHWAMMBERGER Josef Franz Leo. Buenos Aires 20 de marzo de 1990.

sin resolución, aún bajo el ámbito de protección del sistema constitucional vigente. En este caso se acude al fundamento de la violación de derechos humanos presente en el momento de los hechos y se subsume en el código penal común vigente para esa época, solución que ha sido denominada en otras experiencias comparadas como la solución cero.

3. De igual forma, la intervención constitucional citada, permite que tal declaración pueda interrumpir la prescripción de las conductas asociadas a este factor, hasta tanto no se ejerza su debido enjuiciamiento. Sin embargo, esto implica plantear un conflicto que se presenta entre los principios de las víctimas y los principios de naturaleza penal para este caso del principio de legalidad penal, para tal efecto lo aconsejable reside en ponderar.
4. Los elementos de crímenes internacionales como los de lesa humanidad, presentes en actuaciones aún sin resolver en la actualidad, indican justamente estas afectaciones en materia de legalidad que se traducen en actuaciones donde se cuestiona en determinado momento la legitimidad del Estado en el orden internacional. Esta conclusión prevalece aun en las circunstancias actuales del proceso de negociación de la Habana con las FARC, que también señalan la construcción de una justicia transicional. Lo relevante es que el factor común de lesa humanidad reside tanto en la violación del DIDH como en los crímenes internacionales del DPI y por lo tanto hacen viable orientar hacia esta perspectiva los límites de la legalidad extendida para solucionar casos de justicia penal insatisfechos en la actualidad.
5. En definitiva, para dar claridad a la teoría objeto de presentación resulta conveniente continuar con el argumento de sometimiento a la legalidad penal y tratar de evidenciar a partir de allí los fundamentos posibles desde la propuesta trazada que se orienta por la corrección del sistema mediante la fórmula de aplicación de los derechos humanos en materia penal, bien para el presente o para el pasado del sistema a través del mecanismo de la legalidad extendida.
6. El principio de legalidad también debe ser interpretado, conforme a principios de interés de justicia, en términos de lucha contra la impunidad internacional, para

algunos casos derivados de graves crímenes y delitos de alto impacto entre otros factores de ausencia de justicia o de actos ilícitos del Estado. Frente a esta categoría se pudo corroborar que este factor desde el terreno constitucional en experiencias comparadas implicó un fundamento de reenvío frente a cláusulas mínimas universales que están presentes para corregir el sistema.

7. La estructura del principio de legalidad penal y en particular la interpretación de la certeza legal y la vigencia temporal, deben ser observadas en forma extensiva, teniendo en cuenta todos los fundamentos anteriores y los principios de justicia material efectiva, lo cual le otorga legitimidad al sistema penal. Al mismo tiempo, permite entender sus consecuencias actuales y si ello es así, los criterios límite posibles pueden residir en este concepto determinado por la legitimidad constitucional, generado por la prevalencia de los derechos humanos, la justicia material, la seguridad jurídica y la no impunidad en el estado social y democrático de derecho.

Capítulo VIII

Los principales efectos de transformación del principio de legalidad

Introducción al capítulo VIII

1. Elementos de discusión constitucional del principio de legalidad penal

2. Los factores de análisis en la ponderación entre legalidad penal y protección de las víctimas. (La propuesta de legitimación de la norma de derechos humanos en materia penal)

3. Las nuevas modificaciones en materia de reserva y prescripción. Posibles elementos plausibles de interpretación y de legitimación penal.

4. Los factores de legitimidad frente a la flexibilización o relativización del principio de legalidad penal. (Concepto interés de justicia)

Conclusiones

Capítulo VIII

Los principales efectos de transformación del principio de legalidad

Introducción al octavo capítulo

El propósito en el presente capítulo se centra en el estudio de la transformación positiva del principio de legalidad penal, bajo sus funciones constitucionales que también obedecen al orden internacional. En este caso se analiza si el principio analizado se corresponde con su naturaleza eminentemente legal o si bien, en virtud de sus múltiples relaciones con los fundamentos internacionales, principalmente en virtud del bloque de constitucionalidad, del concepto de justicia material frente a la seguridad jurídica, corresponde a una naturaleza Constitucional. Podría señalarse que esto a su vez le sirve de punto de conexión entre el orden interno y el internacional. Así mismo se define el concepto de legitimidad que sirve de telón de fondo a toda la fundamentación que posiblemente reside en el DIDH y sus conflictos frente a las normas penales. Al final se define si se presenta esta prevalencia del DIDH en materia penal como otro de los límites constitucionales del principio de legalidad trazados como parte del problema a resolver en el presente trabajo de investigación.

De acuerdo con el párrafo anterior, el principio de legalidad obedece a la nueva orientación universal del sistema penal, que considera los órdenes interno e internacional como unidad en la que confluyen elementos dispares, a saber: la norma penal, procedimientos de su génesis, ámbitos o instituciones como los principios penales, los delitos, las sanciones, el proceso penal y las autoridades que dirimen o intervienen en el mismo¹¹⁸⁹. En el presente trabajo solamente se examina el principio de legalidad penal en relación con la garantía criminal, en virtud del nexo que guarda con todos los elementos del sistema penal que incide en su orientación vigente. En el caso colombiano, desde el año 2000 el código penal acoge esta fórmula de tendencia de internacionalización, sobre todo en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad, inmerso en el estatuto punitivo que le otorga una naturaleza supralegal, la cual tiene las consecuencias que se examinan a continuación.

¹¹⁸⁹ BORJA JIMÉNEZ Emiliano. Ob. Cit. PAG. 13.

1. Elementos de discusión constitucional del principio de legalidad penal

De acuerdo con lo expuesto hasta el momento en el presente trabajo, más allá de que el principio de legalidad se encuentre descrito en el código penal (art. 6), es necesario analizar su alcance, junto con el contenido del art. 29 y el art. 93 de la Constitución¹¹⁹⁰. Todo ello debido a que estas normas señalan las consecuencias que lo identifican como norma constitucional que protege derechos fundamentales.

Por otra parte, desde los instrumentos de derechos humanos que protegen los derechos fundamentales, en el sistema interamericano se advierte otro factor de legalidad internacional que en virtud del art. 93 (inciso primero), también corresponde al bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Por lo tanto, los instrumentos debidamente ratificados que pertenecen a dicho sistema, igualmente ostentan el carácter de norma constitucional. Esto obedece a que el sistema interno no determinó prevalencia del orden internacional sino correspondencia con el orden interno e igualdad de las normas que deben ser consideradas como constitucionales, tal y como se indicó en el capítulo anterior¹¹⁹¹.

En este sentido es preciso afirmar que la definición del principio de legalidad penal, que se analiza en el presente trabajo, se relaciona de manera indisoluble con el sistema penal, visto como estructura o esquema instrumental en el que se integran diversos problemas o cuestiones que se quieren abordar con cierto orden o sentido¹¹⁹². Es decir que el problema objeto de definición se ubica desde afuera del sistema, dada la naturaleza constitucional afirmada.

Desde este fundamento, obviamente sin abordar todos los elementos del sistema que serían imposibles de agotar, se analiza la nueva orientación que se pretende sustentar, en la cual se adicionan las nuevas relaciones que provienen, justamente, de los procesos de internacionalización y de la génesis de los factores internos que en el último tiempo

¹¹⁹⁰ Con el método analógico se permite la extensión de sus efectos a través de esta norma (art. 93, Const. Pol.). En todo caso este alcance se encuentra restringido, toda vez que en sede de la analogía legis esto no es posible. BEUCHOT PUENTE Mauricio. PAG.. 143.

¹¹⁹¹ Se recuerda la teoría de la naturaleza del bloque de constitucionalidad, en el sentido de igualdad, junto con el texto constitucional. Sentencia C-225 de 1995.

¹¹⁹² BORJA JIMÉNEZ Emiliano Ob. Cit. PAG. 14.

generan otro tipo de influencias a esta relación entre el principio de legalidad y el sistema penal. Ahora, si esto es así, se suma el enfrentamiento entre el sistema penal (desde el principio de legalidad) y la vigencia de la legalidad proveniente del sistema de protección de derechos humanos como fórmula alterna que complementa el sistema. En efecto, sobre la palestra se oponen dos naturalezas que componen un conjunto de fundamentos desde los principios y derechos fundamentales que se encuentran en el mismo rango de protección constitucional y en igualdad de condiciones.

En síntesis, se opone el conjunto de la legalidad penal y el conjunto de la legalidad internacional de derechos humanos, incluso más que la legalidad del DPI. Todo ello por cuanto, la legalidad penal representa todo el conjunto de principios que conjugan la certeza y seguridad jurídica del ciudadano frente al sistema punitivo y la legalidad de los derechos humanos implica el recurso efectivo y la justicia material que debe proceder en cada actuación del Estado Constitucional. En este sentido, por seguridad jurídica ha de entenderse la regularidad o conformidad a derecho y la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos; y muy especialmente de la interpretación y aplicación del derecho, por parte de las administraciones públicas, los jueces y tribunales¹¹⁹³.

Entre ellos aparece enfrentado el principio *indubio pro reo, presunción de inocencia*, que involucran en su estructura los derechos al debido proceso, a la libertad personal y propiamente el principio de legalidad. Por el otro lado, en el sistema de derechos humanos que caracterizan a la violación de esta índole, aparecen los principios *pro homine, indubio pro víctima*, entre otros, que determinan la protección en el ámbito interamericano de los siguientes derechos: violación de los derechos a la vida, libertad personal y garantía judicial, entre otros. Estos derechos en las actuaciones revisadas de ruptura de la cosa juzgada material, revelaban una frecuencia en su vulneración vinculada a la naturaleza de lesa humanidad de las violaciones, junto con la consecuencia de la impunidad en el sistema interno punitivo; sobre todo para hechos anteriores a la Constitución de 1991 e incluso al sistema penal de 2000 (ley 599 y 600).

¹¹⁹³ La regularidad y la previsibilidad involucran el conocimiento del ciudadano sobre las expectativas que puede esperar de la administración de justicia, para así obtener la resolución de sus derechos. ESPIN Eduardo ET. AL. El sistema de Fuentes en la Constitución. Derecho Constitucional. Vol 1. Editorial Tirant Lo Blanche. Valencia España. 2000. PAG. 65.

Este proceso de transformación o flexibilización que se identifica en la actualidad, se traduce en la posibilidad de dar solución a la problemática relacionada con la impunidad de los delitos de lesa humanidad, en el ámbito interno, en particular en sucesos anteriores a la Constitución de 1991 e incluso en sucesos anteriores a la suscripción del ER en el orden interno (Vigencia noviembre 1º de 2002).

Para algunos esta influencia del derecho internacional en materia penal, permite que desde fronteras como el DIDH, se debilite el alcance de la ley como herramienta para minimizar el ejercicio de la violencia al interior del Derecho penal y como elemento fundamental del estado de derecho¹¹⁹⁴. Desde esta postura también se enuncian problemas de separación de poderes y sobre todo afectaciones a la tipicidad estricta y la reserva legal que hacen impreciso el contenido de derechos fundamentales que justamente se pretenden proteger y que ello obedece en alguna medida al derecho judicial que parece imponerse sobre el Estado de Derecho¹¹⁹⁵.

Al respecto, es preciso mencionar que las posturas citadas descansan nuevamente en las exigencias del Estado de Derecho y no en el modelo de Estado Social pese a que se enuncie un análisis constitucional. De igual forma, la postura de Velásquez¹¹⁹⁶ distorsiona la noción de Estado social negando que esta forma también obedece a una condición de Estado constitucional¹¹⁹⁷, en razón de que la forma analizada, se fundamenta en la

¹¹⁹⁴ **MEJIA SALAZAR Luz María.** El debilitamiento del principio de legalidad penal en las decisiones de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana. Trabajo de Grado Maestría en Derecho Penal. Universidad EAFIT. Medellín Antioquia 2012. Pags. 53 y 54

¹¹⁹⁵ Fernando Velásquez analiza su postura contraria a este proceso además de que cuestiona igualmente el alcance de la prescripción y el uso retroactivo de crímenes internacionales en el derecho interno por parte de las Cortes en detrimento del principio de legalidad penal. **VELASQUEZ VELASQUEZ Fernando.** Constitución y Principio de Legalidad. Artículo compilado en el texto: Derecho penal y Constitución (Memorias). Editorial Fondo de Publicaciones, Universidad Sergio Arboleda. Bogotá D.C. 2014. Pag. 260.

¹¹⁹⁶ *Ibídem* Pag. 262.

¹¹⁹⁷ Contrariamente a lo sostenido por Velásquez, La noción de Estado Social que se orienta en las Cortes Nacionales Colombianas, obedece a la tesis de tal condición bajo la forma de Estado Constitucional. El autor Alemán Polakiewicz señala al respecto: "La Ley Fundamental de Bonn, promulgada el 23 de mayo de 1949, ha demostrado ser una Constitución de extraordinario éxito. Aunque en sus más de cuarenta años de vigencia, la Ley Fundamental ha sufrido más de treinta y cinco modificaciones, su esencia no ha sido alterada. Ella sirvió también de marco a la reunificación alemana en 1990. Abstracción hecha de algunas modificaciones a raíz de la adhesión de los Lánders de la antigua República Democrática Alemana, la Ley Fundamental es hoy la Constitución de la Alemania unificada. Sus principios de libertad y democracia han cristalizado como los factores de integración e identificación más fuertes de la sociedad alemana. La República Federal de Alemania, como **Estado constitucional, se caracteriza por el ideario de un Estado social y democrático de Derecho y por la sujeción de todo poder estatal a los derechos fundamentales.**" (negritas fuera de

defensa antropocéntrica de los derechos fundamentales que incluso ha sido descrita y establecida desde el comienzo por la Corte Constitucional (Sentencia T-406 de 1992)¹¹⁹⁸. El ser humano bajo dicha orientación, se convierte en el epicentro de defensa y promoción de las instituciones que se regulan. hecho que se evidencia en “la Carta de Derechos fundamentales, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma”¹¹⁹⁹.

Por lo anterior, la tesis de Velásquez en este sentido no encuentra soporte doctrinal y pretende darle un alcance al Estado Social y Constitucional, de tipo formal, bajo argumentos que corresponden más bien a los regímenes totalitarios del nacional – socialismo¹²⁰⁰ que no tenían tal condición¹²⁰¹ y que eran contrarios a la moderna forma de

texto) **POLAKIEWICZ Jörg**. El proceso histórico de la implantación de los Derechos fundamentales en Alemania. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Editorial, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Estudios Políticos. México D.F. No 81 Julio-Septiembre de 1993. Pag. 23

¹¹⁹⁸ Para ampliar la noción de Estado Social de la Constitución de Weimar de 1919 Consultar. **POLAKIEWICZ Jörg**. Ob. Cit. Pags. 32 y 33. La sentencia T- 406 en Colombia, has sido un fundamento hito en la consideración del Estado Social de Derecho. En la misma se afirma que La perspectiva del Estado ahora contiene elementos esenciales, cuyo cometido fundamental es “el compromiso por la defensa de los contenidos jurídicos materiales”. **COLOMBIA, Corte Constitucional**, Sentencia T-406, Junio 5 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

¹¹⁹⁹ **IBÍD.** Pag. No 2

¹²⁰⁰ La interpretación de Velásquez es desafortunada pues justamente como lo reconoce **POLAKIEWICZ**, lo que hizo el régimen nacional socialista fue desconocer la Constitución de Weimar (1919-1933), mediante las leyes de instauración del tercer Reich y así establecer reformas legales para que se obedeciera ciegamente la persecución antisemitista. El período entre guerras además no es comparable con la noción de Estado Social y democrático de derecho que es posterior a la Carta Fundamental de Alemania de 1949 y demás constituciones posteriores que introdujeron este concepto bajo un amplio esquema de defensa de la Constitución y un papel destacado de los tribunales constitucionales bajo la orientación mencionada. **POLAKIEWICZ Jörg**. Ob. Cit. Pags. 37 y 38

¹²⁰¹ En este sentido, en el texto que se menciona a continuación, Zaffaroni en el prólogo del texto, evidencia la naturaleza del régimen penal nacional socialista, su esquema totalitario y su diferencia con el Estado Social que emerge después de 1948. En el mismo se muestra el alcance las normas del nacional socialismo, que desarrollaban un positivismo peligrosista que buscaban el disciplinamiento higiénico de conservación urbana, frente a los judíos que no eran aptos para tal desarrollo. Además, se trataba de normas en un estado absoluto. Esto se denota al interior del texto en los capítulos de Mezger y Grispigni por ejemplo en la ley sobre delincuentes habituales de 1933 o en el derecho penal de la guerra en la que se incluyó la ley del delincuente dañino al pueblo – mediante la ordenanza de 5 de noviembre de 1939. La misma incorporaba un elemento como la defensa del pueblo. **MEZGER Edmundo y GRISPINI Filippo**. La Reforma penal nacional-socialista. Traducción E. Raul Zaffaroni y Rodrigo Codino. Edit. Ediar, Buenos Aires Argentina. 2009. Pags. 19. 72 a 78.

Estado analizada, erigida después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948¹²⁰².

Ahora bien, frente a los críticos mencionados, el asunto tampoco desborda el ámbito de protección constitucional necesario en materia penal que no se remite a todos los postulados y situaciones contemporáneas en materia penal, sino a las afectaciones más graves, de la cual hacen parte justamente el DIDH y otros instrumentos internacionales que generan la influencia que se pretende evidenciar y que se considera viable sólo en estos casos¹²⁰³.

Luego de hacer estas precisiones, la primera propuesta se relaciona con la posibilidad de declarar la violación para los sucesos anteriores a la Constitución de 1991, debido a que se identifican con crímenes de lesa humanidad. En este caso, lo más conveniente es trazar el conflicto entre los principios mencionados en los apartes anteriores (Legalidad penal Vs. Legalidad de derechos Humanos), el cual se debe dirimir mediante la ponderación de los principios en controversia. Para lograr este efecto, lo más aconsejable es elaborar el test de proporcionalidad, en sentido estricto, dados los derechos en contienda y la tradición constitucional trazada en este aspecto como mecanismo para dirimir este tipo de controversias, conforme a los siguientes razonamientos.

¹²⁰² Según Elías Díaz, el fundamento inicial del Estado Social de Derecho se concibe como el Estado sometido al Derecho o mejor, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley, se contraponen contra toda forma de Estado absoluto y totalitario, como Estados con poder ilimitado, en el sentido de no controlado jurídicamente o, al menos, insuficientemente regulado y sometido al derecho. Debe entenderse en este contexto "Derecho y Ley como expresión de la -Voluntad General-. **DÍAZ ELÍAS**. Estado de Derecho y Sociedad Democrática, Elías Díaz, Editorial Cuadernos Para el Dialogo, S.A. Edicusa, Madrid 1979. Pag.13

¹²⁰³ No obstante, la postura radical de Velásquez, es preciso comentar que en el escrito elaborado frente a la decisión, de 16 de diciembre de 2010 Proceso (Proceso N° 33039) M.PAG. José Leonidas Bustos Martínez, le asiste razón cuando señala los problemas de la decisión en materia de flexibilidad del principio de legalidad penal. Todo ello, por cuanto los hechos objeto de la apelación residen en circunstancias anteriores a la legislación de 2000 y sin embargo se le otorga al *nomen iuris* la categoría de Crímenes del Título II del C.PAG. vigente (Ley 599 de 2000). En este caso si bien es cierto que los actos corresponden a graves violaciones del DIH, no es posible hacer la subsunción retroactiva debido a que por un lado tales infracciones sólo contienen la violación más no la sanción y por otro lado, los delitos se encontraban descritos bajo otras categorías que en la CSJ habían aceptado pese a su naturaleza perteneciente al DIH. **VELASQUEZ VELASQUEZ Fernando**. La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad. Cuadernos de Derecho Penal, Edit. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá D.C. 2012. Pags. 91 a 105

2. Los factores de análisis en la ponderación entre legalidad penal y protección de las víctimas. (La propuesta de legitimación de la norma de derechos humanos en materia penal)

Ahora bien, previo al análisis de ponderación como otro de los límites del principio de legalidad, es necesario considerar que desde el bloque de constitucionalidad los fundamentos encontrados corresponden a la constitución ampliada y no al orden legal¹²⁰⁴. Esto no se debe interpretar como que se están resolviendo dos normas pertenecientes a jurisdicciones distintas, sino que pertenecen a derechos en disputa en el mismo campo, es decir, el de la protección de la Constitución de dos derechos fundamentales en contienda, como otra de las características de la legalidad penal contemporánea¹²⁰⁵. El principio de legalidad penal no puede ser observado solamente desde su fuente normativa interna penal, sino a partir de su relación con los demás principios constitucionales.

Nuevamente el punto sugiere un examen distinto de la legalidad penal dogmática tradicional, ya que plantea nuevos problemas que están por fuera del sistema y que impactan la legislación penal sustancial y procesal; dichos problemas, solo pueden ser

¹²⁰⁴ Según Alexi, la característica de los derechos legales, constitucionales y fundamentales es que estos contienen un titular, un destinatario y un objeto; en consecuencia, siempre que exista un derecho debe existir una norma válida que lo garantiza. En este sentido, desde una concepción formal del derecho, un derecho fundamental es todo aquel que se encuentre en un catálogo determinado o que puede defenderse constitucionalmente mediante una acción; sin embargo, ni esta posibilidad agota todo el catálogo, ni el catálogo comprende todos los derechos fundamentales para tal efecto. En todo caso se requiere de la noción material de este derecho, bajo esta perspectiva. De esta forma, aparece primero la noción de Carl Shmidt que señala que derechos fundamentales son aquellos derechos liberales cuya titularidad es el individuo. Esta visión ha de complementarse con la posibilidad de que ciertas personas jurídicas también pueden ser titulares de derechos fundamentales. Además ha de entenderse que los derechos fundamentales tienen la misión de darles una dimensión positiva a los derechos humanos. Solo desde esta postura es viable entenderlos como derechos transformados en constitucionales positivos. Un catálogo que no contenga los derechos humanos en su totalidad es deficiente. **ALEXY Robert.** Los Derechos Fundamentales. Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2003. PAG. 19 a 26.

¹²⁰⁵ En el presente caso, también es cierto que el problema no reside en la indeterminación de los derechos humanos sino en la rigidez determinante en cuanto a principio de legalidad se refiere, procedente del derecho penal liberal del estado de derecho y no del derecho penal en el estado constitucional. Si bien Alexi señala que el problema de definir los derechos fundamentales, a partir de los derechos humanos, reside en su indeterminación, esto no implica analizar su dimensión de positivización constitucional que es la frontera desde donde se analizan los derechos fundamentales en la concepción citada. En este sentido, los derechos fundamentales llevan implícita una pretensión de corrección desde el punto de vista de los derechos humanos que incluye una dimensión crítica e ideal en el ámbito del derecho constitucional y de la interpretación de los derechos fundamentales. **IBÍD.** PAG. 27 y 28

resueltos a través de mecanismos de interpretación centrados en el sistema constitucional del que hacen parte y no desde la rígida postura del derecho penal liberal clásico¹²⁰⁶.

Por lo tanto, al tener la base mencionada, en nuestro caso particular, el principio de legalidad también se enfrenta a su naturaleza en el orden penal, en el escenario del Estado constitucional, social y democrático de derecho, sobre todo a partir de la Constitución de 1991 y no al Estado liberal inicial, en el cual se le quiere observar sus efectos, aun en la actualidad. Lo anterior, debido a que necesariamente tendrá que ser aceptada una nueva postura integradora de los derechos fundamentales analizados, ampliando su cobertura dentro de sus límites en ese orden y no en el penal necesariamente¹²⁰⁷. Esto, en definitiva, genera otro límite desde el orden constitucional, en el que la postura dogmática de seguridad jurídica tendrá que sopesar otros factores de interpretación, como el que se analiza a continuación.

Estos nuevos elementos de integración del sistema jurídico en su totalidad, para resolver los nuevos problemas en materia penal, plantean un paso más allá de los mínimos establecidos por el principio de legalidad en la concepción del derecho penal liberal clásico¹²⁰⁸. Desde este fundamento parece confrontarse el primer límite preciso de los alcances de la legalidad penal, hacia la legalidad penal constitucional integrada¹²⁰⁹.

¹²⁰⁶ En el estado social de acuerdo con Manuel García Pelayo, la Carta Española despliega un conjunto de fundamentos normativos que establecen, la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, los cuales garantizan los principios configuradores del Estado de Derecho (principio de legalidad, jerarquía normativa etc. Art. 9ºCE.). Lo más importante en este sentido, es la sumisión de los órganos constitucionales y en general de los poderes públicos a una jurisdicción constitucional. **GARCIA PELAYO Manuel**, Las Transformaciones del Estado Contemporáneo, El Estado Social y Democrático de Derecho en la Constitución Española. ED. Alianza Universidad, Madrid 1977. Pag. 94

¹²⁰⁷ En este sentido, el modelo más adecuado de derechos fundamentales, según Arango, es uno que rechaza la estricta separación entre lo correcto y lo bueno; que se mantiene sensible a las consecuencias de la decisión a la hora de ponderar los derechos fundamentales en colisión y que no ponga como ofrenda el contenido deontológico de los derechos en el altar de un cierto consecuencialismo ético. Un modelo progresivo de derechos que los concibe como máximas que deben ser realizadas, en la mayor medida de lo posible, según las circunstancias fácticas y normativas, es más adecuado que el modelo liberal clásico privilegiado por Habermas. En esta postura es más adecuado el marco de un Estado constitucional, social y democrático de derecho. **ARANGO Rodolfo**. Ob. Cit. PAG. 89.

¹²⁰⁸ Según Robert Alexi todo concepto de los derechos fundamentales debe determinarse recurriendo a una concepción de los derechos humanos. Todo ello en virtud de la visión consecuente de los derechos fundamentales que abogan por la positivización de los derechos humanos. **ALEXI Robert**. Ob. Cit. PAG. 30 y 31.

¹²⁰⁹ El principio de legalidad tiene que ser sometido a este proceso de transformación y por ende se debe analizar desde la forma constitucional integrada y la proporcionalidad. Según Miguel Carbonell, lo anterior obedeció al proceso que se produjo luego de la Segunda Guerra Mundial, en el cual, "a partir de la

Este propósito de fundamentación del sistema penal se trazó de manera concreta desde la reforma traducida en la ley 599 de 2000; sin embargo, estos efectos todavía no han sido considerados de manera precisa¹²¹⁰. En este aspecto, no se trata de dejar de lado la teoría del delito, pues se verificó que en el curso de nuestra historia el principio de legalidad a partir del conflicto armado, ha coexistido con la situación de violencia nacional. Tampoco es de observar si es cuestionable su validez, pues de hecho se tiene a mano un sistema actual en la materia, tal y como se expuso en el primer capítulo de la presente tesis. Lo cuestionable es que la visión de dicho principio parece verificarse en materia penal, al interior del sistema y desde allí se analizan los problemas asociados a su naturaleza constitucional, en lugar de examinar su integración con el modelo de Estado¹²¹¹.

No basta con mencionar que esto hace parte del Estado social y democrático de derecho, sino que esto impone una dinámica distinta a declarar la legalidad del sistema penal y el reconocimiento tanto de la conducta como de la pena representativa, como factores pertenecientes a este tipo de modelo de Estado, lo cual genera seguridad al sistema jurídico y pretende realizar los fundamentos de justicia material¹²¹².

consolidación de amplios catálogos de derechos fundamentales, el discurso teórico y cívico sobre los mismos cambió de rumbo. No se trata ahora de abogar por su constitucionalización (aunque se sigue discutiendo sobre la pertinencia de aumentar el número de derechos), sino de supervisar su correcta puesta en práctica. El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos”. **CARBONELL Miguel**. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, Ecuador, 2008. PAG. 10

¹²¹⁰ Sobre este tema se han realizado análisis; sin embargo, la postura sigue siendo intrajurídica en el sistema penal y al final se termina por privilegiar el contexto penal y no el constitucional. Por ejemplo, la tesis de Bernate sigue siendo intrajurídica y no conecta los aspectos constitucionales propios del Estado social, sino que los toma como fundamento que llegan hasta este orden y luego se introducen en el sistema intrajurídico penal, sin establecer la conexión con el problema abordado. **BERNATE OCHOA Francisco**. La Legitimidad del Derecho Penal. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C. 2007. PAG. 184 y 185.

¹²¹¹ En efecto, tesis de esta naturaleza se señalan en los avances del profesor Bernate, quien sostiene que es necesario tomar partida por un sistema que permita la solución de problemas de manera coherente y sistemática, respondiendo a premisas que guíen las soluciones a casos concretos. Así, la teoría del delito es una garantía irrenunciable de los asociados, por lo que en ningún caso puede construirse un sistema que no parta de bases sólidas y que produzca consecuencias predecibles para los ciudadanos partiendo de una dogmática coherente. Las estructuras del delito deben, igualmente, determinarse a partir de la finalidad de la pena. **IBÍD.** PAG. 184 y 185.

¹²¹² **IBÍD.** PAG. 184 y 185.

De acuerdo con lo anterior, es preciso comentar que uno de los mecanismos dentro de este orden, propone también una fundamentación extra sistemática del principio de legalidad penal, pero sin contrariar el mismo sistema constitucional, lo que impone el abordaje de la ponderación del principio de legalidad penal, como fundamento que entra en colisión con la seguridad jurídica. Bajo este presupuesto, es posible advertir el conflicto entre la interpretación restrictiva y extendida, en virtud de la norma de derechos humanos presente en la discusión del principio examinado¹²¹³. Este fenómeno constituye otro de los fundamentos para trazar uno de los límites más relevantes para analizar su naturaleza, desde las propias etapas de ponderación, toda vez que incluso, al examinar el test estricto de proporcionalidad se revisan importantes consecuencias de constitucionalidad que para este caso son las más exigentes en materia de legalidad penal¹²¹⁴.

Atendiendo los elementos de ponderación, el principio estudiado se enfrenta al primer paso del test de ponderación e implica según el primer requisito de este método, que el fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso¹²¹⁵. En este caso, el fin de la medida que se pretende someter al test corresponde a uno de los elementos de legitimidad del Estado, toda vez que se relaciona con la prevalencia de los derechos fundamentales. Desde este punto de vista, el principio de proporcionalidad constituye, según Carbonell, el más conocido y recurrente “límite de los límites” a los derechos

¹²¹³ En el fondo se contraponen principios *pro persona* con los principios derivados de la legalidad penal que protegen al ser humano, sujeto de derechos y es necesario verificar si prevalecen las víctimas o los derechos del procesado. Para tal efecto, es vital tener en cuenta que el principio *pro persona* es un criterio que obliga a la interpretación extensiva de la norma cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente a la restringida cuando se determinan limitaciones permanentes a su ejercicio o su suspensión extraordinaria. En caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. Este criterio no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de llevar a cabo sus atribuciones y facultades de impartir justicia, bajo los diversos principios constitucionales y legales que rigen su función jurisdiccional (legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia y cosa juzgada), pues de hacerlo se provocaría incertidumbre en los destinatarios de tal función. **CARBONELL Miguel.** Estándares sobre Principios Generales. Derechos Humanos en la Constitución. Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana. Tomo I. Editorial Konrad Adenauer Stiftung-Corte Suprema de la Nación – Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. 2013. PAG. 6.

¹²¹⁴ El discurso sobre el principio de proporcionalidad no empata, ni de lejos, con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados a los derechos fundamentales; por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos. **CARBONELL Miguel.** Ob. Cit. PAG. 10.

¹²¹⁵ **COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia C-575 de 26 de agosto de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto.

fundamentales, y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos¹²¹⁶.

Este razonamiento, además de relevante, establece su imperiosa ejecución, dada la necesidad de resolución de conflictos constitucionales como el trazado; también evidencia su reiterada existencia en materia de colisiones entre derechos fundamentales que afectan el principio de legalidad en nuestro contexto.

En segundo lugar, el medio escogido debe ser no solo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo¹²¹⁷. Frente a este factor, luego de múltiples interpretaciones que el asunto ha tenido como se ha verificado en las exposiciones de capítulos anteriores, hasta el momento no aparecen otros medios distintos, pues algunos han planteado límites estrictos entre la naturaleza penal del principio de legalidad y los principios de protección interamericanos (*pro homine*), lo cual impide cualquier tipo de relación, pero además no da solución efectiva al problema¹²¹⁸.

Adicionalmente, la aplicación de un juicio de proporcionalidad, en sentido estricto, corresponde al siguiente paso del test estricto de proporcionalidad. En efecto, lo anterior exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales¹²¹⁹. En tal virtud, en el caso analizado las medidas que dan solución al problema planteado implican valorar si las mismas exceden los límites del principio de legalidad penal, a través de la decisión del test aplicado. Según Alexi, este ejercicio resulta del análisis propio de la legitimidad de la ponderación en el derecho, la cual depende de su racionalidad. Cuanto más racional sea

¹²¹⁶ **CARBONELL Miguel**. Ob. Cit. PAG. 10.

¹²¹⁷ **COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL**. Sentencia C-575 de 26 de agosto de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto.

¹²¹⁸ Problemas como este implican un nuevo abordaje de los derechos fundamentales en materia penal. Carbonell señala sobre este punto que los jueces constitucionales y los demás operadores jurídicos han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *drittwirkung*), el principio *pro personae*, etc. **CARBONELL Miguel**. Ob. Cit. PAG. 11

¹²¹⁹ **COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL**. Sentencia C-575 de 26 de agosto de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto.

la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones¹²²⁰. Así, se puede evidenciar si el principio afectado puede variar de una naturaleza rígida, propia del derecho penal liberal, a otra de preminencia constitucional, que tiene límites más amplios que los definidos en el desarrollo vigente¹²²¹. Además, si se resuelve el asunto mediante este mecanismo, los efectos dentro del caso punitivo planteado no modifican sus cláusulas legales, pues se trata de un instrumento que puede validar una actuación judicial a punto de fenecer, siguiendo estos mandatos de optimización que corresponde a las normas enfrentadas¹²²². Dentro del caso concreto operan los principios, las garantías tradicionales y todos los juicios intrajurídicos penales expuestos por la dogmática actual. En esta medida se puede ajustar el principio de legalidad trazado bajo el escenario de conflicto propuesto.

Ahora bien, la modalidad del test resulta propicia, toda vez que el asunto recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, como son las víctimas de delitos impunes de connotación internacional, no resueltos en la actualidad. Además de ello, la medida afecta el ejercicio de derechos constitucionales fundamentales¹²²³. Incluso el sentido de la decisión es positivo en este aspecto frente a las víctimas de hechos de impunidad y la necesidad de justicia material, pues, aun cuando se han promovido las instancias internas, los casos siguen sin resolución. Es decir, la fórmula de ponderación permite en forma plausible trascender en favor de este concepto de justicia material, por encima de la seguridad jurídica¹²²⁴.

¹²²⁰ En este sentido, la estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad. Si los análisis revelaran que la ponderación no puede ser sino una decisión arbitraria, entonces sería cuestionable su racionalidad, así como su legitimidad en la jurisprudencia, sobre todo en la jurisprudencia constitucional. El problema de la estructura de la ponderación es, por tanto, el problema central de la ponderación en el derecho. **ALEXI ROBERT.** La fórmula del Peso. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, Ecuador, 2008. PAG. 13 y 14.

¹²²¹ En este punto se trata de resolver una situación jurídica que enfrenta principios. Para tal efecto, según Alexi, es necesario tener en cuenta que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. **IBÍD.** PAG. 14.

¹²²² En consecuencia, los principios son *mandatos de optimización*. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no solo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario. **IBÍD.** PAG. 14

¹²²³ La corte alude a grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas. Esta modalidad de test se aplica también cuando está de por medio una clasificación sospechosa, como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del art. 13 de la Constitución. **COLOMBIACORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia C-575 de 26 de agosto de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto.

Luego de entender que el mecanismo analizado puede ser idóneo para dirimir este enfrentamiento y que el test de proporcionalidad puede resolver problemas como el abordado, es importante destacar que la Corte Constitucional, previo a emprender la resolución, señala los siguientes factores de análisis. Por un lado, advierte que al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción¹²²⁵. Por ello la prevalencia de la justicia material solamente se puede verificar desde la naturaleza de la vulneración de derechos humanos y no desde la vigencia dogmática que, luego de declarada la violación, puede imponer la sanción al interior del sistema penal y del caso.

Por otro lado, en el caso analizado los principios en contienda (es decir, la seguridad jurídica y la justicia material) enfrentados en el principio de legalidad, contraponen dos normas igualmente protectoras de derechos fundamentales: la norma de derechos humanos, que protege al sistema jurídico de la violación de derechos fundamentales y la propia del principio de legalidad penal que enfrenta estos hechos dentro de la naturaleza punitiva de sus fundamentos¹²²⁶. Sobre este último aspecto de los principios punitivos, la Corte Constitucional, en relación con las conductas penales, advierte otro límite infranqueable, según el cual vale recordar que no podrán desconocerse los derechos fundamentales, si las tipicidades o las sanciones punitivas no resultan idóneas para proteger bienes constitucionales o también si las mismas resultan desproporcionadas o

¹²²⁴ En este orden de ideas, la ley de la ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro. **ALEXI Robert**. Ob. Cit. PAG. 16.

¹²²⁵ **COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL**. Sentencia C-575 de 26 de agosto de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto.

¹²²⁶ Debido a la igualdad de los principios en contienda, como lo sugiere Bernal Pulido, es importante tener en cuenta que el peso abstracto de la ponderación de los principios puede variar de acuerdo con la fuente de derecho en que estén establecidos. Asimismo, este peso puede establecerse con referencia a valores sociales positivos. Por ejemplo, la protección de la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, porque el uno deviene del otro; tal como el valor de la libertad de expresión sobre otros derechos por su vinculación a la democracia. También puede citarse el valor de la intimidad sobre otros derechos por su fundamento en la dignidad humana. Finalmente se puede adicionar el reconocimiento de las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios en colisión que pueden tener un grado diverso de certeza y esto puede afectar el peso relativo que se atribuya a cada principio en la ponderación. **BERNAL PULIDO Carlos**. Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexi. La ponderación en el Derecho. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. Octubre de 2008. PAG. 118 y 199.

irrazonables, de allí la razonabilidad de las medidas mediante el test de ponderación. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva¹²²⁷. Nuevamente la declaración de la violación de las normas de derechos humanos permite mantener vigente la persecución penal de las conductas, pero a través de la solución cero, como se indicó en apartes anteriores, se consigue respetar este límite pues el acto se subsume y sanciona en el derecho penal vigente para la época de los acontecimientos.

En definitiva, esta integración sistemática y teleológica, mediante la ponderación, revela que frente al tema expuesto el sistema penal es insuficiente, a pesar de la seguridad aparente que se pregonaba en las normas penales vigentes en el sistema interno. Lo anterior por cuanto las conductas anteriores a la vigencia del ER, y aun a la Constitución de 1991, no tipificaban los crímenes internacionales y menos los de lesa humanidad. Por tales razones, y en aras de no afectar en su totalidad el principio de legalidad, se hace necesario acudir a fundamentos de protección, vigentes en el momento de los hechos, no propiamente desde el ámbito punitivo internacional sino de la protección de los derechos humanos. Es decir, en el momento de su vulneración tan solo se encontraba la norma del sistema interamericano vigente, atendiendo el concepto meramente de vigencia de la ley, lo cual resultaba más idóneo para su protección que el propio sistema penal¹²²⁸. Así, solamente se observa restringido el principio de legalidad en cuanto al principio de no retroactividad y frente a la prescripción en sus límites temporales, mas no frente a la certeza o ley estricta que conservan la naturaleza dogmática exigida. Este fenómeno en los cuadros anexos a este punto, se observa con mayor amplitud al analizar la intensidad de la intervención, el peso del principio o la afectación segura de la medida.

En consecuencia, el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad se erigen en los principales límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal y los tipos penales, que no estén ajustados a estos principios, son contrarios al

¹²²⁷ **COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL**. Sentencia C-575 de 26 de agosto de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto.

¹²²⁸ Bajo este presupuesto se trata de cumplir con la noción internacional que en estas circunstancias, según Alexi, pretende la corrección desde el punto de vista de los derechos humanos y que obliga al poder constituyente y a los intérpretes constitucionales a buscar constantemente la mejor concepción de los derechos humanos, con el fin de definir a su vez los derechos fundamentales. **ALEXI Robert**. Ob. Cit. 2003. PAG. 30 y 31.

ordenamiento constitucional¹²²⁹. En este caso, el test de proporcionalidad también implica un criterio de interpretación constitucional que tiene como finalidad impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público¹²³⁰. De esta manera, se trata de una forma de atender los defectos del sistema constitucional que en la actualidad se afecta con la comisión de crímenes impunes, sin el ejercicio procesal correspondiente. Además, como lo sostiene la Corte Constitucional, es una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales¹²³¹.

Frente a este argumento, se puede aducir que tanto el principio de legalidad penal como el sentido de protección de la legalidad del sistema interamericano tienen como finalidad la tutela de derechos como el derecho a la vida, a la libertad y a la garantía judicial; es decir, se fundamenta en el valor moral del tema en colisión. Sin embargo, el mismo puede presentar cierto grado de indeterminación, en cuanto a la violación de derechos humanos, mas no ocurre lo mismo con la legalidad penal¹²³². Por ello, al ponderarse este principio, necesariamente hay que otorgarle su naturaleza de fundamento de la persecución y vigencia de la misma, pero no el valor dogmático correspondiente en materia penal.

De igual forma, hay que tener en cuenta que en el caso analizado, pese a que se promueven instancias internas, no se satisface el interés de justicia material¹²³³. En este

¹²²⁹ **COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL**. Sentencia C-575 de 26 de agosto de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto.

¹²³⁰ **IBÍD.**

¹²³¹ **COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL**. Sentencia C-799 de 2003.

¹²³² En primer lugar, frente al punto tratado de los principios en colisión, el aspecto dogmático perteneciente a los dos principios en contienda corresponde a los derechos humanos en los dos casos. En este sentido, siguiendo a Roger Rodríguez, se advierte que “los derechos humanos son pretensiones éticas reconocidas jurídicamente. Por ello se dice que al justificar las decisiones sobre la base de los derechos humanos, la argumentación jurídica se convierte en una forma especial de argumentación moral. El problema es que la moral es altamente indeterminada. El costo de reconocer una moral a través de los derechos y de reconocer que esos derechos se irradian a todo el sistema jurídico, es que la indeterminación de esa moral se traslada al derecho. Ahora bien, desde luego, es un costo que bien vale la pena pagar si a cambio ya no se somete a dudas la fuerza jurídica de los derechos humanos”. **RODRIGUEZ Roger**. Relaciones de Coordinación interpretativa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema con especial incidencia en los procesos penales. Judicialización de las Violaciones de Derechos Humanos. Aportes Sustantivos y Procesales. Editorial AECID. Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Católica del Perú. PNUD Naciones Unidas. Lima Perú 2010.

¹²³³ Frente a este aspecto, la única excepción que se consagra en el sistema de legalidad de derechos humanos, es el debido agotamiento de los recursos internos. Lo cual implica que desde el juez de primer nivel hasta la Corte Constitucional se pueda dar prevalencia a la norma del DIDH, antes de que se pronuncien todas las instancias nacionales e internacionales. En este sentido, tal y como se observa en ejemplos comparados

caso, la ponderación sobre los extremos planteados implica valorar también la fórmula del peso, en el sentido estricto del test de proporcionalidad sobre las variables objeto de graduación estudiadas¹²³⁴.

En este orden, la ponderación, sugerida mediante la proporcionalidad en sentido estricto, puede servir de límite plausible y razonable para este análisis; también de mecanismo idóneo para ponderar normas procedentes de dos órdenes distintos. Al final, la de derechos humanos es más conveniente para solventar estas situaciones de indefinición punitiva de crímenes internacionales y puede resultar más favorable a los intereses del sistema jurídico interno, sobre todo de las víctimas y del propio sistema penal¹²³⁵. Al mismo tiempo no afecta el fundamento dogmático penal, sino que lo integra y le otorga el aval para continuar con el juzgamiento no resuelto en el sistema.

Frente a este aspecto, el sentido de protección penal se expresa en la promoción efectiva de su debida persecución de la conducta objeto de vulneración del estatuto punitivo. En este caso, la finalidad respecto del sentido de protección de las normas vigentes al momento de su vulneración, corresponde al pacto de San José del sistema interamericano que se encontraba en vigor desde 1985, así como el PIDCYP que también se encontraba vigente. Mientras tanto, en el momento de la vulneración muchas de las

como en el caso del Perú, Rodríguez advierte que este campo interpretativo puede tomar en cuenta casos en los cuales el Tribunal Constitucional de ese país ha advertido que no es posible establecer una relación de jerarquización formalizada entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, sino una relación de cooperación en la interpretación *pro homine* de los derechos fundamentales en todos los responsables del poder judicial -STC 2730-2006-PA, F. J. 15-. **IBÍD.**PAG. 50.

¹²³⁴ Por ejemplo, se puede acudir a la importancia de los principios en colisión que, en un caso particular, constituye determinar el valor de la dignidad en una persona por ejemplo con discapacidad, frente a comentarios por razón de dicha condición, o bien comentarios de naturaleza hostil o satírica y si estos se justifican dada la libertad de expresión. Fácilmente se tiene que la dignidad humana prevalece sobre este último derecho de ejercicio de la libertad. En el asunto analizado, justamente si se contraponen los derechos de las víctimas frente a los del procesado, en casos de graves crímenes internacionales que afectan los derechos humanos, es más importante en la actualidad el valor de la responsabilidad en favor de las víctimas que el debido proceso frente al acusado, sin desconocer que los dos son derechos de universal cumplimiento. **BERNAL PULIDO Carlos.** Ob. Cit. 2008 PAG. 124 A 126

¹²³⁵ En realidad, el grado de los principios relevantes en la fórmula del peso depende, según Bernal Pulido, de premisas fácticas y normativas. En este sentido, afirma que es posible complementar la fórmula del peso mediante la especificación del tipo de variables fácticas y normativas que el juez debe tener en cuenta en cada caso particular. Por ejemplo atendiendo el significado del concepto o vinculados al concepto de persona. Siguiendo a Rawls, dando mayor peso a las relaciones vinculadas a las capacidades morales de las personas. También señala otra premisa normativa, aspecto vinculado a la importancia de la posición jurídica desde el punto de vista del contenido de los principios relevantes. En estos casos la importancia de la medida bajo examen depende de la eficiencia, la velocidad, la probabilidad, el alcance y duración con que se afecte y satisface correlativamente los principios en juego. **BERNAL PULIDO Carlos.** Ob. Cit. 2008. PAG. 128 y 129.

conductas punitivas solamente se encontraban amparadas por la legislación penal vigente (Decreto Ley 100 de 1980). Frente a todo este asunto también existía la prohibición internacional de los crímenes internacionales derivados de tales vulneraciones, por remisión expresa incluso del PIDCYPAG. Además, si tenemos en cuenta que muchas de ellas ya están cerca del fenómeno de la prescripción penal, la violación de derechos humanos se mantiene vigente. Desde este punto de vista, la legislación de derechos humanos comprende un ámbito de mayor protección de derechos en el punto objeto de discusión.

Sumado a lo anterior, lo que el juez penal en últimas interpreta es la legalidad penal, bien sea desde el bloque de constitucionalidad, desde la solución cero, desde la ponderación o incluso si también integra los tres eventos límites citados; esto involucra el ejercicio de su función de protección de derechos humanos, desde el ámbito interno, y antes de que actúen las instancias internacionales que son de carácter subsidiario. Este ejercicio se encuentra plenamente ajustado al orden constitucional del Estado social y democrático de derecho, tal y como se ha observado a partir de la perspectiva de la ponderación. Adicionalmente estos procedimientos de interpretación pueden ser útiles tanto en las instancias de investigación como de juzgamiento, las cuales no han acudido a tales ejercicios pese a que se deduce de sus actuaciones cierto avance en este sentido¹²³⁶, pero sin la identificación de los métodos y procedimientos sugeridos en el presente aparte¹²³⁷.

Finalmente, el siguiente paso resulta de valorar si la medida enjuiciada resulta útil y adecuada para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima que persigue. Es decir, si contribuye de manera efectiva a la consecución del fin propuesto, que se traduce en la satisfacción de los principios y valores constitucionales para cuya protección se

¹²³⁶ Por ejemplo, en el caso Galán se observa cierta fundamentación que podría ser ampliada en este sentido. **COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** Auto de 27 de enero de 2015. Audiencia Preparatoria Unica Instancia. Rad. 44312.

¹²³⁷ Siguiendo a Rodríguez, todos los partícipes del sistema judicial pueden dar aplicación de la interpretación de la norma de derechos humanos, en este caso, de los principios prevalentes, toda vez que “el efecto vinculante de los derechos fundamentales no debe impedir una adecuada distribución de competencias interpretativas por parte de la CIDH, el TC y el Poder Judicial. Bien entendida, la distribución competencial es plenamente complementaria y armónica. El sentido unitario del Estado Constitucional es perfectamente compatible con la existencia de diversos órganos encargados de interpretar complementariamente el contenido de los derechos, correspondiendo a todos, *in suo ordine*, el aseguramiento de la plena vigencia de los derechos humanos”. **RODRIGUEZ Roger.** Ob. Cit. PAG. 54.

implementa¹²³⁸. Adicionalmente, se debe verificar si la medida legislativa examinada es conducente para el logro de la finalidad perseguida. En estos casos, la Corte Constitucional advierte que “se invierte la carga de la argumentación para exigir que se acredite la existencia de una relación de causalidad positiva entre la adopción de la medida enjuiciada y la satisfacción del fin propuesto”¹²³⁹. Bajo este panorama, las medidas de legalidad penal implican reconocer que los asuntos anteriores a la Constitución de 1991 e incluso hasta antes de la ratificación del ER (Nov. 1º de 2002), significaban operatividad del sistema punitivo, sin limitaciones, más allá de las normas rectoras. Para este momento, los fenómenos de la prescripción de la acción se sometían a los límites internos del sistema punitivo que, por demás, tenía unos términos que para el momento podrían ser razonables, si se tratara de delitos ordinarios; sin embargo, en la actualidad no alcanzan a sustentar la persecución de crímenes internacionales.

En síntesis se trata de someter a juicio los principios penales, en este caso el de legalidad, bajo el juicio de proporcionalidad, para tratar de remediar asuntos que hacen carente de legitimidad el sistema penal interno por la ausencia de mecanismos posibles para su resolución y válidamente se puede afirmar que el ejercicio del juicio analizado es pertinente también para fijar los límites bajo los cuales se examina la legalidad extendida en materia penal como uno de los fenómenos actuales de su transformación. De igual forma, este mecanismo, a su turno, señala la naturaleza de los principios dentro del esquema del Estado constitucional de derecho, lo cual deja al descubierto que al extender la legalidad en sus máximos límites posibles, no se vulnera el núcleo duro de sus principios y de paso permite abordar la discusión desde un punto de vista extra sistemático, dadas las limitaciones propias del ordenamiento punitivo¹²⁴⁰.

¹²³⁸ **COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL**. Sentencia C-575 de 26 de agosto de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto.

¹²³⁹ **COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-720 de 2007.

¹²⁴⁰ No se trata de encontrar legitimidad material del derecho penal en la sociedad, sino de encontrar legitimidad del sistema constitucional del Estado social de derecho para que, a través de este fundamento, se pueda dar la legitimidad alegada del ámbito punitivo. En otras palabras, la función que plantea Bernate, Jackobs y Grosso es un acto derivado de la legitimidad del Estado, discusión que no abordan en sus apreciaciones. Lo anterior implica que esta legitimidad material depende de este factor primero del Estado, para luego analizar los límites en el sistema penal. Por ejemplo, como lo expresa Bernate, señalando los fundamentos de Jackobs frente a la responsabilidad penal, indica una fundamentación meramente penal al señalar que “...el derecho penal no protege bienes jurídicos sino la vigencia de la norma y tanto el derecho penal como la pena, buscan mantener la confianza de los participantes en el tráfico social en que los demás adecuarán su conducta a las pautas establecidas en la misma...”. **BERNATE OCHOA Francisco**. Ob. Cit. PAG. 260.

En último término se trata de otorgar válidamente el papel que debe tener el principio de legalidad penal constitucional conforme a esta naturaleza, y de paso advertir los mecanismos que no implican vulneración de la seguridad jurídica, sino que permiten dar prevalencia a la justicia material insatisfecha, mediante la interpretación de la legalidad extensiva, a través de la norma de reenvío de los derechos humanos presentes al momento de los hechos. Nuevamente el límite expresado se centra en la legalidad penal extendida y su posible fundamentación, incluso desde mecanismos de interpretación constitucional como la proporcionalidad.

Anexo 1. Ponderación posible como fórmula de análisis de la legalidad extendida

Esquemas: Robert Alexi: Teoría de los Derechos Fundamentales.

De acuerdo con la argumentación expuesta, y siguiendo la teoría de Robert Alexi, Carlos Bernal Pulido y Rodolfo Arango, en el presente punto se puede graficar la ponderación, luego de resuelto el test de proporcionalidad en sentido estricto, en favor de los principios de aplicación de las normas de DIDH que resultan más protectores, frente a los derechos de las víctimas, que el principio de legalidad penal. Lo anterior, en los casos actuales de crímenes de lesa humanidad y otros crímenes internacionales no resueltos en el caso Colombiano, como otro de los factores de afectación y transformación del principio de legalidad penal.

Variables:

Intensidad de la intervención (IPC): Leve (L)=1 – Medio (M):2 – Grave (G):4.

Peso abstracto de los principios relevantes (GPA): Leve (L)=1 – Medio (M):2 – Grave (G):4.

Seguridad de las apreciaciones empíricas: la certeza de afectación en un principio con la medida adoptada de intervención: Seguro: 1 Plausible: ½ No evidentemente falso: 1/4

Primer Test en sentido estricto de proporcionalidad – Principio de legalidad Vs. Principios Pro homine DIDH – Províctimas.

P1 – Principio de Legalidad Penal

P2 – Principio Pro hómine, Pro Víctimas. DIDH.

En este caso, frente a las variables, la intensidad de la intervención en las circunstancias del caso revela mayor intensidad de intervención de la norma de derechos humanos, dada la naturaleza en favor de las víctimas, que el principio de legalidad, pues este último no se afecta en su integridad sino únicamente en los límites temporales, a saber: la no retroactividad y la prescripción. Frente al peso abstracto se observa igualmente el mismo valor, dado que se trata de dos derechos fundamentales universales. Finalmente en la seguridad de la afectación se observa que la seguridad de la afectación corresponde al mismo valor que es el sistema constitucional, en donde las dos normas tienen la misma entidad. Por lo tanto debe fallarse en favor de las víctimas. Para el caso analizado esto se debe al grado de protección mayor, que vincula la norma de derechos humanos, que el propio principio de legalidad penal.

Anexo 2. Ponderación posible como fórmula de análisis de la legalidad extendida

Segundo Test en sentido estricto de proporcionalidad – Principio de Seguridad Jurídica Penal Vs. Principio de Justicia Material DIDH – Pro víctimas.

Variables Test de proporcionalidad

Intensidad de la intervención (IPC): Leve (L)=1 – Medio (M):2 – Grave (G):4.

Peso abstracto de los principios relevantes (GPA): Leve (L)=1 – Medio (M):2 – Grave (G):4.

Seguridad de las apreciaciones empíricas: la certeza de afectación en un principio con la medida de intervención adoptada: Es seguro que se ejecuta la modificación: 1 Existe varias posibilidades de ejecución de la modificación: ½ Es poco probable que se pueda ejecutar la modificación: 1/4

P1 – Principio de Seguridad Jurídica Penal

P2 – Principio de Justicia Material – Pro *homine* – Pro *víctima*. DIDH

En este caso, con respecto a las variables del caso, la intensidad de la intervención frente al primer factor revela igualdad. En el peso abstracto se observa un mayor peso del factor de justicia materia frente a la seguridad jurídica, dados los contenidos materiales de la primera variable. En el tercer factor también aparecen circunstancias de igualdad, pues resulta evidente que es segura la intervención en los derechos fundamentales en contienda. En este sentido, el principio de justicia material procedente del DIDH debe ponderarse frente a la seguridad jurídica, en materia del principio de legalidad penal.

3. Las nuevas modificaciones en materia de reserva y prescripción. Posibles elementos plausibles de interpretación y de legitimación penal

Sobre este aspecto se puede observar que en general del test examinado se define en forma preliminar, que la legislación de Derechos humanos bajo el concepto de violación de lesa humanidad, previene bajo un ámbito de mayor protección los derechos de las víctimas que los principios de derecho penal. Todo ello, aun teniendo en cuenta con las modificaciones actuales de la ley 1719 de 2014 que en su art. 15 adicionó el concepto de crimen de lesa humanidad como verdad judicial¹²⁴¹. Esta figura nuevamente hace más patente la posibilidad del planteo en materia penal, en estos casos específicos de ausencia normativa donde solamente aparecen vigentes las cláusulas de protección de la violación de derechos humanos, como en el caso nacional analizado. Es decir, se puede integrar la protección vigente en la ley comentada, junto con el concepto de la violación de derechos humanos analizada en el presente caso, dado que la norma solamente aduce el concepto de verdad judicial, noción que genera elementos relevantes en el tema y propicia la integración propuesta en el presente trabajo.

Ahora bien, si consideramos esta prevalencia, en virtud de la restricción al debido proceso y al principio de legalidad que se afectan en materia penal, la ponderación a favor de las violaciones de derechos humanos, para los actos anteriores a las nuevas reformas

¹²⁴¹ En general, la ley 1719 de 2014. Diario Oficial No. 49.186 del 18 de junio de 2014. Señala sobre el concepto de lesa humanidad, lo siguiente: “..**Art. 15. Crimen de Lesa Humanidad como Verdad Judicial.** Se entenderá como “crimen de lesa humanidad” los actos de violencia sexual cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque, de conformidad con las definiciones del artículo 7o del Estatuto de Roma y los elementos de los crímenes desarrollados a partir de ese Estatuto. La autoridad judicial competente que adelante la investigación y el juzgamiento, deberá declarar que la(s) conducta(s) por la cual se investiga o juzga es de lesa humanidad, cuando así se establezca...”

punitivas y al mismo ER (noviembre de 2002), permite un ámbito mayor de protección. A su turno, se cumple con la declaración de violación de derechos humanos, lo cual impide la prescripción de los delitos y genera su persecución efectiva¹²⁴².

La declaración de la violación de derechos humanos, al final, puede resultar como una cláusula necesaria, de especial intervención en materia penal como mecanismo que permite tanto el juzgamiento de conductas punitivas, como también declarar los elementos de lesa humanidad que en forma sistemática pueden inscribirse en el último inciso del numeral 2º de la ley 1719 de 2014. A su turno, también identifica los factores que en este sentido se pueden indicar hacia el pasado anterior al ER, para integrar sistemáticamente las normas de extensión penal en favor de los derechos de las víctimas y del procesado, como resultado de esta ponderación dentro de la actuación que pueda iniciarse en tal virtud.

Por otro lado, las conductas mencionadas tanto en el concepto de lesa humanidad como en la violación de derechos humanos, han sido tratadas en cuanto a los términos temporales que se amplían en tres incisos especiales en la ley 1719 de 2014, comentada anteriormente. En particular, frente al tema que nos interesa se extiende al término de 30 años de prescripción para los delitos como el genocidio, la desaparición forzada o la tortura.

En este caso, la ampliación de la prescripción solamente puede tenerse en cuenta a partir de la ley 599 de 2000, dado que antes de este código no aparecían fundamentos que definieran los delitos objeto de protección, excepto la tortura que aparece con sentido de protección anterior bajo la legislación del decreto ley 100 de 1980. Es decir, solo a partir de allí se genera la aparición del bloque de constitucionalidad por virtud del mandato legal

¹²⁴² Las reformas de la ley 1719 que en su artículo 16 último inciso, establecen que “*La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible*”. Esta norma, desarrolla los postulados de la sentencia C-580 de 2002 que en su momento indicó frente al artículo 7º de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas lo siguiente: Así, como conclusión del análisis precedente, la Corte establece que la regla de imprescriptibilidad de la acción penal por el delito de desaparición forzada, contenida en el inciso primero del artículo 7 de la Convención, no resulta contraria a la Carta Política. El legislador, al adecuar el ordenamiento interno al presente tratado, puede establecer la imprescriptibilidad de la acción para dicho delito. Sin embargo, si el delito está consumado, los términos de prescripción de la acción empezarán a correr una vez el acusado haya sido vinculado al proceso. Entre tanto, en lo que se refiere a la imprescriptibilidad de la pena, deberá aplicarse el inciso segundo que dispone que la prescripción de la pena será igual a la del delito más grave previsto en la legislación interna...” **COLOMBIA. Corte Constitucional.** Sentencia C-580 de 31 de julio de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

establecido en el art. 2º CPAG. Pero además, si tomamos en cuenta este factor de ampliación, pueden establecerse conductas que también estén en riesgo de cumplir la prescripción. Finalmente, en virtud de la ley 1719 de 18 de junio de 2014, el inciso final estableció que la acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible¹²⁴³. Si bien esta declaración parece genérica para los fines de los crímenes internacionales, en el texto de la ley estas determinaciones parecen restringidas para los crímenes de violencia sexual como objeto específico de tratamiento. En últimas, si se extendiera a nivel genérico esta declaración, todavía se genera la duda en torno a si estos efectos se pueden interpretar con fines retroactivos, aun anteriores a la vigencia del ER, por lo cual la naturaleza de la violación del DIDH puede servir de puente de conexión entre estas dos normativas.

Adicionalmente, el art. 15 de la ley comentada (1719 de 2014) parece que se circunscribe, en torno al concepto de crimen de lesa humanidad como verdad judicial, a los crímenes de violencia sexual de lesa humanidad, en los términos del ER y solo a partir de su vigencia. Por lo anterior, otra vez resulta de mayor protección la normativa de derechos humanos, es decir es más adecuada en este sentido que la normativa penal frente al conflicto planteado.

¹²⁴³ El Estado actual del término de la prescripción en el CP, Ley 599 de 2000, es el siguiente: “...**Artículo 83. Término de la prescripción de la acción penal.** La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

Inciso modificado por el artículo 16 de la Ley 1719 de 2014. El nuevo texto es el siguiente: El término de prescripción para las conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado será de treinta (30) años. En las conductas punibles de ejecución permanente el término de prescripción comenzará a correr desde la perpetración del último acto. La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible.

Inciso adicionado por el artículo 1 de la Ley 1154 de 2007. El nuevo texto es el siguiente: Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad.

En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.

Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.

Inciso modificado por el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.

En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado...”

En virtud de los aspectos citados, desde el plano de la necesidad, en el test referido se hace mención a determinar si el mismo propósito de obtener la consecución del derecho, puede alcanzarse por medio de medidas que sean menos gravosas que los restantes principios, valores y derechos en juego¹²⁴⁴. En este caso, se observa que nuevamente no se contemplan las demás situaciones de lesa humanidad, y menos las conductas anteriores a la normativa referida (Ley 599 de 2000 y ER- Ley 742 de 2002), más allá de los crímenes de violencia sexual indicados en la ley 1719 de 2014¹²⁴⁵. Es decir que las violaciones anteriores al E.R. (Nov. 2002), que son relevantes en materia de derechos humanos y que fueron calificadas en el sistema interamericano de lesa humanidad, resultan necesarias dado que el objeto de protección, sigue sin ser perseguido en los términos adecuados para prevenir su impunidad. Además, la connotación de violación también resulta necesaria, en la medida en que persisten graves afectaciones a los derechos relativos al recurso efectivo y la garantía judicial, junto con las violaciones a la vida y libertad personal.

¹²⁴⁴CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-575 de 26 de agosto de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto.

¹²⁴⁵ "...*Ley 1719 de 2014. Diario Oficial No. 49.186 de 18 de junio de 2014. Los delitos objeto de protección son los siguientes: **Art. 2o.** Adiciónese el artículo 138A de la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: Artículo 138A. Acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años.*

Art. 3o. Adiciónese el artículo 139A de la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: Artículo 139A. Actos sexuales con persona protegida menor de catorce años.

Art. 4o. Modifíquese el artículo 141 de la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: Artículo 141. Prostitución forzada en persona protegida.

Art. 5o. Adiciónese el artículo 141A a la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: Artículo 141A. Esclavitud sexual en persona protegida.

Art. 6o. Adiciónese el artículo 141B a la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: Artículo 141B. Trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual.

Art. 7o. Adiciónese el artículo 139B a la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: Artículo 139B. Esterilización forzada en persona protegida. **PARÁGRAFO.** No se entenderá como esterilización forzada la privación de la capacidad de reproducción biológica que corresponda a las necesidades de tratamiento consentido por la víctima.

Art. 8o. Adiciónese el artículo 139C a la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: Artículo 139C. Embarazo forzado en persona protegida.

Art. 9o. Adiciónese el artículo 139D a la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: Artículo 139D. Desnudez forzada en persona protegida.

Art. 10. Adiciónese el artículo 139E a la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: Artículo 139E. Aborto forzado en persona protegida.

Art. 11. Adiciónese el artículo 212A a la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: Artículo 212A. Violencia. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por violencia: el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento..."

Art. 12. Adiciónese el numeral 5 al artículo 216 de la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: (...) 5. La conducta se cometiere como forma de retaliación, represión o silenciamiento de personas que forman parte de organizaciones sociales, comunitarias o políticas o que se desempeñan como líderes o defensoras de Derechos Humanos.

Este asunto parece advertirse en la postura de la CSJ por cuanto en decisiones como la de 15 de junio de 2015 (Rad. 45795), no extiende los efectos de la ley 1719 para declarar la imprescriptibilidad de los delitos de tortura y desaparición forzada en el caso específico, sino que dando cuenta de la sentencia 580 de 2002 declara que en caso de que no se haya efectuado la individualización y vinculación de los procesados la acción penal es imprescriptible, pero la pena si prescribe conforme al máximo de la pena establecido para los delitos objeto de persecución¹²⁴⁶. Bajo tales parámetros se establece un criterio de orientación frente a los límites temporales de la legalidad penal e incluso se reitera la necesidad de su extensión en virtud de instrumentos internacionales.

Desde el punto de vista examinado, nuevamente la declaración de la violación sigue teniendo un ámbito de mayor protección que la medida punitiva, incluso frente a la ley 1719 de 2014 reciente, pues todavía no se cumple con la protección de las conductas de lesa humanidad anteriores a dicha legislación y aun a todo el catalogo expresado en el plano internacional (art. 7º del ER). No obstante, resulta apropiado el criterio analizado por Parenti en este caso, pues desde su postura crítica, en controversias similares en el caso argentino, como por ejemplo en los precedentes citados de Arancibia Clavel y Simón, advierte que si bien se toma como base de la imprescriptibilidad la CADH y se subsume en la convención de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad (1968), lo cierto es que el desarrollo posterior de la propia Corte IDH ha fijado que esta subsunción, debe corresponder al argumento del *ius cogens* internacional referido a la persecución de crímenes internacionales con apoyo en la CADH sólo en virtud de acciones posteriores a su ratificación en el orden interno de los Estados¹²⁴⁷. Es decir, para actos anteriores al desarrollo de delitos internacionales en el orden interno, son viables los argumentos de la violación contenida en la CADH, sin embargo, esta sólo puede argumentarse con posterior a sus efectos en el orden interno nacional.

En otras palabras se verifica, en nuestro caso especial, la intervención de normas procedentes de derechos humanos en el sistema penal interno tal y como sucedió en el caso argentino, como otro de los factores de flexibilidad del principio de legalidad penal,

¹²⁴⁶ **COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia.** Sala de Casación Penal. Rad. No 45795 de 15 de julio de 2015 M.P. Eyder Patiño Cabrera

¹²⁴⁷ **PARENTI F. Pablo.** Informe Nacional, Argentina. Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Editorial Temis. Konrad Adenauer Stiftung. Universidad de Gotinga – Instituto de Ciencias Penales – Bogotá D.C. 2008. Pags. 46 a 49

en este caso a través de la noción de lesa humanidad, teniendo como soporte además a la Corte Suprema de Justicia que desde el 2010 reitera esta tendencia.

4. Los factores de legitimidad frente a la flexibilización o relativización del principio de legalidad penal. Concepto de interés de justicia

De acuerdo a lo expuesto en el presente trabajo, se puede determinar inicialmente que los diversos efectos del principio de legalidad penal implican que los crímenes del pasado puedan ser objeto de declaración, en virtud de la sustentación de la violación de derechos humanos conforme al instrumento vigente en la época anterior al ER.

En este sentido, una vez planteada la posibilidad bajo el test de proporcionalidad para efectos de dar lugar a la declaración de derechos humanos, como base inicial de los crímenes de lesa humanidad, se puede establecer que dicha manifestación genera el efecto de la imprescriptibilidad, dada su naturaleza constitucional que permite restringir el debido proceso penal en favor de las víctimas y a su turno mantener vigente la conducta mediante la violación señalada. La legalidad de derechos humanos constituye el factor para los crímenes del pasado, ampliando el radio de protección de la legalidad penal, dado que al momento de cometerse los crímenes, estos se encontraban previstos en el derecho interno e internacional¹²⁴⁸.

En todo caso, esto podría ser aceptable si se considera ampliado el concepto de la violación, en cuyo caso se puede determinar el alcance de la naturaleza de lesa humanidad para indicar sus fundamentos bajo la accesibilidad o previsibilidad, en ese momento, del derecho interno o internacional¹²⁴⁹; pero para efectos de su juzgamiento o

¹²⁴⁸ Ramelli cita el caso Korbely Vs. Hungría, fallado el 19 de septiembre de 2008, en virtud de que el TEDH examinó si al momento de cometerse un crimen, calificado por los jueces penales como de lesa humanidad, la conducta desplegada por el peticionario constituía una infracción definida con suficiente accesibilidad y previsibilidad por el derecho interno o el derecho internacional. **RAMELLI ARTEAGA Alejandro**. Ob. Cit. PAG. 613.

¹²⁴⁹ En el caso Korbely Vs. Hungría, la Corte advierte que el peticionario fue hallado culpable de homicidio múltiple, infracción que las autoridades húngaras calificaron contra la humanidad sancionable en virtud del art. 3.1 de la Convención de Ginebra. De allí que fuera condenado con base en el derecho internacional. En este caso, el TEDH determinó que los convenios de Ginebra fueron incorporados al derecho húngaro por el Decreto Ley 32 de 1954. Si bien en este caso se presentaban algunos elementos formales de publicación y traducción para su entrada en vigor, el Ministro publicó en 1955 un cuaderno oficial donde fueron reproducidos esta clase de instrumentos internacionales, al igual que otro documento que también fue publicado mediando instrucciones del jefe de Estado en 1956. Por lo tanto, el TED estima que los instrumentos fueron lo suficientemente accesibles al peticionario. **IBÍD.** PAG. 614.

enjuiciamiento en la búsqueda de equilibrio del sistema, es necesaria la aplicación de la ley vigente al momento de los hechos, junto con la tipicidad¹²⁵⁰.

Por otra parte, se impone la teoría consistente en permitir la violación de derechos humanos, adicional a los fundamentos de accesibilidad y previsibilidad del TEDH, sobre los principios de legalidad estricta, si los actos que generaron su impunidad se consideran legítimos o no en el momento de su ocurrencia; de no serlo, deben ser excluidos del orden constitucional, como por ejemplo los asociados al Estatuto de Seguridad, pues ostentan los signos de una voluntad antijurídica¹²⁵¹. Tanto así que fruto de su ejecución se produjo la primera visita de la CIDH para revisar los casos denunciados en 1981¹²⁵². En estos términos se trata de un derecho injusto que se contrapone a la supra legalidad y produce injusticia legal¹²⁵³.

¹²⁵⁰ El concepto de previsibilidad, conforme al art. 7º del CEDH, en el asunto Kononov Vs. Letonia, determinó frete al principio de legalidad: "1) Al momento de determinar una vulneración del principio de legalidad penal se debe examinar si la conducta daba lugar a una sanción según el derecho interno o internacional. 2) La expresión ley en los tratados incluye el derecho legislado y las costumbres. 3) Las normas penales deben definir con claridad la conducta y la pena condición que se cumple cuando el justiciable puede saber a partir de la lectura de la norma o de la interpretación judicial lo que significa. 4) La expresión previsible depende en larga medida del contenido del texto, del ámbito que cubre, así como del número y calidad de destinatarios. 6) Una práctica estatal consistente en tolerar o en promover actos declarados criminales por el derecho positivo nacional o internacional o el sentimiento de impunidad que resulte de él, no constituyen obstáculo para que aquellos sean sancionados". **RAMELLI ARTEAGA Alejandro** Ob. Cit. PAG. 614 y 615.

¹²⁵¹ Si bien en las consecuencias del Estatuto de Seguridad, la Corte Suprema de Justicia al final ratificó el acto, se puede pregonar la teoría de Legaz y Lacambra, quien manifiesta que se trata de un acto denominado defectuoso, producido por ciertos órganos estatales, generado en cierto ámbito de arbitrariedad, bajo una dimensión política sin la cual no se la entiende. Por ello los actos irregulares de la jurisdicción no son actos de arbitrariedad sino infracciones jurídicas. En este caso se trata de una situación del derecho positivo que admite la posibilidad de leyes anticonstitucionales, de reglamentos ilegales, de actos administrativos irregulares, etc. Una consecuencia es su nulidad e impugnabilidad. **LEGAZ Y LACAMBRA Luis**. Filosofía del Derecho. Editorial Bosch casa editorial S.A., Quinta Edición. Barcelona, España 1979. PAG.. 635 a 638

¹²⁵² Por ejemplo, en la recomendación tercera de la Visita in Loco de la CIDH en 1981, se estableció: "Derogar el Estatuto de Seguridad tan pronto como las circunstancias lo permitan. Si esas circunstancias no lo permitieren, modificarlo para hacerlo compatible con el nuevo Código Penal y para que sus normas se ajusten a las garantías judiciales y sobre protección judicial consagradas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos". **COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia. Bogotá 30 de junio de 1981. OEA/Ser.L/V/II.53 doc. 22. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Colombia81sp/Indice.htm> Consultada el 15.08.2015.

¹²⁵³ En estos casos, la injusticia legal no ha sido aún eliminada por el legislador y corresponde al juez dejar de aplicarla. Estas leyes deben considerarse como abiertamente criminales, de tal forma que contradicciones menores entre justicia y ley deben tolerarse por la seguridad jurídica. **RADBRUCH Gustav**. Ob. Cit. 2009. PAG. 13 y 14.

En este caso, si bien la CIDH (informe 1981) no acusaba el mal funcionamiento judicial¹²⁵⁴, sí revelaba violaciones que se tradujeron en actos derivados de la justicia de excepción, cuyos fundamentos no conciliaban siquiera la prevalencia de los derechos humanos que, tal y como se ha expuesto, es uno de los requisitos de la legitimidad jurídica del Estado¹²⁵⁵. Por ende la teoría planteada solamente se dirige a aislar los actos ilegítimos del Estado y no a calificar bajo tal categoría a todo el sistema, aún en este momento, hecho que puede deducirse de lo expresado por la CIDH (Informe 1981)¹²⁵⁶. En este sentido, es necesario identificar las situaciones asociadas a crímenes internacionales, como la tortura o la desaparición forzada, que además puedan sufrir el riesgo de la impunidad o prescripción¹²⁵⁷. Lo anterior por cuanto, tales actos, mediante el concepto de la violación del DIDH, siguen vigentes en razón de que se produjeron en contra de su prevalencia el cual constituye otro elemento de legitimidad del Estado Constitucional¹²⁵⁸. Este precepto acude válidamente a la fundamentación en la norma de

¹²⁵⁴ En la conclusión quinta del Informe de la CIDH de 1981, señaló: *"...En lo que respecta al derecho a la vida, a la luz de los ejemplos incluidos en el Capítulo II del presente Informe, la Comisión es del criterio de que este derecho ha sido objeto de violaciones en algunos casos. La Comisión reconoce que se han realizado investigaciones para el esclarecimiento de los hechos y que se han impuesto sanciones administrativas y disciplinarias en esos casos. En lo concerniente a acciones de carácter penal para castigar a los responsables de esos hechos, dichas acciones se han iniciado, pero los juicios se han demorado en sus procedimientos legales. A pesar de ello, estos esfuerzos del Gobierno no han tenido suficiente éxito en la prevención o supresión de tales abusos..."* **COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia. Bogotá 30 de junio de 1981. OEA/Ser.L/V/II.53

doc. 22. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Colombia81sp/Indice.htm> Consultada el 15.08.2015.

¹²⁵⁵ En la conclusión 3 del informe de la Comisión Interamericana de 1981, se establece lo siguiente: Al amparo del estado de sitio y como consecuencia de las medidas adoptadas para mantener el orden público, el Gobierno dictó, además, el Estatuto de Seguridad que constituye un cuerpo legal que recoge disposiciones contenidas en decretos anteriores. Si bien el Estatuto de Seguridad tiene carácter de excepción, otorga a las autoridades militares y policiales la facultad de imponer sanciones, permite el juzgamiento de civiles por tribunales militares e incluye la tipificación de penas prolongadas incompatibles con la naturaleza excepcional que acredita. **IBÍD.**

¹²⁵⁶ En cuando al sistema de justicia, la CIDH señaló, en la conclusión 9 de su visita de 1981, lo siguiente: "En cuanto al derecho a la justicia y al proceso regular, la Comisión considera que la justicia ordinaria funciona normalmente según las leyes que la rigen. La justicia militar no ofrece las suficientes garantías debido a que las normas que la establecen conllevan restricciones al derecho de defensa y en la práctica se han presentado irregularidades procesales que afectan el debido proceso". **IBÍD..**

¹²⁵⁷ Del análisis de este informe se deriva lo que Zagrebelsky menciona como un principio que acoge una función que antes era inexistente, por cuanto se suponía que la sociedad política era unida y pacífica. De la nueva situación se deriva un principio de constitucionalidad que implica asegurar la consecución de este objetivo de unidad. **ZAGBELSKY Gustavo**. Ob. Cit. PAG. 40.

¹²⁵⁸ En las recomendaciones establecidas en el informe analizado de 1981, la CIDH mencionó, entre otras: "Levantar el estado de sitio tan pronto como las circunstancias lo permitan; y cumplir con lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 2. Que en el futuro el artículo 121 de la Constitución Política se aplique únicamente en casos excepcionalmente graves. 4. En lo que corresponde al derecho a la vida, que se adopten las medidas más eficaces para el efectivo esclarecimiento de las violaciones

derechos humanos que se expresa bajo la Constitución de 1991, conforme a lo expresado en todos los aspectos tratados en el presente capítulo, incluso los de su aplicación retroactiva. En términos de Zagrebelsky, lo anterior indica que en un tiempo, sobre todo en la época de la Constitución de 1986, la ley era la medida exclusiva de todas las cosas; de hecho se puede aseverar que en la nueva carta la ley cede el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Según este criterio, la ley es destronada por una instancia más alta y esta instancia cumple ahora la función de mantener en paz sociedades enteras divididas en su interior¹²⁵⁹. Esto también se observa en la remisión del bloque de constitucionalidad que aparece en el art. 2 del Cod. PAG. (Ley 599 de 2000) que exige esta unificación constitucional. Lo que sucede es que justamente este es el momento de afrontar todas estas definiciones, por virtud de los fenómenos de necesidad de justicia material analizados en el principio de legalidad objeto de estudio¹²⁶⁰.

En este sentido, es importante destacar que de este elemento de prevalencia del DIDH a partir del radio constitucional y de la justicia material, se sugiere un Estado de derecho y un Estado social como concepto de legitimidad democrática que a su vez le sirve de soporte a esta fórmula¹²⁶¹. De esta forma, no basta solamente con la legitimidad penal, si la misma no tiene un soporte de legitimidad del Estado o de sus actos. Por perfecto que pueda ser el sistema dogmático, sin los soportes estatales de legitimidad constitucional, carecen de solidez los principios que en su entorno puedan construirse en su sistema jurídico¹²⁶².

a este derecho y para el castigo de los responsables de las mismas, cuando sea el caso". **COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia. Bogotá 30 de junio de 1981. OEA/Ser.L/V/II.83 doc. 22. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Colombia81sp/Indice.htm> Consultada el 15.08.2015.

¹²⁵⁹ **ZAGBELSKY Gustavo.** Ob. Cit. PAG. 40.

¹²⁶⁰ En este sentido, los principios de justicia material vienen previstos en la Constitución como objetivos que los poderes públicos deben perseguir. El cuadro no es estático y vuelto hacia el pasado, sino dinámico y abierto al futuro. Sobre el particular la estructura planteada obedece, entre otros aspectos, a la superación de la reducción de la justicia a la ley que implica una constitución pluralista, que representa un pacto en el que todas las partes implicadas introducen aquellos principios que se corresponden con sus ideales de justicia. Este es un fundamento de fuerza por cuanto se amplían sus fundamentos consensuales. El contenido de la ley no está unida a principios unívocos, a consecuencias de sentido único o a equilibrios inmodificables. La ley en este campo expresa las posibles combinaciones entre los principios constitucionales que se limitan a establecer los puntos irrenunciables de cualquier combinación. **IBÍD.** PAG. 96 y 97.

¹²⁶¹ Radbruch sostiene que es necesario que se prevea en las modificaciones del derecho público la igualdad jurídica formal, la libertad jurídica de contratación, el equilibrio entre las diferencias de poder entre los débiles y los fuertes, los trabajadores y empresarios, etc. En esta perspectiva el derecho laboral y el económico sirven de base para el equilibrio. **RADBRUCH Gustav.** Ob. Cit. 2009. PAG. 16 y 17.

Por otro lado, aparece el concepto de legalidad aparente que soporta el criterio de la violación de derechos humanos. A partir de este criterio, se pudo determinar que el sistema institucional ha sido inestable, en él existe una forma jurídica pero en su aplicación se falsea la legalidad sin llegar a destruir el sistema. Existe incapacidad de mantener el orden, la normalidad y hasta la estructura jurídica¹²⁶³. Este factor es propio de la mayoría de asuntos que han sido declarados de lesa humanidad, tanto en los casos intervenidos en el sistema interamericano, como en los asuntos declarados por la Fiscalía General de la Nación u otras instancias judiciales¹²⁶⁴. En muchos de estos se produjeron actos de ineficiencia institucional que luego de casi treinta años impiden su juzgamiento. Además de todo, la connotación de la violación se tradujo en los crímenes de lesa humanidad¹²⁶⁵.

Si se parte de los dos criterios citados como factores que afectan la legitimidad, es probable que el sistema se haya afectado a partir de esta noción, bien de legalidad aparente o de actos ilegítimos del Estado, pero tal y como se afirmó no se puede pregonar la ilegitimidad del Estado durante este tiempo¹²⁶⁶.

¹²⁶² Siguiendo a Legaz y Lacambra, se comprende que la idea de legalidad va vinculada de modo esencial a la de seguridad, y que esta se convierte en el principio inmediato de legitimación de la legalidad. En modo alguno es un principio único. La legitimidad radical de un ordenamiento jurídico está en la justicia que encarna. En este sentido, todo derecho es justo porque contiene una referencia ontológica de justicia; pero de cualquier derecho se puede emitir un juicio de injusticia, en la medida en que es incapaz de realizarla adecuadamente y de este modo el contenido de la idea de justicia que lo informa actúa como criterio de valoración del ordenamiento jurídico en cuestión. **LEGAZ Y LACAMBRA**. Ob. Cit. 1979 PAG. 603.

¹²⁶³ **RINESSI Juan Antonio**. Ob. Cit. PAG. 27.

¹²⁶⁴ Por ejemplo se reitera la cita de la Fiscalía General de la Nación en las Unidades, en la declaratoria de 34 casos de la UP como crímenes de lesa humanidad para conseguir que no prescriban y que continúen en investigación. Disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/destacada/fiscalia-declara-casos-de-integrantes-de-la-up-como-crmenes-de-lesa-humanidad/>. Consultada el 2.04.2015.

¹²⁶⁵ Nuevamente resulta pertinente la cita del Dossier del Consejo de Estado, mediante el cual, se clasificó los más graves crímenes de guerra y de lesa humanidad con responsabilidad del Estado de los últimos 25 años. "...De los 160 casos seleccionados el Estado sale mal librado, por cuanto se concluyó que la cobertura del Estado fue insuficiente y, de una manera u otra, permitieron fatales desenlaces..." **QUEVEDO HERNANDEZ Norbey** Diario El Espectador. Investigación El dossier de las últimas violaciones a los derechos humanos. 28 de Febrero de 2015. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/investigacion/eldossierdeultimasviolacioneslosderechoshumanosarticulo546757>. Consultada el 28.02.2015.

¹²⁶⁶ Así se evidencia que en los yerros anotados se primaba el imperio de la ley y la concepción normativa del Estado colombiano, lo cual generó los dos aspectos que vulneraban la legitimidad. En este sentido, para hacer una comparación con la situación en el campo de la legitimidad del Estado, es claro que en la evolución europea, fruto de esta concepción del derecho que en nuestro caso enfrenta al principio de legalidad, se contrapuso en su momento la consideración de las tendencias del Estado legislativo parlamentario, todavía bajo la noción previa a la Segunda Guerra Mundial que, siguiendo a Carl Schmitt, se basaba en el positivismo

Este último asunto implica analizar también la perspectiva procesal del principio de legalidad penal como uno de los sub principios de legalidad. En este campo, siguiendo la teoría de Vives Antón, se lo considera como un principio de principios¹²⁶⁷, donde se puede afirmar que también uno de sus desarrollos obedece al *non bis in ídem*. Si se fusionan estas dos entidades se genera un principio de legalidad penal más exigente que desarrolla un factor prevalente de enjuiciamiento criminal, fruto de las obligaciones derivadas del Estado social¹²⁶⁸, sin el cual no se desarrolla a cabalidad el garantismo inmerso en este fundamento¹²⁶⁹. En este sentido, la violación de derechos humanos implica también esta doble función y por lo tanto genera efectos desde este plano y además integra el fundamento de derechos humanos con el principio penal¹²⁷⁰.

De acuerdo con la concepción de Ferrajoli, atendiendo esta fundamentación se verifica, además de los elementos afectados de legitimidad que intervienen en el principio de

jurídico de este tiempo. De esta forma, lo que se entendía por Estado de derecho era en realidad el Estado legislativo. **SCHMITT Carl**. Legalidad y Legitimidad. Traducción José Díaz García. Editorial Aguilar. Madrid, España, 1971. PAG.. 3 y 4.

¹²⁶⁷Es de vital importancia la dimensión de este principio. Vives Anton manifiesta que el punto de partida del mismo, inicialmente, presupone la idea de una delimitación legal del ámbito de lo prohibido absolutamente precisa o al menos con un margen muy escaso de imprecisión tolerable. Excepto en algunos campos en los que, ponderadas las necesidades entre la tutela y la seguridad jurídica, pueda resultar una imprecisión mayor. **VIVES ANTON Tomás S**. Ob. Cit. 2011 PAG.. 732 y 733.

¹²⁶⁸ Si bien corresponde a una nueva visión de la legalidad en general, lo que se puede interpretar, según Ferrajoli, es que esto también obedece a que existen en el Estado social nuevas exigencias diferentes de las que se revelaban en el Estado de derecho, generando una transición o crisis del orden o de la razón jurídica y por supuesto de la legalidad. Según este autor, en el Estado social se demanda la satisfacción de derechos mediante prestaciones positivas, no siempre predeterminables de manera general y abstracta, que pueden presentarse de manera contingente, discrecional sustraída a los principios de certeza y estricta legalidad. **FERRAJOLI Luigi**. Derechos y Garantías. La ley del Más Débil. Colección Estructuras y proceso. Editorial Trotta. Tercera Edición. Madrid, España 2002. PAG. 17

¹²⁶⁹ Desde la visión constitucional, legalidad y debido proceso constituyen un núcleo de garantías indisoluble. De esta manera confluyen expresiones universales como la legalidad de los delitos y las penas, legalidad de la sanción y legalidad del juicio (art. 28 y 29 de la Const. Pol de 1991) que constituyen el conjunto de garantías que de cara a los procesos judiciales, en particular en materia penal, debe tener toda persona y forman parte de lo que hoy se conoce como derecho constitucional procesal. Se trata de las garantías básicas que debe reconocer la carta fundamental a quien se procesa judicialmente. **YOUNES MORENO DIEGO**. Ob. Cit. PAG. 160.

¹²⁷⁰ Esta ampliación de la noción de legalidad es necesaria en el fundamento moderno basado en la norma de derechos humanos. Lo anterior por cuando en el sentido aducido, Legaz y Lacambra señala que el concepto de legalidad como generalidad, existencia de normas y sometimiento a las mismas corresponde al Estado de derecho liberal. Por lo mismo, esta noción formal no capta todos los matices actuales y se convierte en problema desde el momento en que se imponen nuevas estructuras jurídico-políticas en las que aquella noción ha de encontrar aplicación, puesto que responde a una exigencia constante, pero revistiéndose de la configuración que *in concreto* pueda adaptarse a las nuevas situaciones. **LEGAZ y LAMBRA Luis**. Ob. Cit. 1979. PAG. 599.

legalidad, que este principio es el producto de una especie de período de crisis, en el que también aparecen otros factores como la inflación legislativa, la producción de leyes-acto, la descodificación y el desarrollo de legislación fragmentaria en materia penal, bajo la emergencia y la excepción¹²⁷¹. En consecuencia resulta necesario un principio de legalidad penal de mayor entidad que gobierne y realice un monitoreo de todo el sistema penal, justamente para dar corrección a todos estos elementos que además se dificultan en mayor medida, si se considera que en el caso nacional debe adicionarse el conflicto armado y las graves violaciones a los derechos humanos. Esta fórmula obedece desde luego al Estado constitucional de derecho¹²⁷².

Sin esta función no tiene sentido la simple definición de los delitos y las penas, toda vez que en este precepto, de aquí en adelante, es necesario su enjuiciamiento efectivo al integrar también los elementos de la imputación penal, orientación que aun en este tiempo todavía no se comprende estructurada en sus fines procesales¹²⁷³. Adicionalmente, tal integración implica dar cumplimiento con esta función de enjuiciamiento desde la legitimidad del principio de legalidad, que implica en su definición uno de sus elementos, como es la conformidad a derecho de sus leyes, junto con su eficacia y consenso social, en este caso, conformidad de leyes punitivas¹²⁷⁴. Desde el concepto de la violación de derechos humanos para los crímenes del pasado, se asegura el cumplimiento del consenso social basado en el enjuiciamiento efectivo que desde esta corriente se pretende como objeto de la legalidad penal en el Estado Social¹²⁷⁵.

¹²⁷¹ La situación entendida en esta plano parece hacerse más que relevante, pero a la vez compleja por el contexto nacional. Igualmente parece orientarse a determinar un problema desde la concepción del derecho que quizá se verifica hacia la noción del derecho en el Estado constitucional actual. En todo caso, siguiendo las situaciones de crisis que plantea Ferrajoli, desarrollos como estos estarían inmersos en el garantismo que supera el positivismo formal del ámbito constitucional rígido. **FERRAJOLI Luigi**. Ob. Cit. 2002. PAG. 16.

¹²⁷² De acuerdo con esta fórmula, en el garantismo la legalidad obedece también a problemas entre la vigencia formal y la validez sustancial de los derechos fundamentales. En uno u otro factor se exigen elementos sustanciales. Por ejemplo, se puede aducir que en ciertos conflictos que se puedan presentar entre los derechos de libertad e igualdad, se puede exigir que en todos los vínculos, que en este plano se deriven de la legitimación formal y de la legitimación sustancial de las normas, se observen relaciones sustanciales de derechos orientados a los fines materiales en el Estado constitucional de derecho. **IBÍD.** PAG.. 21 y 22.

¹²⁷³ Silva Sánchez advierte sobre este tema y la crisis del sistema dogmático de la teoría del delito, que debe reconocerse que el sistema mencionado, en su estado actual, es un sistema incompleto pues no integra la totalidad de reglas que influyen en la atribución de responsabilidad de un sujeto. En particular, advierte que no ha conseguido la integración de los factores constitucionales, procesales y de determinación de la pena que conforman, reglas adicionales de imputación. **SILVA SANCHEZ Jesús María**. Ob. Cit. 2007 PAG. 33

¹²⁷⁴ **BOBBIO Norberto Et. Al.** DICCIONARIO DE POLÍTICA. Ob. Cit. 1982. PAG. 892.

En general se puede advertir que, desde el concepto de legitimidad, este primer diagnóstico de los fundamentos de modificación del principio de legalidad estudiado, ha obedecido a varios factores, como por ejemplo los desarrollos de la justicia transicional; de la justicia internacional; de la ratificación de instrumentos de derechos humanos en materia penal y su interpretación en virtud del bloque de constitucional. Sobre todo, se observa la influencia de todas estas variables en la interpretación penal que seguramente amplían, en forma considerable, las variables lógico-objetivas con las cuales la dogmática penal tradicionalmente ha concebido el sistema de la teoría del delito¹²⁷⁶. Además, bajo esta noción, si se afecta la seguridad jurídica del ciudadano, se realiza, en menor medida, respecto de la vigencia temporal de la ley y nada más. Lo anterior derivado del punto sobre la ponderación de derechos, que apunta a realizar la fórmula actual del Estado constitucional, social y democrático de derecho, dando prevalencia al plano sustancial de la violación de derechos humanos insatisfecha penalmente¹²⁷⁷. Así, esta concepción en

¹²⁷⁵ Sobre este consenso es importante destacar que, en el caso de Colombia, aún nos encontramos en la crisis que produce la divergencia entre el cumplimiento del consenso liberal clásico y el consenso del Estado social de derecho. Lo anterior por cuanto, en la actualidad, no se trata del mismo consenso que fue establecido en la rígida estructura del Estado de derecho clásico liberal. Este primer estadio, desde el punto de vista de Ferrajoli, obedecía, en primer lugar, a la legalidad encarnada en la subordinación a las leyes y derechos procesalmente justiciables; en segundo término, a la publicidad de los actos tanto legislativos como administrativos y judiciales, y, en tercer lugar, al doble control estatal, uno ejercido desde el control jurisdiccional de legitimidad del sistema que ejercen los jueces y otro desde el control político que ejerce el parlamento. En el Estado social estos principios de legitimidad estatal son matizados y flexibilizados por espacios de acción extralegal y legalidad atenuada, adaptables a cambios coyunturales. En su lugar esta pérdida de legitimidad legal es compensada por el aumento de la fase de desarrollo del Estado bienestar que implica una mayor legitimación político-democrática. **FERRAJOLI Luigi**. El Garantismo y la filosofía del derecho. Traducción Gerardo Pissarelo, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2000. PAG. 70 y 71

¹²⁷⁶ Desde Silva Sánchez esto significa ampliar el objeto del sistema de la teoría del delito hacia las reglas de estructuración procesal de la sanción desde el ámbito constitucional, en lugar de abandonar la dogmática penal. **SILVA SANCHEZ Jesús María**. Ob. Cit. PAG. 33.

¹²⁷⁷ Conforme lo que señala Urbano, bajo esta noción se cumple inicialmente con la función de protección del derecho penal de aquellos bienes jurídicos fundamentales de las violaciones más graves e intolerables a nivel social. Igualmente se propende por la protección no solo de los bienes jurídicos afectados con el delito sino también de los destinatarios de la acción penal. Es decir, a que se respete la dignidad humana del procesado, que se realice la seguridad jurídica y la legitimidad democrática, mediante el principio de legalidad, y a que se impongan penas por conductas capaces de causar daño social. Se trata de un derecho penal garantista que involucra tanto al delito como la pena para determinar las funciones que le incumben al derecho penal, las cuales se deben relacionar con el Estado y con el fundamento de legitimidad del poder punitivo. Esto dentro del marco del Estado social y democrático de derecho, en el cual la legitimidad del poder punitivo se determina por la Constitución Política y los derechos fundamentales que finalmente arriba a la legitimidad del derecho penal. **URBANO MARTINEZ José Joaquín**. Concepto y función del derecho penal. Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Editorial Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Bogotá D.C. 2011 PAG.. 20 a 22.

marcada en el Estado social constitucional, sin duda deja atrás la vieja concepción del Estado legislativo que fue derogada desde la Constitución de 1991¹²⁷⁸.

Todos estos factores que han trascendido en el sistema penal desde luego han servido de mecanismo de presión al principio de legalidad, en la medida en que se torna afectada su legitimidad, bien desde la presencia de actos ilegítimos o desde el factor de legalidad aparente¹²⁷⁹. Igualmente, desde la reconstrucción histórica planteada se observa que el único medio que interviene en corregir esta anomalía del sistema se presenta en la declaración de la violación de derechos humanos, hecho que además impide el fenecimiento de muchos atentados sin resolución actual y que corresponden a esta exigencia de los crímenes internacionales del pasado anterior al ER y a la ley 1719 de 2014¹²⁸⁰.

Por otro lado, al hacer una apretada síntesis del fenómeno de transformación y ampliación de límites de la legalidad penal al cual se desemboca en los apartes anteriores, se puede observar en forma preliminar que las corrientes interpretativas, en materia penal, han girado entre una primera situación de univocidad de criterios, derivada de la revolución francesa, del racionalismo alemán y de la configuración de la teoría del delito, como se expuso en el primer capítulo del presente trabajo, que de alguna manera permitían unos

¹²⁷⁸ Para tal efecto, puede partirse de múltiples definiciones; sin embargo, atendiendo la noción de Younes Moreno para indicar la significación nacional del tema, se trata de un Estado que tiene una preocupación general sobre la problemática social. Moreno advierte que la Corte Constitucional (Sentencia 11-05-1994) ha manifestado que Colombia no es solo un Estado de derecho como el liberal clásico, sino que además es un Estado social que implica, ontológicamente, la sujeción formal al Derecho y la sujeción material del derecho a unos contenidos sustanciales; el primero relativo a la validez y el segundo a la justicia. Igualmente, desde la doctrina, el Estado social de derecho se integra por el ser humano, como epicentro del derecho; el objetivo social del Estado; la concepción democrática del poder y la sumisión de la disciplina del poder al derecho. **YOUNES MORENO Diego**. Ob. Cit. PAG. 66 Y 67.

¹²⁷⁹ Si bien las Cortes, en especial la Constitucional, han tendido un gran desarrollo dentro del Estado social y de derecho, en nuestro caso y más aún frente a la prevalencia de los instrumentos internacionales que se analizan hasta el momento, se denota la incapacidad judicial del Estado, a través de las fundamentaciones de las decisiones del sistema interamericano que concuerdan con un sistema judicial que no contiene elementos materiales de justicia frente a las graves violaciones de Derechos Humanos, aspecto que revela el criterio esbozado de legalidad aparente.

¹²⁸⁰ Acá, nuevamente se aboga por un sentido no ortodoxo del principio de legalidad y sus elementos integrantes. Aun teniendo en cuenta que la discusión en Colombia es desde un plano que se superpone al sistema dogmático, es importante destacar lo que afirma Vives Antón, cuando señala que aún existe una tendencia a apartarse del tenor literal de los preceptos para adoptar interpretaciones acordes con el sentido de justicia material de los jueces. Esto incumple el conjunto de garantías tradicionales del principio de legalidad e implica un cambio de cultura jurídica en las técnicas empleadas para garantizar la certeza del Derecho. **VIVES ANTON Tomás S.** Ob. Cit. 2011 PAG. 776.

límites restringidos de la interpretación de la legalidad penal¹²⁸¹. Lo anterior todavía se encuentra vigente, no obstante ha tenido una apertura significativa, sobre todo a partir del garantismo penal¹²⁸². Además este sistema tiene que convivir con las injerencias derivadas de la justicia internacional establecida en virtud de los desarrollos de la posguerra¹²⁸³. Este factor también implicó otro fundamento de ampliación de la legalidad penal interna, así como también, de las garantías y derechos fundamentales como integrantes del principio de legalidad actual¹²⁸⁴. Al final, todo ello se complementa a partir de la consideración de los derechos humanos en materia penal, luego de la instauración de las instancias protectoras en la materia¹²⁸⁵. Bajo este panorama, en la actualidad la

¹²⁸¹En este momento es claro que la situación en los fenómenos advertidos conforme a Schmitt, se enfrenta a un Estado legislativo que se configuraba a partir de la elaboración anticipada de normas mensurables y determinables por su contenido, en el cual la decisión judicial se aborda como una mera aplicación de tales normas. Del mismo modo la vida estatal queda abarcada por un sistema de legalidad cerrado que permita ser subsumido con arreglo a las circunstancias de los hechos. De tal suerte que se abogaba por definiciones jurídico- políticas y jurídico – Constitucionales que tuvieran en cuenta la situación interna en cuanto se relacionaba con el Estado. **SCHMITT Carl**. Ob. Cit. PAG. 4, 6 y 7.

¹²⁸² Al del interior del sistema, la legitimidad se construye a través de la represión de la conducta penal y de la imposición de la sanción para convertir la relación de inequidad, causada por el injusto, en una relación de equidad que permite alcanzar una compensación en las relaciones interpersonales; esta además debe restablecer la validez del derecho y confirmar la garantía de la interacción pacífica. Es decir, puede hablarse de injusto y pena cuando esté claro en qué consiste el derecho compartido. Así mismo, la validez del derecho se entiende a través de las estructuras estatales que son motivos para que la comunidad jurídica reaccione mediante la pena. Así se confirma la validez y el contexto de paz en que ha sido fundado. **GIERHAKÉ Katrin**. Sobre la legitimación del Derecho Penal Internacional. Artículo compilado en XXXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá D.C. 2014. PAG. 105.

¹²⁸³ En el plano de la justicia internacional, esta legitimidad ha tenido múltiples explicaciones, por ejemplo se toma en cuenta la tesis kantiana de la paz perpetua mediante el Derecho del Estado, el Derecho de gentes y el derecho cosmopolita. Por tanto el derecho cosmopolita lleva un derecho público y general que asegura la aproximación a la paz perpetua. En virtud de que si existe un deber y al mismo tiempo una esperanza fundada de que hagamos realidad el estado de un derecho público, aunque solo sea en una aproximación que pueda progresar hasta el infinito, la *paz perpetua*, que se deriva de los hasta ahora mal llamados tratados de paz (en realidad, armisticios), no es una idea vacía sino una tarea que, resolviéndose poco a poco, se acerca permanentemente a su fin (porque es de esperar que los tiempos en que se producen iguales progresos sean cada vez más cortos). **KANT Immanuel**. Sobre la paz perpetua. Traducción de Joaquín Abellán. Editorial Tecnos. Sexta Edición. Madrid España, 1998. Esta idea de fundamentación aparece en **GIERHAKÉ Katrin** Ob. Cit. PAG. 110.

¹²⁸⁴ En la discusión que se aborda en el caso nacional, habría que observar que antes de elementos valorativos del lenguaje, también hace parte de la discusión la estabilidad y solidez de las instituciones que al restarle el campo de legitimidad implica que aún tal discusión hacia el sistema pase a un segundo plano. De alguna manera, Vives reclama a la seguridad jurídica la estabilidad de los usos aplicativos de las reglas formuladas en la ley, un aspecto que también hace parte nuestra problemática. **VIVES ANTON Tomás S**. Ob. Cit. PAG. 778 y 779.

¹²⁸⁵Si bien la paz perpetua de Kant puede servir de orientación, lo cierto es que en el plano de la justicia internacional, las jurisdicciones internacionales como la CPI poseen un sentido de norma común universal que representa elementos como los aseverados. En todo caso, los mismos se someten a las normas internacionales sobre la ratificación de los tratados y, en algunos casos, a las competencias especiales del sistema universal y regional de protección de derechos humanos. Es decir, la legitimidad en este sentido es fragmentaria pues se constituye por cada instrumento y su alcance frente a sucesos correspondientes a crímenes internacionales en

legalidad penal debe avanzar hacia un sistema múltiple de fuentes de legalidad penal, hecho que de alguna manera ratifica el fenómeno expuesto a lo largo de la presente tesis y que se ha calificado por algunos como de flexibilización del principio objeto de estudio. Este punto constituye el punto de mayor desarrollo examinado en el presente trabajo, con respecto al principio objeto de estudio, el cual implica unos límites mayores debido a este proceso de transformación¹²⁸⁶.

Debido a este proceso, el principio de legalidad penal requiere cada vez más de la argumentación referente a los principios de derechos humanos, con el fin de complementar en forma viable la extensión de los elementos relativos a la legalidad estricta y los aspectos temporales de no retroactividad e imprescriptibilidad que se refieren más a la vigencia de la norma, sobre todo en el caso colombiano. Todo ello, debido a los problemas de legitimidad que se observan en el sistema constitucional examinado.

Frente a este punto, Claudia López, sostiene categóricamente que no se podrá acusar o condenar a persona alguna por crímenes de lesa humanidad dada la ausencia de tipificación interna de tales delitos en el derecho colombiano, sin embargo, acepta la posibilidad de expresar el alcance internacional de la conducta pese a que se condene por las conductas vigentes en el momento de los hechos. Esta postura si bien no admite pregonar con base en el derecho internacional, la costumbre o los principios generales del derecho, la existencia de los crímenes de lesa humanidad con base en la conexidad del artículo 15 del PIDCYP, en el fondo los reconoce siempre y cuando no se defina las categorías tipificadas como tales para efectos de imponer la sanción¹²⁸⁷.

los cuales se puede decidir en torno al núcleo duro de los derechos humanos (Vida, libertad e integridad). En todo caso, como lo anota Katrin Gerhake, la legitimidad de la jurisdicción penal internacional no se ha resuelto definitivamente con las reflexiones en torno a la determinación del injusto de los delitos del derecho penal internacional y de la potestad penal implicada en ella. En ciertos actos ilícitos la comunidad internacional (genocidio, lesa humanidad, guerra, contra la paz) tiene de hecho la potestad de penalizar a criminales particulares. El DPI puede determinarse entonces como un instrumento legal centrado en la libertad del ciudadano del mundo. **GIERHAKE Katrin Ob. Cit.** PAG. 110.

¹²⁸⁶ De igual forma puede suceder que quizás se descarte el proceso pues se logra demostrar que no reviste la importancia suficiente y por lo tanto se trata de una simple modificación de la interpretación penal.

¹²⁸⁷ La autora sostiene que a partir del Derecho Internacional consuetudinario no es posible crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los tribunales nacionales. **LOPEZ DIAZ Claudia y FORER Andreas.** Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia. Edit GTZ-Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá D.C. 2010 Pags. 38 al 52.

Esta postura si bien sólo es contraria en cuanto a la posibilidad negativa de ausencia de tipicidad en el orden interno de los crímenes de lesa humanidad, sólo difiere en la perspectiva constitucional que se le imprime a la orientación del presente trabajo, cuando se ha definido para el caso nacional, la posibilidad de la legalidad extendida con base en los instrumentos internacionales, en el Estatuto de Roma, o en la regla de ius cogens disposiciones adscritas al bloque de constitucionalidad. Es decir, corresponde a la categorización de normas constitucionales, para interpretar este principio que de igual forma también es constitucional.

La diferencia, radica en que en, la interpretación de Claudia López Díaz, corresponde a un ámbito intra sistemático penal que compara el principio de legalidad penal con el orden constitucional e internacional y no en los efectos de éste orden frente al sistema penal. Adicionalmente, como se explicó, la misma no riñe con la tipificación estricta en virtud de que en este caso, para crímenes del pasado sobre todo anteriores al ER., y a las normas sobre la materia en el Código Penal actual, la violación grave del DIDH que tipifica conductas de internacionales, se subsume en el orden dogmático penal vigente en el momento de los hechos, la cual sólo interviene en los límites temporales es decir en la no retroactividad de la ley penal que incide en la no prescripción.

Este aspecto se denota a partir de tales elementos de análisis, luego de un recorrido de carácter teórico, que se observa incluso desde sus orígenes remotos, su consagración bajo el concepto del derecho penal liberal, su evolución normativa y caracterización intrajurídica. Todos estos elementos solamente contemplaban un factor de legitimidad que siempre actuará como parámetro de la legalidad para que no solamente sea válida, sino también para que cumpla en materia penal con sus cometidos de justicia material efectiva¹²⁸⁸. Si bien el principio de legalidad intrajurídico dio lugar a un enfoque dogmático,

¹²⁸⁸ Es importante destacar este desarrollo en el plano del sistema constitucional del principio de legalidad, toda vez que trasciende al sistema de legitimación del sistema penal. Según Urbano, la expedición de las normas penales genera ideas, determina creencias y conductas, produce la percepción de que el poder se ejerce en beneficio social y propicia una creencia en su legitimidad. Es decir, tiene una función simbólica que opera como elemento de articulación de las relaciones sociales con independencia de la efectividad de las sanciones previstas. El problema se presenta cuando existe una disociación entre las funciones que debe cumplir el derecho penal y las que efectivamente cumple, toda vez que esto trae como consecuencia la pérdida de legitimidad, pues no corresponde a un instrumento orientado a la protección de los derechos fundamentales sino a un mecanismo formal de legitimación del poder político. **URBANO MARTINEZ José.** Ob. Cit. PAG.. 24 y 25.

cada vez más preocupado por la seguridad jurídica del ciudadano bajo una teoría del delito propia, finalmente tuvo que ceder al paso de la prevalencia de la justicia internacional, de los derechos humanos y de las garantías criminal y de enjuiciamiento para proteger al ciudadano.

En síntesis, de todos los aspectos tratados se deriva que se observa el paso siguiente que corresponde al principio de legalidad constitucional, donde parece residir la naturaleza actual del principio examinado y donde se pueden trazar los límites examinados. No significa que sus fundamentos deriven del derecho constitucional y se incrusten en un sistema penal solamente, sino que este proceso le otorga una doble naturaleza en donde el principio inicial de legalidad es insuficiente para las circunstancias actuales dentro del sistema penal y puede ostentar otra naturaleza de carácter constitucional. Allí, sin duda, va a tener efectos diversos a los meramente punitivos.

Desde este ámbito, la seguridad jurídica no es el único y decisivo valor que debe realizar el derecho, pues al lado de este fundamento de la ley se deben colocar los de conveniencia y justicia¹²⁸⁹. En este orden, las leyes determinan la precedencia de los siguientes valores: seguridad, justicia y conveniencia para la comunidad en último lugar. De esta manera, en palabras de Radbruch, no se puede afirmar que derecho es todo lo que es útil al pueblo, sino que solo es útil al pueblo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y tiende a la justicia¹²⁹⁰. Frente a esta formulación quedó evidenciado que estos dos principios generales del derecho en el caso colombiano, estuvieron en confrontación y su resultado implicó situaciones límite que obligaron al examen de ponderación. Fruto de este examen se pudo observar que la legitimidad Constitucional no puede ampararse solamente por la seguridad jurídica, toda vez que sobre este principio para el caso nacional, fue necesaria la prevalencia de la justicia material.

Si seguimos la fórmula que plantea Radbruch, en el caso de los delitos de lesa humanidad que de manera deficiente han venido desarrollándose en el derecho interno y aún se encuentran algunos pendientes de criminalización, lo razonable es continuar con las declaratorias de lesa humanidad, bajo el concepto de la violación de derechos humanos. Sobre todo para validar la actuación de varios atentados importantes, dado que

¹²⁸⁹RADBRUCH Gustav. Ob. Cit. PAG. 34

¹²⁹⁰IBÍD. PAG. 34

ha venido sustituyendo el concepto de seguridad para las víctimas de los magnicidios (por ejemplo el homicidio de Luis Carlos Galán y Álvaro Gómez, la bomba del DAS, etc.). Además, la figura planteada deja de ser formal y se erige bajo fundamentos de derecho que permiten reabrir caminos para la búsqueda de la justicia material y en últimas para que sea conveniente para la sociedad.

A esta base de la violación es necesario adicionar también otra de las fórmulas planteadas en este trabajo como la denominada solución cero, que además bajo la subsunción en el derecho penal vigente en la época de los hechos, no afectaba el sistema dogmático de la teoría del delito, más allá de las decisiones de configuración de nuevas conductas en materia de política criminal que en un futuro se produzcan, asunto que no corresponde al objeto de estudio en este trabajo. Esta solución parece abrirse paso en las decisiones recientes de la CSJ sobre el particular, las cuales resultan procedentes no sólo para remediar estos crímenes del pasado, sino que además en caso de una definición de *lege ferenda* de los crímenes de lesa humanidad, las normas que sean descritas, tendrían que adicionar las fórmulas de *ius cogens*, de la violación grave de derechos humanos para determinar efectos retroactivos en tales condiciones.

En todo caso, la fórmula de Radbruch y Bobbio junto con el concepto de grave violación de derechos humanos para la persecución de graves conductas, permite acudir, al criterio de ley positiva vigente, e incluso remite al instrumento en vigor en el momento de tales violaciones, como por ejemplo la Carta Interamericana de Derechos Humanos, el Pacto de San José el PIDCYP, etc. Nuevamente se reitera la posibilidad de que el derecho penal se encuentre en proceso de transformación bajo el método de interpretación que, en el plano de la hermenéutica analógica, se representa con la posibilidad de interpretación extensiva de instrumentos de protección de derechos humanos en los términos examinados anteriormente, pero solamente bajo la cláusula excepcional de intervención.

Conclusiones Capítulo VIII

1. Frente a los casos no resueltos en la actualidad, del pasado anterior a la Constitución de 1991, lo acertado que parece erigirse como hallazgo de investigación, es continuar con el precedente generado en tal sentido, tanto por la

Corte Suprema de Justicia como por la Corte Constitucional como se propone, pero desde esta perspectiva de la violación de derechos humanos. Si bien se genera un cuestionamiento al sistema penal frente a sus principios orientadores, no resulta absolutamente contradictoria con el sentido del principio de legalidad bajo análisis y en últimas debe someterse al test de ponderación para resolver el conflicto.

2. De otra parte, este argumento de conexión entre los fundamentos de derechos humanos y los del sistema penal, implican la generación de una cláusula excepcional para dar vigencia al precedente jurisprudencial tanto nacional como internacional, bajo las leyes vigentes en el momento de los hechos.
3. La naturaleza constitucional que ahora se reafirma en la presente exposición, pudo definir que el principio de legalidad penal llegó a las transformaciones mencionadas en virtud de unas condiciones especiales de extensión tolerable de tipo hermenéutico analógico. Las mismas en principio parecen residir en el bloque de constitucionalidad para los fines de la justicia ordinaria, pasando por la fórmula de la declaración de la violación de derechos humanos en el momento de los hechos, tal como lo ha realizado la Fiscalía General de la Nación y la Corte Suprema de Justicia.
4. En este escenario se determina que el siguiente paso se considera como solución cero por cuanto no afecta el sistema de la teoría del delito del momento, solamente sacrifica bajo la subsunción la aplicación de crímenes internacionales y los límites temporales de la legalidad penal, lo que no impide tampoco que se exprese aun en ese momento y se declare igualmente tal naturaleza de lesa humanidad.
5. Por otro lado, se establece que las fórmulas de transformación de la legalidad penal surgen del análisis del concepto de legitimidad constitucional del Estado, en donde aparece en el caso nacional como hallazgo de investigación la presencia del fenómeno de legalidad aparente que soporta el criterio de la violación de derechos humanos. A partir de este criterio, se pudo determinar que el sistema institucional ha sido inestable, donde se falsea la legalidad sin destruir el sistema,

dada su incapacidad de mantener el orden, la normalidad y la seguridad jurídica. Este factor es propio de la mayoría de asuntos que han sido declarados de lesa humanidad, tanto en los casos intervenidos en el sistema interamericano, como en los asuntos declarados por la Fiscalía General de la Nación.

6. En muchos de los casos se produjeron actos de ineficiencia institucional que luego de casi treinta años impiden su juzgamiento. Además de todo, la connotación de la violación se tradujo en los crímenes de lesa humanidad. Por otro lado, los actos del Estatuto de seguridad en definitiva constituyen actos ilegítimos del Estado y por lo cual admiten la invocación de la violación de Derechos Humanos para recobrar la vigencia de actos que en la actualidad siguen sin investigar. Todas estas fórmulas permiten pregonar un proceso de legitimación constitucional del sistema penal y por ende resulta válida la actuación promovida en tal sentido.
7. A pesar de las reformas actuales no aparecen todavía elementos concretos de las conductas internacionales con sus elementos de criminalización como los crímenes de lesa humanidad. Como hallazgos de investigación se observa que tan sólo aparecen esfuerzos aislados que permiten pregonar elementos diferenciales de crímenes internacionales, sin que se cumplan las obligaciones internacionales en su conjunto. En este caso además, si bien se aducen en las reformas la posibilidad de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, tal referencia no tiene elementos retroactivos que permitan analizar su procedencia efectiva ante tales situaciones. Incluso la mención de su reconocimiento implica la creación de la interpretación en tal sentido.
8. Finalmente de acuerdo con lo anterior la interpretación del principio de legalidad junto con la noción de bloque de constitucionalidad sigue siendo necesaria e implica no sólo un aporte de investigación sino que permite pregonar el concepto de legalidad extendida que se traduce en todos sus fenómenos de transformación identificados a saber: La solución cero; la ponderación de los principios de derechos humanos sobre el principio de legalidad; el factor de legitimidad aparente y de actos ilegítimos; la declaración de la norma de *ius cogens* y finalmente, la procedencia de interpretación del ER frente a conductas internacionales como el fenómeno específico de lesa humanidad. Todos estos elementos constituyen

factores de transformación del principio de legalidad contemporáneos y por lo tanto constituyen elementos límite de su interpretación actual.

9. La suma de los anteriores elementos de transformación implica que la naturaleza del principio de legalidad actual no puede seguir siendo concebido bajo herramientas del derecho penal liberal que mantienen una interpretación de la legalidad estricta únicamente bajo el concepto de legalidad penal, sin tener en cuenta los elementos que se derivan de la legalidad internacional bien de derechos humanos o bien de la justicia penal internacional. Lo anterior por cuanto el principio analizado bajo los conceptos enunciados, se erige bajo la forma de legalidad constitucional, dirección hacia donde debe apuntar la concepción real de la legalidad penal.
10. En este sentido, el principio de legalidad penal constitucional a diferencia de la legalidad penal liberal debe cumplir con las exigencias del Estado social que implica el plano de la legitimidad jurídico-constitucional que posee los siguientes requisitos: Justicia material, prevalencia de los derechos humanos, seguridad jurídica, el principio de legalidad penal y la no impunidad. En este caso la legalidad penal se vio afectada por el principio de justicia material, los casos de impunidad que incidieron en el sistema; la no observancia de los derechos humanos en los casos penales acusados de legalidad aparente y en muchas situaciones la insistencia en seguridad jurídica cuando se requerían acciones de justicia material para corregir el sistema penal. Por otro lado, toda esta nueva estructura que amplía los contenidos iniciales de la ley penal se adicionan con las exigencias también derivadas de la Justicia Internacional mediante el ER y los instrumentos del DIDH que señalan todo el andamiaje de la legalidad penal constitucional.

CONCLUSIONES FINALES TESIS DOCTORAL

Primera Parte

Conclusiones Primer Capítulo

1. El concepto de legalidad penal inicial se identifica con el Crimen y el Castigo, desde los primeros tiempos hasta el medioevo. El mismo se desarrolla con la carta magna 1215 y el concilio de Letrán IV, primero mediante fundamentos religiosos o místicos y luego bajo el concepto de ley, bien desde la potestad de la iglesia o del monarca. De los hallazgos de investigación señalados se producen varias consecuencias: el origen a la justicia secular, de la eclesiástica; se funda el juicio justo en las islas de Bretaña y la Santa Inquisición. Sobre tales instituciones descansa la legitimidad penal inicial y el poder de punición.
2. De la tradición continental europea se deriva el principio de legalidad penal en la Revolución Francesa bajo el concepto del imperio de la ley previa y estricta, fruto del consenso que funda el sistema democrático. Bajo este último fundamento reside el nuevo concepto de legitimidad basada en la ley reemplazando al poder absoluto del Rey. De igual forma se da origen a la codificación penal y en el caso de Norteamérica a las garantías judiciales que verifican la legalidad procesal. Las nociones del crimen y el Castigo bajo estos parámetros obedecen a las tesis del iusnaturalismo y el racionalismo en favor de humanizar el castigo y la seguridad jurídica del ciudadano.

Conclusiones Segundo Capítulo

3. El concepto de legalidad penal de la Revolución francesa evoluciona mediante las siguientes escuelas en el derecho: *Contractualismo – Racionalismo - Historicismo - Iuspositivismo*. Del racionalismo (Kant-Hegel) se deriva la teoría del delito como factor común de cohesión y coerción para todos en la legalidad penal y a la vez de seguridad para el ciudadano. Se erige el fundamento de justificación y fines de la pena como protección del orden jurídico y del ciudadano. Este orden de donde se originan las leyes penales da lugar a la legitimidad basada en el Estado (Hegel).

La aceptación ciudadana mediante el consenso y de la aceptación de las leyes (Kant) imponen la estatalidad del derecho y generan el proceso de legitimación.

4. Se reafirma el imperio de la ley mediante un principio de legalidad derivado del positivismo jurídico, orientado a la seguridad jurídica frente a la ley. Mediante ella se propicia el factor de coacción que obedece a una norma fundamental como fuente legítima de aplicación de la pena por el Estado. A su vez la interpretación del positivismo jurídico (Kelsen) propició un sistema dogmático del delito bajo elementos tanto estáticos como dinámicos que van a producir una serie de consecuencias interpretativas en constante evolución. De igual forma, se rechazan las versiones ideológicas del positivismo pues constituyeron derecho pero no justicia como en el régimen nacionalsocialista de la II guerra mundial.
5. En la relación positivismo jurídico-Principio de legalidad, se funda el Derecho Penal Liberal, mediante el cual se propicia un principio de legalidad gracias a la evolución de la dogmática penal que se traduce en las escuelas del delito (la escuela clásica, la causalista ontológica, la finalista y funcionalista). Las mismas adicionan los elementos actuales de la conducta y la sanción penal en el Estado de derecho. No obstante, se trata de una visión intra jurídica, con más autonomía frente a otros órdenes jurídicos. Finalmente se adiciona el garantismo penal que exige principios de definición del delito y debido enjuiciamiento penal como una de las exigencias actuales del Estado social y democrático de Derecho. Esta perspectiva exige una visión integral del principio de legalidad tanto sustancial como procesal, puesto que adiciona la prevalencia de los derechos humanos mediante las garantías criminal y de enjuiciamiento penal.

Conclusiones Tercer Capítulo

6. Los fundamentos de los crímenes internacionales y prohibiciones en los usos y costumbres de la guerra se basan en los instrumentos del siglo XIX y XX, desde la Constitución de los Estados Unidos (1776), la Creación de la Cruz Roja (1864), el Código Lieber (1863) entre otros, hasta los juicios de *Leipzig* (1922) y *Nüremberg*. Este último constituye el pilar de la justicia penal internacional, de la

legalidad penal internacional y del concepto de legitimidad internacional en el terreno de los Conflictos Armados.

7. En la consolidación del concepto de legalidad penal internacional, la consideración inicial de derechos fundamentales se traduce en los derechos humanos de la posguerra (1948) que a su vez identifican otro concepto de legitimidad internacional. A través de este proceso evolutivo, se desarrolla la noción de lesa humanidad que da lugar tanto a las graves violaciones de Derechos Humanos como a los crímenes internacionales bajo tal denominación.
8. Por otra parte, de la evolución del principio de legalidad penal en el sistema interamericano, se establece que frente a regímenes de facto, se exige la reserva de ley en la creación de delitos y penas, así como también, la aplicación estricta de la ley penal interna, proscribiendo normas complementarias. De otro lado, se permite la legalidad ampliada incluso más gravosa, en casos de impunidad, por ejemplo frente a la desaparición forzada en especial y ausencia de justicia efectiva. Es decir, las dos posturas opuestas se pueden dar en los casos citados, frente a procesos ilegítimos del Estado, con el objeto de preservar los derechos humanos y la justicia material.

Conclusiones Cuarto Capítulo

9. El principio de legalidad desde la justicia penal internacional, se desarrolla a partir de la construcción del concepto “Justicia internacional”, en concreto mediante los Tribunales Internacionales de Nüremberg, Tokio, La Antigua Yugoslavia, Ruanda entre otros. Tales instancias propiciaron la consolidación y persecución de crímenes internacionales (Crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, contra la paz y posteriormente el Genocidio), con aplicación de la ley interna, de los instrumentos internacionales y los principios generales del derecho. Este proceso generó un proceso de legalidad particular en tales instancias.
10. El principio de legalidad en este campo, desarrolla elementos más flexibles que los elementos tradicionales del derecho interno. No obstante, también contiene esta propuesta basada en la ley, para este caso la norma internacional. El concepto

anterior aparece inicialmente, en el principio denominado justicia internacional, sin coercibilidad más allá de la voluntad de los Estados, hasta la adopción del Estatuto de Roma de 1998 (ER) que generó una estructura jurídica basada en principios que consolidan el concepto de legitimidad internacional, desde el terreno de la CPI.

11. En el ER se desarrollan las prevenciones de la legalidad estricta en los dos primeros incisos del art. 22, sin embargo, en el inciso tercero se permite la persecución de conductas prohibidas internacionalmente en otros órdenes jurídicos distintos al ER y sus instrumentos complementarios. Esta excepción, sin duda, amplía el radio de interpretación de la legalidad concebida en el ER a nivel internacional. Sobre todo, en los elementos comunes de contexto de los crímenes, necesarios para su producción. Estos factores comunes a los delitos del ER (Arts. 6, 7, 8 y 9), determinan su diferencia internacional con otras conductas relevantes e incluso frente al derecho interno. Todo ello afecta la legalidad interna de los Estados y constituye otra influencia en la transformación de la legalidad penal actual.

Segunda Parte

Conclusiones V Capítulo

12. En el caso Colombiano, el principio de legalidad nace con el poder absoluto del Rey en la Conquista mediante la recopilación de las leyes de indias, la novísima recopilación, las leyes Toro entre otras ordenanzas. No se preservó el orden indígena que además era primitivo. La legitimidad del castigo se basaba en la Iglesia con el santo oficio y las normas reales ejercidas por el virreinato de la nueva granada, con ello se trata de incorporar las instituciones europeas en América bajo un contexto distinto que va a arrojar un proceso de consolidación de la legalidad penal diverso. En la independencia desde la Constitución de 1811 de Cundinamarca se presentan los primeros avances en el imperio de la ley como forma de legitimidad frente a la legalidad penal. Esto coincide con el proceso de codificación, (Código de Napoleón de 1810, código penal Frances y el código español de 1822) que sirvió de base para el código penal de 1837 el cual extendió sus efectos hasta 1890. No obstante, durante todo el siglo XIX se presentó

inestabilidad política desde el mandato mismo de Bolívar, normas de excepción y gobiernos de facto que afectaron la legalidad penal, con enfrentamientos internos que sólo culminan hasta 1903.

13. En este sentido se pueden apreciar varias etapas que van desde 1837 donde se impone un modelo de legalidad penal que si bien, es influenciada por el derecho penal liberal naciente, la misma es dispersa y se torna ampliada dado el cúmulo de delitos y castigos planteados hasta la Constitución de 1886. Otro período que se puede apreciar se genera a partir de esta constitución hasta el código de 1890. Aquí culmina un periodo de legalidad penal que se encontraba en transición entre las normas hispanas y el origen del régimen nacional con la Constitución de 1886. Después existe otro tercer periodo que va de 1890 hasta la codificación de 1936. En este periodo las ideas italianas de defensa social influyen en la legalidad penal y puede decirse que esta fase reivindica el derecho penal liberal en evolución que se trazó desde 1837, luego prosiguió en el código penal de 1890 (positivismo jurídico italiano) y finalmente culmina en el código de 1936 (*Terza Scuola* - Política Criminal – Enfoque Ecléctico). Con este último código se funda el desarrollo dogmático nacional pese a las críticas debido a instituciones calificadas de corte peligrosista, sin embargo, las mismas, no generaban gran trascendencia en la legislación.

14. Desde el origen del conflicto armado actual en 1948 las normas de excepción (Art. 121 Const. Pol. 1886) afectaron en forma paralela al principio de legalidad penal ordinario. En este proceso de normas de excepción se puede citar: La primera violencia desde el homicidio de Jorge Eliecer Gaitán hasta la dictadura de Rojas Pinilla (1953-1957) producida dado el Estado de Sitio de las normas elaboradas en el mandato de Laureano Gómez (1950-1953). Posteriormente, el frente nacional (1958-1974), continúa con esta práctica que seguía generando efectos en el código penal ordinario (1936), hasta el Estatuto de Seguridad (1978-1982). Este último generó las graves violaciones de Derechos humanos y por ende la intervención del derecho nacional por instancias internacionales. De este cúmulo de situaciones se producen los atentados a la legalidad penal que incluso se encuentran todavía en investigación. Además, se generan dos conductas internacionales como la desaparición forzada y la tortura que tratan de ser

apaciguadas con la legislación de 1980 hecho que continuó siendo insuficiente frente a la constante excepcionalidad penal.

15. En este sentido, el Estatuto de Seguridad (1978-1982), se puede considerar como un acto ilegítimo del Estado. En el Código Penal de 1980, el principio de legalidad residía en la ley penal, su fundamento causalista permite un respeto a la interpretación legal, pese a las múltiples normas de excepción que ampliaron y modificaron su contenido en la realidad. Este período de normas de excepción que vulneraban la legalidad penal culmina con la Constitución de 1991. Desde entonces las normas excepcionales lo que van a consagrar es la defensa justamente de los derechos fundamentales y la prevalencia de los Derechos Humanos en materia penal. No obstante las circunstancias del conflicto armado comienzan a tener evidencia en las graves violaciones de derechos humanos desde episodios como el Palacio de justicia (1985) las primeras masacres (Los 19 comerciantes y La rochela 1987) y después en las múltiples condenas del sistema interamericano de Derechos humanos que va a ser la constante durante los años 90s y la década del 2000 dado el escalamiento del conflicto armado. Estos actos afectaron la legalidad penal con evidentes rasgos de impunidad lo cual puede clasificarse como de legalidad aparente pero sin eficacia material frente a estos actos.
16. Desde la Constitución de 1991 En materia de conductas internacionales las incorporaciones de conductas dependientes del núcleo duro de los derechos humanos y del DIH permiten avanzar en la interpretación contemporánea del principio de legalidad. Sin embargo los asuntos del pasado siguen pendientes de resolución punitiva. En todo caso el bloque de constitucionalidad permite ampliar el contenido de la normatividad penal gracias también a los avances de la ley 599 de 2000 que permite la integración de derechos humanos y el derecho penal. Así se erige en la actualidad un principio de legalidad derivado de la dogmática pena en desarrollo (finalismo- funcionalismo), junto con el garantismo penal (sustancial y procesal) como fundamento de integración constitucional, defensa frente asuntos de connotación internacional y sobre todo de legitimidad penal.

Conclusiones VI Capítulo

17. El principio de legalidad penal desde la Constitución de 1991 se ve complementado por las normas del bloque de constitucionalidad tanto en su fase sustancial como procesal. Los instrumentos internacionales del bloque en sentido estricto, ostentan una jerarquía superior a la ley y en igualdad de condiciones frente a la Constitución a diferencia de la interpretación anterior de la Const. Pol. de 1886. Este factor ha permitido es la extensividad penal, como forma de flexibilidad del principio de legalidad penal, por medio del bloque de constitucional. Esto ocurre frecuentemente, tanto en tipos en blanco, como en tipos abiertos, al igual que en algunas circunstancias procesales del principio de legalidad (cosa juzgada – cita al pie).
18. Después de la legislación de 2000 lo que se ha destacado es la prevalencia de los instrumentos de derechos humanos y del DIH en materia penal que han dotado a la dogmática penal tradicional de elementos de interpretación extensiva tolerada en materia penal. Otro avance propiciado por el bloque de constitucionalidad se traduce en leyes transicionales como la ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) que supone una ampliación positiva del principio de legalidad penal. Todo ello para permitir actos de justicia material frente a crímenes de lesa humanidad a partir del mecanismo de la subsunción interna en conductas ordinarias.
19. Finalmente el principio de legalidad penal en Colombia también es afectado por el ER que todavía advierte exigencias de implementación de crímenes internacionales pese a los avances legislativos recientes (Ley 1719 de 2014) en concreto, en virtud de los crímenes de Lesa Humanidad. Sin embargo a partir de su vigencia (Nov. 2002), se puede hacer uso de la declaración de Lesa Humanidad para fundamentar la naturaleza jurídica de conductas acaecidas después de tal fenómeno jurídico. Todo ello conforme al art. 93 de la Const. Pol.

Conclusiones VII Capítulo

20. Identificado el cuerpo jurídico internacional que se suma en la consideración de una violación de derechos humanos al igual que un delito internacional, se genera la obligación de persecución que se traduce en la decisión. definir la violación, es

relevante a fin de generar la obligación para el Estado y una vez establecida, sus efectos se trasladan a identificar si los mismos correspondían a crímenes de lesa humanidad junto con el factor de imprescriptibilidad.

21. En este sentido se trata de la búsqueda de un puente de integración entre el sistema de protección de derechos humanos y el sistema penal, para efectos de resolver el problema de no persecución de una conducta identificada como de carácter internacional. Bajo estos parámetros la violación solamente puede atender el concepto de activación jurisdiccional e imprescriptibilidad, pero no podrá examinar las tipicidades más allá de las contenidas en la ley vigente al momento de los hechos. Es decir se declara la violación para proceder a su debida persecución, pero adopta la subsunción de la categoría internacional en las conductas contenidas en el derecho penal común vigente como fórmula denominada solución Cero. De esta manera no se presenta interferencia con el principio de legalidad bajo estudio, toda vez que el mismo en esta perspectiva permanece inmutable en sus consecuencias dogmáticas y a su vez, se puede dar una legalidad amplia e integrada internacionalmente, pero también interna para los fines de la tipificación y sanción.

22. El mecanismo anterior que se construye como la solución cero, constituye un punto límite también en la estructura del principio de legalidad penal, pero a la postre su definición depende del criterio de legitimidad del Estado que se asuma por parte de las autoridades judiciales encargadas de su decisión y que las mismas afronten tal situación para definir el caso concreto. Es decir desde los hechos, la fundamentación genera el factor común de lesa humanidad, es más, permite la posibilidad de integración, de tal suerte que a partir de una violación de derechos humanos se pueda identificar la naturaleza de un crimen de lesa humanidad.

Conclusiones Capítulo VIII

23. La presencia de actos ilegítimos del Estado y de procesos en los que se presenta una legalidad aparente, además de las graves violaciones de derechos humanos en Colombia producen la necesidad de ponderación entre la Seguridad Jurídica y la Justicia Material que se resuelve en debida forma ejercitando además el test de

proporcionalidad en sentido estricto. El resultado corresponde a la prevalencia de la justicia material dado que se producen menores afectaciones que en la seguridad jurídica dado que en esta última solamente se causan efectos sobre la vigencia temporal de la norma y sobre la determinación legal, mientras que de parte de la justicia material prevalece el derecho de las víctimas a obtener justicia efectiva en sus diferentes atentados considerados de naturaleza internacional (Lesas Humanidad). Este proceso interpretativo constituye el límite de los límites al proceso de transformación del principio de legalidad penal.

24. Lo anterior es posible, debido a que tales actos han generado problemas en el fundamento de legitimidad del Estado Constitucional. Frente a este asunto, en los procesos internos se ha generado el precedente de la violación grave de derechos humanos. De igual forma la misma ha servido como mecanismo para sostener la comisión de conductas de lesa humanidad e imprescriptibilidad y no como una conducta punitiva reconocible en un instrumento de naturaleza penal. En todo caso, el anterior argumento ha servido también para sostener la ruptura y excepciones a la cosa juzgada material que permiten determinar el ejercicio de un proceso penal interno, que ha sufrido el fenómeno de la impunidad.

25. Sobre el terreno de la violación grave de derechos humanos, se trata de un proceso de legitimación del sistema constitucional que permite la ponderación y el juicio de proporcionalidad mencionados, toda vez que tal asunto descansa en una norma vigente incluso en el momento de los hechos, más si son anteriores a la Constitución de 1991. Al final constituye un mecanismo de corrección del derecho penal.

26. *El concepto de legalidad penal extendida propuesto en la presente tesis se integra por los siguientes elementos: bloque de constitucionalidad; la solución cero; la ponderación y juicio de proporcionalidad; Los principios del DIDH sobre el principio de legalidad; el factor de legitimidad aparente y de actos ilegítimos del Estado Constitucional; la declaración de ius cogens procedente del Bloque de Constitucionalidad y la interpretación del ER frente a conductas internacionales. En el mismo sentido estos elementos constituyen los límites actuales de la legalidad penal que se corresponden con las exigencias del Estado de Derecho*

Social Constitucional y que buscan la legitimidad del sistema penal mediante los siguientes elementos: Prevalencia de los Derechos Humanos; Seguridad Jurídica; Justicia Material; principio de legalidad penal y no impunidad.

BIBLIOGRAFIA

1. **AGUDELO BETANCUR, Nodier.** Estudio Preliminar de la obra de Beccaria como crítica y control del poder punitivo del Estado. En BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Segunda edición. Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 1990.
2. **AGUDELO BETANCURT, Nodier.** Curso de Derecho Penal. Esquemas del Delito. Cuarta Edición. Medellín: Ediciones Nuevo Foro, 2010.
3. **ALEXI Robert.** La fórmula del Peso. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, Ecuador, 2008.
4. **ALEXI Robert.** Los Derechos Fundamentales. Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2003.
5. **AMATI Enrico, COSTI Mateo, FRONZA Emanuela.** Introducción al Derecho Penal Internacional. Edit. Universidad Libre. Bogotá D.C.
6. **AMAYA, Jorge Alejandro.** Control de constitucionalidad. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2012.
7. **AMBOS KAI (2004)** El nuevo Derecho Penal Internacional. Lecturas compiladas. Curso Andino sobre la Corte Penal Internacional. Lima Perú febrero 2008.
8. **AMBOS KAI y GUERRERO OSCAR JULIAN,** El Estatuto Penal de Roma, Primera Edición. Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. Colombia. 1999.
9. **AMBOS Kai,** La Parte General del Derecho Penal Internacional, Bases para una elaboración dogmática. Traducción de Ezequiel Malarino. Fundación Honrad-Adenauer-Stiftung E.V. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. 2006.
10. **AMBOS Kai.** El Marco Jurídico de la Justicia de Transición. Edit. Temis S.A. Bogotá D.C. 2008.
11. **AMBOS KAI.** El nuevo Derecho Penal Internacional. Lecturas compiladas. Curso Andino sobre la Corte Penal Internacional. Lima Perú 2004.
12. **AMBOS Kai.** Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional. Ed. Temis. Bogotá D.C. 2004.
13. **AMBOS Kai.** Procedimiento de la ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Edit. Temis. Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá D.C. 2010.
14. **ANDRES DOMINGUEZ Ana Cristina,** Derecho Penal Internacional, Tirant Monografías 456. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España. 2006.
15. **ANELLO CAROLINA SUSANA.** Corte Penal Internacional. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina. 2003.
16. **ANTOLISEI, Francesco.** Manual de derecho Penal, Parte General. Del Rosal, Juan (trad.). Buenos Aires: Editorial UTEHA, 1960.

17. **ARAGON REYES Manuel.** El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad. Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. No 1 Madrid, España 1997.
18. **ARANGO RIVADENEIRA Rodolfo.** Derechos Humanos como límite a la Democracia. Análisis de la ley de Justicia y Paz. Editorial Universidad de los Andes. Grupo Editorial Norma. Bogotá D.C. 2008.
19. **ARANGO RIVADENEIRA Rodolfo.** Concepciones Deontológicas y Teleológicas de los Derechos Fundamentales. Derechos Fundamentales Principios y Argumentación Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexi. Editorial Comares. Granada, España 2010.
20. **ARENDT Hanna.** Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal. Editorial Lumen S.A., Cuarta Edición. Barcelona España 2003.
21. **BACIGALUPO, Enrique.** Justicia penal y derechos fundamentales. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002.
22. **BACIGALUPO, Enrique.** Principios Constitucionales del Derecho Penal. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.
23. **BARBOSA CASTILLO y BERNAL PULIDO Carlos Et. Al.** El análisis de contexto en la Investigación Penal. Primera Edición. Edit. U Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2015.
24. **BARRERO BERARDINELLI Juan Antonio.** Jurisprudencia Constitucional. Precedentes Judiciales de la Humanidad Casos y Materiales. Legis Editores. Segunda Edición. Bogotá D.C. 2014.
25. **BASSIOUNI M. CHERIF.** De Versalles a Ruanda en 75 años: la necesidad de establecer una Corte Penal Internacional Permanente, (Volumen 10), Revista de Derecho Público, Universidad de los Andes. Bogotá D.C. Colombia. Mayo de 1999.
26. **BASSIOUNI M. Cherif.** Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional. Traducción, Notas y Anexo de la Cuesta Arzamendi José L. Editorial Tecnos S.A. Madrid, España. 1984.
27. **BATIFFOL, Henri.** Filosofía del Derecho. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial EUDEBA, 1972.
28. **BECCARIA Cesare Bonesana Marqués de.** Tratado de los delitos y las penas. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina 1993.
29. **BECCARIA, Cesare.** De los delitos y de las penas. Barcelona: Editorial Altaya, 1994.
30. **BENTHAM, Jeremy.** The principles of morals and legislation. Library of Congress Catalog Number: 88-60151. New York: Prometheus Books, 1988. Capag. VII.
31. **BENDROTH, Wolfgang.** *El Estado de Derecho Democrático y Social como Proyecto Político, -El Estado Social-*, 1a. Edición 1965., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Reimpreso 1986.
32. **BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE Ignacio.** Acerca de la internacionalización del Derecho Penal. Artículo compilado en El Principio de Justicia Universal: Fundamentos y Límites. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 2012.
33. **BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio.** El nuevo derecho penal, Editorial Iustel. Primera Edición. Salamanca, España 2012.
34. **BERNAL ACEVEDO Gloria.** Las normas rectoras en el Nuevo Código Penal Colombiano. Ediciones jurídicas Ibáñez. Bogotá D.C. 2002.
35. **BERNAL PULIDO Carlos,** *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

36. **BERNAL PULIDO Carlos.** Capítulo Primero: Problemas teóricos y de derechos fundamentales del uso del análisis de contexto para la investigación penal en el derecho interno colombiano. El análisis de contexto en la Investigación Penal. Primera Edición. Edit. U Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2015.
37. **BERNAL PULIDO Carlos.** Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexi. La ponderación en el Derecho. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. Octubre de 2008.
38. **BERNATE OCHOA Francisco.** La Legitimidad del Derecho Penal. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C. 2007.
39. **BEUCHOT PUENTE, Mauricio.** Filosofía del Derecho, Hermenéutica y Analogía. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad Santo Tomas, 2006.
40. **BIANCHI, Alberto.** Control de constitucionalidad. Tomo 1. Génesis de Control Legitimidad de los Jueces. Dimensión Política. El caso judicial. 2ª Edición actualizada, Reestructurada y aumentada. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 2002.
41. **BIDART CAMPOS Germán J.** Teoría General de los Derechos humanos. Editorial Astrea. 1ª Edición 1991, 1ª Reimpresión 2006.
42. **BOBBIO Norberto Et. Al.** DICCIONARIO DE POLÍTICA. Legitimidad. Siglo Veintiuno Editores. Primera Edición en Español. México D.F. 1982.
43. **BOBBIO Norberto y MATTEUCCI Nicola.** Relator Gianfranco Pasquino. Diccionario de Política L-Z. *Concepto de legalidad.* Redactores de la edición en español. José Arico y Jorge Tula. Traducción de Raúl Crisafio. Alfonso García. Mariano Martín. Jorfe Tula. Editorial Siglo Veintiuno. Primera Edición en Español. México y España. México D.F. 1982.
44. **BOBBIO, Norberto.** El positivismo jurídico. Rafael de Asís y Andrea Greppi (trad.). Madrid: Editorial Debate, 1993.
45. **BOBBIO, Norberto.** La teoría de las formas de Gobierno en la Historia del pensamiento político. Primera edición en Italiano 1976. Séptima Reimpresión. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2010.
46. **BOBBIO, Norberto.** Teoría General del Derecho. Segunda edición. Madrid: Editorial Debate, 1993.
47. **BOBBIO, Norberto.** Thomas Hobbes. Segunda edición. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1992.
48. **BODENEHEIMER, Edgar.** Teoría del Derecho. Sexta edición. México, D.F.: "Colección Popular", Fondo de Cultura Económica, 1979.
49. **BORJA JIMENEZ Emiliano.** Entre lo Universal y lo particular en el Derecho Penal. Editorial Tirant Lo Blanche. Valencia España 2012.
50. **BRAUN Herberth.** Mataron a Gaitán. Fondo Editorial de la Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D.C. 1987.
51. **BREMER Juan José.** De Westfalia a Post Westfalia. Hacia un nuevo orden internacional. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México D.F. 2013.
52. **BURDEAU, George.** Derecho constitucional e instituciones políticas. Falcón, Ramón (trad.). Madrid: Editora Nacional, 1981.

53. **BUSTOS RAMÍREZ, Juan.** Derecho Penal Tomo I. Fundamentos del Derecho Penal y teoría del delito y el sujeto responsable. Bogotá, D.C.: Editorial Leyer, 2008.
54. **BUSTOS RAMÍREZ, Juan.** Derecho Penal Tomo I. Fundamentos del Derecho Penal y teoría del delito y el sujeto responsable. Ob. Cit.
55. **CADAVID QUINTERO Alfonso.** Constitución y Teoría del Delito. Artículo compilado en el texto: Derecho penal y Constitución (Memorias). Editorial Fondo de Publicaciones, Universidad Sergio Arboleda. Bogotá D.C. 2014
56. **CANCINO MORENO Antonio José.** Instituciones Penales Colombianas y su evolución a partir del Código de 1837. Tomo I. Obras Completas. Compilador José María Fuentes. Bogotá D.C.
57. **CAPELLA I ROIG Margalida.** La tipificación Internacional de los Crímenes de la Humanidad. Editorial Tirant Lo Blanche, Valencia España, 2005.
58. **CARBONELL Miguel.** El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, Ecuador, 2008.
59. **CARBONELL Miguel.** Estándares sobre Principios Generales. Derechos Humanos en la Constitución. Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana. Tomo I. Editorial Konrad Adenauer Stiftung- Corte Suprema de la Nación – Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. 2013.
60. **CARO Miguel Antonio.** Estudios Constitucionales y Jurídicos. Segunda Serie. Compilación. Editorial Instituto Caro y Cuervo. Bogotá D.C. 1986
61. **CARRARA, Francesco.** Programa de Derecho Criminal. Parte General. Volumen I. Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 1983.
62. **CARRÉ, De Malberg.** Teoría General del Estado. Política y Derecho. Primera Edición en Francés 1922. Primera Edición en Español 1948. Segunda Reimpresión. Editorial Facultad de Derecho Universidad Nacional Autónoma de México. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 2001.
63. **CASSESE ANTONIO.** International Criminal Law. Second Edition. Traducción libre. Oxford University Press Inc. New York Estados Unidos. 2008.
64. **CHINCHON ALVAREZ Javier.** Derecho Internacional y Transiciones a la Democracia y la Paz. Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana. Ediciones Parthenon Madrid, España, 2007.
65. **CHINCHON ALVAREZ Javier.** Derecho Internacional y Transiciones a la Democracia y la Paz. Hacia un modelo de castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia Iberoamericana. Ediciones Parthenon. Madrid, España 2007 Pags. 98 y 99
66. **CODIGO PENAL ALEMAN.** Título Alemán: *Strafgesetzbuch, 32a cd., editado por Deutscher Taschenbuch. Verlag, des Verlages C.H. Beck, München, 1998.* Documento de 15 de mayo de 1871 con la última reforma del 31 de enero de 1998. Editorial Universidad Externado de Colombia. Traducción. LOPEZ DIAZ Claudia. Bogotá D.C. 1999.
67. **COMISION ANDINA DE JURISTAS.** La Corte Penal Internacional y los Países Andinos. Tercera Edición. Ed. Comisión Andina de Juristas. Lima, Perú. 2007.
68. **CONOCER PARA DEFENDERSE.** Cartilla de capacitación e información sobre los Derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Edit. Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CIJUS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. USAID. Bogotá D.C. 2007.
69. **CONSTITUTIONAL LAW:** The quick Guide. New York: Charles Rives Editors. Vook Inc., 2011.

70. **CORDOBA TRIVIÑO Jaime**, Derecho Penal Internacional. Estudio de los delitos de Genocidio, de Lesa Humanidad y de los Crímenes de Guerra con referencia al nuevo Código Penal Colombiano. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez LTDA. Bogotá D.C. Colombia. 2001.
71. **CORDOVA Arnaldo**. Selección y prologo en la obra Principios metafísicos de la doctrina del derecho de Immanuel Kant. Edit. Dirección General de publicaciones, Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México D.F. 1968. Pags. XII a LV.
72. **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**. La protección de los derechos humanos a través de la jurisprudencia penal. Editorial Konrad Adenauer Stiftung. Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). Bogotá D.C. 2008.
73. **CRYER Robert Et. Al**. An Introduction To International Criminal Law and Procedure. Second Edition. Cambridge University Press. Cambridge, United Kingdom. 2010
74. **DALE, Elizabeth**. Criminal justice in the United States, 1789-1939. New York: Cambridge University Press. University of Florida, 2011.
75. **DE AQUINO, Tomás**. Tratado de la justicia. México: Editorial Porrúa, 2004.
76. **DE LAS CASAS Fray Bartolomé**. Tratados de Fray Bartolomé de las Casas. Tomo I. Editorial Fondo de Cultura Económica. Primera Edición. México D.F. 1965.
77. **DE LAS CASAS Fray Bartolomé**. Tratados de Fray Bartolomé de las Casas. Tomo I. Editorial Fondo de Cultura Económica. Primera Edición. México D.F. 1965.
78. **DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario**. El principio de legalidad penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, "Colección los delitos", 2004.
79. **DE VITORIA Francisco**, Relecciones sobre los Indios. Editorial el Buho. 3ª Edición. Bogotá D.C. 1989.
80. **DECLARATION OF INDEPENDENCE, Constitution of the United States of America**. Traducción libre. Soho Books, Digital Edition. USA. 2012.
81. **DECLARATION OF INDEPENDENCE**. Constitution of the United States of America. Bill of Rights and Constitutional Amendments. Edited. Digital Edition Published By Soho Books. 2013.
82. **DEL HIERRO José Luis**. Legalidad y Legitimidad. En Eunomia Revista de Legalidad y Cultura, núm. 4. Madrid: Editorial Universidad Complutense de Madrid. 2013.
83. **DEL HIERRO José Luis**. Legitimidad y Legalidad. Eunomia, Revista en Cultura de la legalidad. Edit. Universidad Carlos III No 4 Marzo – Agosto de 2013. Madrid, España.
84. **DIAZ ELÍAS**. Estado de Derecho y Sociedad Democrática, Elías Díaz, Editorial Cuadernos Para el Dialogo, S.A. Edicusa, Madrid 1979.
85. **DIAZ HUERTAS Omar**. Revista Pensamiento Jurídico, Editorial Universidad Nacional de Colombia, No. 37, mayo - agosto, Bogotá, 2013.
86. **DIAZ SOTO José Manuel**. Revista Derecho Penal y Criminología. Instituto de Ciencia Penales y Criminológicas. Universidad Externado de Colombia. Volumen XXXIII. Número 95. Julio Diciembre 2012.
87. **DICCIONARIO JURÍDICO**. Ediciones Valleta, Buenos Aires Argentina, 2009.

88. **DOCUMENTO DE ACTUALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD.** Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 61 Período de sesiones, Documento E/CN.4/2005/102 de 18 de febrero de 2005.
89. **DOEHRING, Karl.** Estado Social, Estado de Derecho y Orden Democrático -El Estado Social-, 1a Edición 1978., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Reimpreso 1986.- Prologo de Henk Bruno.
90. **EDUARDO ESPIN Et. Al.** El sistema de fuentes en la Constitución. Derecho Constitucional Volumen I. 4ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanche, Valencia, España, 2000.
91. **ELEMENTOS DEL CRIMEN.** Documento PCNICC/2000/INF/3/Add.2– Informe Comisión redactora de los Elementos del Crimen de las Naciones Unidas. Notas Interpretativas, Comisión redactora de los Elementos del Crimen de las Naciones Unidas. 2003
92. **ERRAZURIZ EGUIGUREN, Maximiano.** Manual de Derecho Romano. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. Tomo II.,1987.
93. **ESPIN Eduardo, et al.** Derecho Constitucional. Vol. 1. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos. 9ª edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanche. 2013.
94. **ESPIN, Eduardo, et al.** El sistema de fuentes en la Constitución. Derecho Constitucional. Volumen I. 4ª edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanche. 2000.
95. **ESPITIA GARZÓN, Fabio.** Historia del Derecho Romano. Segunda edición. Bogotá. D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006.
96. **FAJARDO ARTURO Luis Andrés.** El análisis de Contexto en la Investigación Penal. Crítica del Trasplante del derecho internacional al derecho interno. Edit. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2015.
97. **FERNANDEZ CARRASQUILLA Juan.** Derecho Penal, Parte General. Teoría del Delito y de la Pena. Vol I Visión Positiva y negativa del delito. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá D.C.
98. **FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan.** Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal. Bogotá D.C. Segunda Edición. Grupo Editorial Leyer, 2000.
99. **FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan.** Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal. Bogotá D.C. Segunda Edición. Grupo Editorial Leyer, 2000.
100. **FERRAJOLI Luigi. Derecho y razón.** Teoría del garantismo penal. Novena edición. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
101. **FERRAJOLI Luigi.** Derechos y Garantías. La ley del Más Débil. Colección Estructuras y proceso. Editorial Trotta. Tercera Edición. Madrid, España 2002.
102. **FERRAJOLI Luigi.** El Garantismo y la filosofía del derecho. Traducción Gerardo Pissarelo, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2000.
103. **FERRAJOLI, Luigi.** Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Editorial Trotta, 1995.
104. **FERRE OLIVE Juan et. al.** Derecho Penal Colombiano. Parte General, Principios Fundamentales y Sistema. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2010.
105. **FERREIRA MARCELO Et. Al.** *Algunos Casos de Responsabilidad Internacional en el Sistema Interamericano;* en *Derechos Humanos.* Buenos Aires, FDA, 1998, 4ª ed., capag. XIV.

106. **FERREIRA MARCELO Et. Al.** *Algunos Casos de Responsabilidad Internacional en el Sistema Interamericano*; en *Derechos Humanos*. Buenos Aires, Editorial. FDA, 1998, 4ª ed.
107. **FIERRO MENDEZ Heliodoro.** Los elementos del delito y algunos principios fundamentales en el marco del conflicto armado interno. Edit. Instituto Colombiano de Criminología y Derecho Penal. Cali Valle del Cauca, Noviembre de 2014.
108. **FORERO RAMIREZ Juan Carlos Et. Al.** UROSario/Ideamérica. Edit. Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH /Proyecto Lucha contra la impunidad. Bogotá D.C.
109. **FRIEDMAN, Michael Jay.** Semblanza del Sistema Jurídico de EEUU. Introducción. González Ruiz, Ángel Carlos (trad.). Bogotá, D.C.: Edit. Congresional Quarterly Inc., Oficina de Programas de Información Internacional, Departamento de Estado de los Estados Unidos, 2004.
110. **FUENTES Jorge.** Los Balcanes 10 años después de Dayton. Edit. Política Exterior, Vol. 20, No. 111 May - Jun, 2006.
111. **GAITAN MAHECHA Bernardo.** Curso de Derecho Penal General. Ediciones Lerner. Bogotá D.C. 1963.
112. **GARCIA PELAYO Manuel,** Las Transformaciones del Estado Contemporáneo, El Estado Social y Democrático de Derecho en la Constitución Española. ED. Alianza Universidad, Madrid 1977.
113. **GARCÍA RAMÍREZ Sergio y MORALES SÁNCHEZ Julieta.** Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre Derechos Humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Edit. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Núm. 29, julio-diciembre. México D.F. 2013.
114. **GARCIA RIVAS, NICOLAS.** Esquemas de Teoría Jurídica del Delito y de la Pena. Tercera Edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010.
115. **GAVIRIA LIEVANO Enrique.** Derecho Internacional Público. Tercera edición. Editorial TEMIS. Bogotá D.C. 1988.
116. **GIERHAKÉ Katrin.** Sobre la legitimación del Derecho Penal Internacional. Artículo compilado en XXXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá D.C. 2014.
117. **GIIL GIL Alicia.** La definición de crímenes internacionales. Sistema interamericano de protección de derechos humanos y Derecho Penal Internacional Tomo II. Editorial Fundación Konrad Adenauer Stiftung E. V. Montevideo Uruguay, 2011.
118. **GIRON José.** Los Balcanes: Del Congreso de Berlín al nacimiento de Yugoslavia (1878-1918). Editorial Universidad de Valladolid, España 2002.
119. **GOLDSCHMIDT, Werner.** Introducción filosófica al derecho. La teoría Trialista del mundo jurídico y sus horizontes. Sexta Edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1996.
120. **GOMEZ LOPEZ Jesús Orlando.** Crímenes de Lesa Humanidad. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá D.C. 1998.
121. **GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo.** Constitución Derechos Fundamentales y Dogmática Penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá D.C. 2000.
122. **GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo.** Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal. Segunda Parte. Ediciones Jurídicas Ibáñez. Bogotá D.C. 2003.

123. **GRIFFIN James.** Human Rights and The Autonomy of International Law. The Philosophy of International Law. Edited. By Samantha Besson and John Tasioulas. Oxford University Press. Traducción libre. New York. United States, 2010.
124. **GROCIO Hugo. Del derecho de la Guerra y de la Paz.** Tomo I. Editorial Reus. Traducción, Traducción de Jaime Torrubiano Ripoll. Madrid, España 1925.
125. **GROSSO GARCIA, Manuel.** El concepto del delito en el Código Penal. Una propuesta de Interpretación desde el Sistema de la Teoría del Delito. Segunda Edición. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibañez, 2007.
126. **GRUPO DE MEMORIA HISTORICA. Informe Basta Ya.** Capítulo II. Los orígenes, las dinámicas y el crecimiento del Conflicto Armado. Centro Nacional de Memoria Histórica de la República de Colombia. Editorial- Departamento de la Presidencia de la República – 25 Entidades Internacionales Cooperantes- Embajada de Suiza. Segunda Edición Agosto de 2013. Primera Reimpresión. Bogotá D.C. Colombia, Mayo de 2014.
127. **GRUPO DE MEMORIA HISTORICA.** Informe Basta Ya. Centro Nacional de Memoria Histórica de la República de Colombia. Editorial- Departamento de la Presidencia de la República – 25 Entidades Internacionales Cooperantes- Embajada de Suiza. Segunda Edición Agosto de 2013. Primera Reimpresión. Bogotá D.C. Colombia, Mayo de 2014.
128. **GUZMAN CAMPOS German, FALS BORDA Orlando, UMAÑA LUNA Eduardo.** La Violencia en Colombia. Tomo I. Editorial Taurus. Reimpresión de 1962. Bogotá D.C. 2003.
129. **GUZMAN DALBORA José Luis.** El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sistema interamericano de protección de derechos humanos y Derecho Penal Internacional Tomo I. Editorial Fundación Konrad Adenauer Stiftung E. V. Montevideo Uruguay, 2011.
130. **HANKE Lewis.** La actualidad de Bartolomé de las Casas. Tratados de Fray Bartolomé de las Casas. Prologo. Tomo I. Editorial Fondo de Cultura Económica. Primera Edición. México D.F. 1965.
131. **HEGEL, George William Frederic.** Filosofía del derecho. Mendoza de Montero, Angélica (trad.). Editorial Claridad. Primera edición 1937. Segunda Edición. Buenos Aires Argentina, 1968.
132. **HERNÁNDEZ HOYOS Diana,** Delitos contra las Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Comentarios a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal. Ed. Universidad Externado de Colombia, Julio de 2002.
133. **HERNÁNDEZ HOYOS Diana.** Lecciones de Derecho Internacional Humanitario. DIH. Segunda Edición. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá D.C., Colombia Hernández Hoyos D. 2002.
134. **HIRSCHBERGER, Johannes.** Historia de la Filosofía. Tomo II. Edad Moderna. Edad Contemporánea. Barcelona: Editorial Herder, 2000.
135. **HOBBS, Thomas.** Leviatan (I). Mellizo, Carlos (trad.). Barcelona: Ediciones Altaya S.A., 1994.
136. **HORMÁZABAL MALARÉE Hernán,** Crímenes Internacionales, Jurisdicción y Principio de Legalidad Penal. Derecho Penal, Constitución y Derechos. JM Bosch Editores. Madrid, España. 2013.
137. **HORMAZABAL MALAREE Hernán.** Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal. Artículo compilado en El Texto: El Principio de Justicia Universal: Fundamentos y Límites. Editorial Tirant Lo Blanche. Valencia, España, 2012.
138. **HUBERMAN, Leo.** Los bienes terrenales del hombre. Bogotá, D.C.: Ediciones Génesis, 2005.
139. **INFORME DEL CENTRO DE MEMORIA HISTÓRICA.** Guerrilla y Población Civil Trayectoria de las FARC, 1949-2013. Tercera Edición. Edit. CNMH-Imprenta Nacional. Bogotá 2014.

140. **INFORME DEL SECRETARIO GENERAL AL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS.** 3 de agosto de 2004. El Estado de Derecho y la justicia de Transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. UN.Doc. S-2004-616.
141. **ITURRALDE Manuel.** Castigo, Liberalismo autoritario y justicia penal de excepción. Ed. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar. Primera Edición. Bogotá D.C. Colombia, 2010.
142. **JACKOBS Günter.** Derecho penal Parte General. Ediciones jurídicas Marcial Pons, Madrid, España, 1995.
143. **JAEN VALLEJO Manuel.** La crisis del principio de legalidad. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá D.C. 2008.
144. **JAIMES-AMADO María Cecilia & PRIETO SANJUAN Rafael.** Justicia y Paz o cuando todos los caminos conducen a...La Haya. *International Law No 17, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 165-230. Bogotá D.C. Colombia, (2010).
145. **JAMES, Philipag.** Introducción al Derecho Inglés. Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 1996.
146. **JESCHECK, Hans-Heinrich.** Tratado de Derecho Penal. Parte General. Mir Puig. y F. Muñoz Conde (trad.). Volumen Primero. Barcelona: BOSCH Casa Editorial, 1981.
147. **JHA UC.** International Humanitarian Law. The Laws of War. Edit. VIJ Books India Pvt. New Delhi, India, 2011.
148. **JHONSON HERBERT, Alan; TRAVIS WOLFE, Nancy y JONES, Mark.** History of criminal justice. New Jersey: Matthew Bender & Company, Inc. Lexis Nexis Groupag. Kindle E-Book. Newark, 2008.
149. **JIMENEZ BURILLO, Florencio.** El holocausto nazi y Los juicios de Nüremberg. España: Editorial UOC, Barcelona España, 2007.
150. **JIMÉNEZ DE ASUA Luis.** Principios de Derecho Penal. Tercera Edición. Buenos Aires: Editorial Sudamericana-Abeledo Perrot, 1958. Reimpresión. 1997.
151. **JIMÉNEZ REDONDO, Manuel.** Artículo - Estudio Preliminar. Fundamentos del Sistema Penal. Acción Significativa y Derechos Constitucionales. 2ª Edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanche, 2011.
152. **JUSTINIANO. El Digesto de Justiniano.** Tomo III. Libros 37, 50. Versión Castellana por A. D'ORS. HERNANDEZ TEJERO F., PAG. FUENTESECA. M. GARCIA-GARRIDO y BURILLO. J. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1975.
153. **KANT Immanuel.** Principios metafísicos de la doctrina del derecho de Immanuel Kant. Edit. Dirección General de publicaciones, Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México D.F. 1968.
154. **KANT Immanuel.** Principios metafísicos del derecho. Traducción G. Lizarraga. Edit. Librería de Victoriano Suárez. MADRID, España, 1873.
155. **KANT Immanuel.** Sobre la paz perpetua. Traducción de Joaquín Abellán. Editorial Tecnos. Sexta Edición. Madrid España, 1998.
156. **KANT, Immanuel.** La metafísica de las costumbres. Barcelona: Ediciones Altaya, 1993.
157. **KAUFMANN, Arthur.** Filosofía del Derecho. Villar Borda, Luis y Montoya, Ana (trad.). Bogotá, D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1999.

158. **KELSEN Hans.** Teoría Pura del derecho. 4ª Edición 9ª Reimpresión. 1ª Edición, Octubre de 1960. Editorial Eudeba, Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires Argentina 2009.
159. **KELSEN, Hans.** ¿Qué es la Justicia? Barcelona: Editorial Ariel, 2001.
160. **KELSEN, Hans.** Teoría General del Estado. Primera Edición 1945.
161. **KELSEN, Hans.** Teoría Pura del Derecho. Editorial Universidad Autónoma de México. Traducción de la segunda Edición de 1960 en alemán por Roberto N. Vernengo. Primera Edición en español 1979. Segunda Reimpresión. México D.F. 1982.
162. **KUPERMAN Alan J.** El Genocidio de Ruanda una reconsideración. Edit. Estudios de Política Exterior, Vol. 14, No. 74 (Mar. - Apr., 2000).
163. **LAS SIETE PARTIDAS.** Glosadas por el Licenciado Gregorio López. Madrid: Edición de Salamanca de 1555. Boletín Oficial del Estado Español, 1974.
164. **LEGAZ LACAMBRA Luis.** Revista de Estudios Políticos. No 101, Septiembre/ Octubre 1958. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia. Madrid España. 1958.
165. **LEGAZ Y LACAMBRA Luis.** Filosofía del Derecho. Editorial Bosch casa editorial S.A., Quinta Edición. Barcelona, España 1979.
166. **LEGAZ Y LACAMBRA Luis.** Humanismo, Estado y Derecho. Editorial Casa Bosch. Barcelona, España. 1960.
167. **LEMKIN Raphaël.** Axis Rule in Occupied Europe. Laws of Occupation. Analysis of Government proposals for Redress. Carnegie Endowment For International Peace. Edit. Rumford Press, Concord NH. United States of America 1944.
168. **LERNER Natan.** La sociedad internacional y los crímenes contra la humanidad. Edit. Estudios de Política Exterior, Vol. 9, No. 46 (Aug. - Sepag., 1995).
169. **LOCKE, John.** Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Tercera edición. Madrid: Editorial Alianza, 1998.
170. **LOPEZ DIAZ Claudia y FORER Andreas.** Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia. Edit GTZ-Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá D.C. 2010
171. **LÓPEZ MEDINA Diego** Eduardo. **SÁNCHEZ MEJIA Astrid Liliana.** La armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Código Penal Colombiano. Revista International Law. Edit. Pontificia Universidad Javeriana. Derecho Int. ildi Bogotá (Colombia) N° 12: Edición Especial 2008.
172. **LOPEZ MICHELSEN Alfonso.** Introducción al Estudio de la Constitución Política de Colombia. Editorial Universidad Santo Tomás 4ª Edición. Bogotá D.C. 1989.
173. **LOZANO Carlos A.** Teoría Dogmática de los Derechos humanos. Derechos económicos, sociales y culturales. Cátedra Gerardo Molina. Editorial Universidad Libre. Bogotá D.C., Colombia 2009.
174. **LOZANO Y LOZANO Carlos.** Elementos de Derecho Penal. Segunda Edición. Ediciones Lerner. Bogotá D.C. 1961.
175. **M. CHERIF BASSIOUNI.** Crimes Against Humanity. Edit. Cambridge University Press. New York, 2011.
176. **MACKINTOSH Anne.** Beyond Ethnic Conflict. Development in Practice, Volume 7, Number 4, Special Double Issue, Published by: Taylor & Francis, Ltd. on behalf of Oxfam GB and Ireland. November 1997.

177. **MAIER, Julio.** Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos. Segunda edición. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
178. **MAINHOFER, Werner, et al.** Manual de Derecho Constitucional. Segunda Edición. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.
179. **MALARINO Ezequiel.** Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales dela Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Editorial Konrad Adenauer. Montevideo Uruguay. 2010.
180. **MALDONADO SIMÁN Beatriz.** La Guerra Justa de Francisco de Vitoria. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Edit. Universidad Autónoma de México. Vol. VI. México D.F.
181. **MANZANO MANZANO Juan.** Historia de las recopilaciones de Indias. Tomo I. Ediciones de Cultura Hispánica. Instituto de Cooperación Iberoamericana. Madrid, España. 1991.
182. **MARQUEZ ESTRADA José Wilson.** Control Social y Construcción Social del Estado. El código Penal de 1837 y su influencia sobre la legislación criminal del Estado Soberano de Bolívar. 1870 – 1880. Editorial el Caribe Ltda. Cartagena de Indias, Colombia 2011.
183. **MCMAHAN Jeff. Laws of War.** The Philosophy of International Law. Edited. By Samantha Besson and John Tasioulas. Oxford University Press. New York. United States, 2010.
184. **MEJIA SALAZAR Luz María.** El debilitamiento del principio de legalidad penal en las decisiones de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana. Trabajo de Grado Maestría en Derecho Penal. Universidad EAFIT. Medellín Antioquia 2012.
185. **MERON Theodor.** Reflections on the Prosecution of War Crimes by International Tribunals. The American Journal of International Law, Vol. 100, No. 3, Jul, 2006.
186. **MESA VELASQUEZ Luis Eduardo.** Lecciones de Derecho Penal. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín, Colombia 1962.
187. **MEZGER Edmundo y GRISPINI Filippo.** La Reforma penal nacional-socialista. Traducción E. Raul Zaffaroni y Rodrigo Codino. Edit. Ediar, Buenos Aires Argentina. 2009.
188. **MIR PUIG Santiago.** Derecho Penal Parte General. 5ª Edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2003.
189. **MITTERMAIER, Carlos José Antón.** Tratado de la prueba en materia criminal. Exposición comparada. Principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc. Adicionado y puesto al día por Antonio Quintano Repolles. Novena Edición. Madrid: Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones, 1959.
190. **MONTESQUIEU BARON DE, Charles Louis de Secondant.** Del espíritu de las leyes. Barcelona: Ediciones Altaya, 1993.
191. **MONTORO BALLESTEROS, Alberto.** Análisis estructural y conocimiento jurídico. Murcia: Editorial Universidad de Murcia. 1982.
192. **MOOR MARIANNE Y LIDUINE ZUMPOLLE.** La Industria del Secuestro en Colombia, un negocio que nos concierne? Edit. Pax Christi, Utrecht, Holanda, enero de 2002.
193. **MORINEAU, Marta.** Una Introducción al *Common Law*. El derecho inglés. Primera Edición 1998, primera reimpresión 2001. México, D.F.: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México.
194. **MUÑOZ CONDE Francisco.** Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en 1944. Revista Penal, enero. N° 11, Editorial Praxis, Barcelona España, 2003.

195. **MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN**, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. 9ª edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanche. 2015.
196. **NARANJO MESA, Vladimiro**. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Undécima Edición. Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 2010.
197. **NEFF Stephen C**. War and the Law of Nations. A general History. Traducción libre. Edit. Cambridge University Press. New York, United States, 2005.
198. **NINO Carlos Santiago**. El Castigo como Respuesta a las Violaciones a los Derechos Humanos Una Perspectiva Global. Título original: "Punishment as a Response to Human Rights Violations", publicado en Radical Evil on Trial, Carlos Santiago Nino, Yale University Press, New Haven y Londres, 1996. Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización expresa de Emecé Editores S.A., Argentina.
199. **NINO CARLOS**, Santiago. Introducción al Análisis del Derecho. 2ª Edición ampliada y revisada. 15ª Impresión. Buenos Aires: Editorial Astrea.
200. **NUÑO HENAO Jorge Enrique**. Sistema Penal y Control Social en Colombia. Tesis de Grado Título en Derecho. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C.
201. **O'DONELL Daniel**. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa Jurisprudencia y doctrina de los sistemas Universal y Regional. Oficina en Colombia del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá D.C. 2004.
202. **O'DONNELL DANIEL, UPRIMNY INES MARGARITA Y VALENCIA VILLA ALEJANDRO**. Compilación de Instrumentos Internacionales. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional. Tercera Edición, Bogotá D.C., 2002.
203. Observatorio Regional CPI y DPI, de la Comisión Andina de Juristas, 2009.
204. **OLASOLO Héctor**. Corte Penal Internacional ¿Donde Investigar?. Ed. Tirant Lo Blanche-Cruz Roja Española. Valencia España 2003.
205. **OLASOLO Héctor**. Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional. Editorial Biblioteca Jurídica DIKE, Unión Europea. Min-Justicia. Instituto Iberoamericano de la Haya. Bogotá D.C. Colombia. 2010.
206. **OQUIST Paul**. Violencia Conflicto y Política en Colombia. Edit. Biblioteca del Banco Popular. Divulgación Económica y Social. Bogotá D.C. 1978
207. **PALOMO GARRIDO Aleksandro**. El derecho de Intervención Humanitaria en la Globalización y el Conflicto de los Grandes Lagos. Edit. Revista Foro Internacional, Vol. 54, No. 2 (216), Colegio de México (ABRIL-JUNIO, 2014).
208. **PARENTI F. Pablo**. Informe Nacional, Argentina. Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Editorial Temis. Konrad Adenauer Stiftung. Universidad de Gotinga – Instituto de Ciencias Penales – Bogotá D.C. 2008.
209. **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, año 13, Número 1, diciembre. Buenos Aires Argentina, 2012.
210. **PASTOR Daniel**. Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Edit. Grupo editorial Ibáñez. Bogotá D.C. 2009.
211. **PÉCAUT Daniel**. Orden y Violencia. Evolución socio-política de Colombia entre 1930 y 1953. Edit. Grupo Editorial Norma, Bogotá D.C. 2001.

212. **PECES-BARBA Gregorio Et. Al.** Curso de Teoría del Derecho. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Segunda Edición. Madrid, España, 2000.
213. **PEREZ CEPEDA Ana Isabel.** Principio de Justicia Penal Universal versus Principio de Jurisdicción Penal Internacional. Artículo compilado en el texto. El principio de Justicia Universal Fundamentos y Límites. Editorial Tirant Lo Blanche, Valencia España, 2012.
214. **PEREZ Luis Carlos.** Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Segunda Edición, refundida. Editorial Temis. Bogotá D.C. 1975.
215. **PEREZ PINZON Álvaro Orlando.** Introducción al Derecho Penal. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. 2009.
216. **PEREZ TRIVIÑO José Luis.** El holocausto nazi y Los juicios de Nuremberg. España: Editorial UOC, Barcelona España 2007.
217. **PIRENNE Jacques.** Historia Universal. Tomo VI, El Siglo XIX Progresista y Colonialista. Editorial Éxito S.A. Barcelona España, 1974.
218. **PIRENNE Jacques.** Historia Universal. Tomo VII, El Nuevo Siglo y la Gran Guerra. Editorial Éxito S.A. Barcelona España, 1974.
219. **PIRENNE, Jacques.** Historia Universal. Las grandes corrientes de la historia. Volumen I. Desde los orígenes hasta el ISLAM (Siglos XXX A.J. al VI D.J.). Traducción de la Cuarta edición francesa de Julio López Olivan, José Plá y Manuel Tamayo. Barcelona: Editorial Éxito, S.A., 1974.
220. **PIRENNE, Jacques.** Historia Universal. Las grandes corrientes de la historia Volumen II. Desde el Islam hasta el Renacimiento. Traducción de la Cuarta edición francesa de Julio López Olivan, José Plá y Manuel Tamayo. Barcelona: Editorial Éxito, S.A., 1974.
221. **POLAKIEWICZ Jörg.** El proceso histórico de la implantación de los Derechos fundamentales en Alemania. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Editorial, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Ciencias olíticas y Sociales, Centro de Estudios Políticos. México D.F. No 81 Julio-Septiembre de 1993.
222. **POLLOCK Joycelyn M.** Criminal Law. Tenth Edition. Traducción libre. Edit. Elsevier, Inc. Waltham United States. 2013.
223. **PRIETO SANJUAN Rafael A. Et. Al.** AKAYESU: El primer juicio internacional por Genocidio. Edit. Pontificia Universidad Javeriana – Dike. Bogotá D.C. 2006.
224. **PRIETO SANJUAN RAFAEL A.** La Internacionalización de la Jurisdicción Penal. De Versalles a Bagdad. Editorial Biblioteca Jurídica DIKE. Primera Edición. Bogotá D.C. Colombia 2005.
225. **PRIETO SANJUAN Rafael A.** Crímenes de Guerra, Infracciones y Violaciones Graves al Derecho Internacional Humanitario. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C. Colombia 2010.
226. **QUESADA ALCALÁ Carmen.** La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal. Editorial Tirant Lo Blanche. Valencia España 2005.
227. **QUIJANO ARTURO A.** Ensayo sobre la evolución del Derecho Penal en Colombia. Editorial Imprenta y librería de Medardo Rivas Bogotá D.C. 1898.
228. **QUINTANA Juan José.** Derecho Internacional Público Contemporáneo. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá D.C.
229. **QUINTERO, Gonzalo; JARIA, Jordi y PIGRAU, Antoni.** Derecho Penal Constitucional. Aspectos Generales. Editorial Tirant Lo Blanche. Valencia, España. 2015.

230. **QUINTO INFORME ANUAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO** – Serie documentos Nº 11 Defensoría del Pueblo. Bogotá 1997.
231. **RADBRUCH Gustav**. Relativismo y Derecho. Decisión de luchar de una parte y benevolencia y equidad de juicio de la otra. Esta es la moral del relativismo. Editorial Temis, Bogotá D.C. 1999.
232. **RADBRUCH GUSTAV**. Relativismo y Derecho. Trabajos traducidos entre 1934 y 1945. Serie Monografías. Editorial Temis. Segunda Edición. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá D.C. Colombia. 2009.
233. **RADBRUCH, Gustav**. Leyes que no son derecho y Derecho por encima de las leyes. Madrid: Editorial Aguilar S.A., 1971.
234. **RAFECAS Daniel**. Historia de la solución final. Edit. Siglo XXI editores. Buenos Aires Argentina, 2013.
235. **RAFECAS, Daniel Eduardo**. La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2013. ppag. 15 y ss.
236. **RAMELLI Arteaga Alejandro**. Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable en Colombia. Editorial GIZ. Universidad de los Andes. Embajada de la República Federal de Alemania. Primera Edición Bogotá 2011.
237. **RAMELLI ARTEAGA Alejandro**. Jurisprudencia Penal Internacional aplicable en Colombia. Editorial Agencia de Cooperación Internacional. (GIZ), Universidad de los Andes. Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá D.C. Colombia.
238. **RAMIREZ SANGUINO Waldyr**. El delito de Genocidio. Ed. Leyer. Bogotá D.C. 2003.
239. **RAMIREZ TREJO, Arturo**. Reseña del texto. Andócides. Discursos, Traducido por RAMIREZ VIDAL, Gerardo. México, D.F.: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.
240. **RECOPIACIÓN DE LEYES DE LOS REYNOS DE LAS INDIAS**. Mandadas a imprimir, y publicar por la Magestad Católica del Rey. Don Carlos II. Nvostro señor. Va dividida en quatro Tomos. Tomo Segvndo. Reproducción en Facsimil de la edición de Julian (Ivlian) de Paredes de 1681. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, España 1973.
241. **RESTREPO FONTALVO Jorge**. Editorial Universidad Santo Tomás Bogotá D.C. Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria. Bogotá D.C. 2008.
242. **Revista "El Agora"**, Derechos Humanos, Facultad de derecho y ciencias políticas, Universidad Santo Tomás, Nº 3. Bogotá D.C., julio de 1999
243. **REYES ECHANDÍA Alfonso**. Derecho Penal: Tipicidad y Culpabilidad. Volumen I. Obras Completas. Bogotá D.C. 1998
244. **REYES ECHANDIA Alfonso**. Tipicidad. Editorial Temis. Bogotá D.C. 1999.
245. **RINESSI Juan Antonio**. LEGALIDAD. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XVIII. Lega – Mand. Editorial Bibliográfica Omega, Ancalo S.A. Buenos Aires Argentina. 1975.
246. **ROBERTSON Geoffrey**. Crímenes contra la Humanidad. la lucha por una justicia global. Traducción de Antonio Resines. Editorial Siglo XXI de España, Editores. Madrid, España.
247. **RODRIGUEZ H. Gabriela**. Normas de Responsabilidad Internacional de los Estados. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Editorial Distribuciones Fontamara. Universidad Iberoamericana. México D.F. 2006.

248. **RODRIGUEZ MOURILLO Gonzalo**, Principio de legalidad y arbitrariedad judicial. Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. No 1 Madrid, España 1997.
249. **RODRIGUEZ Roger**. Relaciones de Coordinación interpretativa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema con especial incidencia en los procesos penales. Judicialización de las Violaciones de Derechos Humanos. Aportes Sustantivos y Procesales. Editorial AECID. Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Católica del Perú. PNUD Naciones Unidas. Lima Perú 2010.
250. **RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO José Luis**. "Los Principios Generales de Derecho Penal en relación con los Crímenes Internacionales" Jornadas sobre Justicia Penal Internacional, Escuela Gallega de Administración Pública. Santiago de Compostela, España 18 al 19 de mayo de 2000.
251. **ROJAS AMANDI Víctor Manuel**. Filosofía del Derecho de Immanuel Kant. Revista de la Facultad de Derecho de México, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, N°. 242, México D.F. 2004.
252. **ROMERO SOTO Luis Enrique**. Derecho Penal. Parte General. Vol. I. Editorial Temis, Bogotá D.C. 1969.
253. **ROUSSEAU Dominique**. La cuestión de la garantía de la Constitución en el siglo XIX en Francia. Historia de los Derechos Fundamentales. Tomo III. Siglo XIX Volumen I Libro II. PAG. 651. Dirección Gregorio Peces Barba Et. Al. Traducción de Emilio Moyano. Editorial Dykinson. S.L. Madrid España 2002.
254. **ROXIN, Claus**. A manera de prólogo: Reflexiones sobre la configuración del Sistema Penal. Eugenio C. (trad.). Derecho Penal Colombiano. Parte General, Principios Fundamentales y Sistema. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2010.
255. **RUÍZ Servio Tulio**. Teoría del Hecho Punible. Comentarios al nuevo Código Penal. Ediciones librería del profesional. Bogotá D.C. 1980.
256. **SAGÜES, Néstor Pedro**. Teoría de la Constitución. 1ª Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.
257. **SANCHEZ ANGEL Ricardo**, Cuatro momentos de los Derechos Humanos. Tesis de Grado Maestría en Filosofía, Universidad Nacional de Colombia. Tercer Capítulo, La Declaración Universal de Derechos Humanos. Bogotá D.C. 2000
258. **SANCHEZ LEGIDO Angel**. Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional. Tirant Monografías 301. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2004.
259. **SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos**. El poder Constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino. Buenos Aires: Editorial bibliográfica Argentina, 1957.
260. **SANDOVAL MESA Jaime Alerto**. La Incorporación de la Corte Penal Internacional. Análisis frente a la legislación Colombiana. Ediciones Nueva Jurídica. Primera Edición, Bogotá Colombia D.C. 2003.
261. **SANDOVAL MESA Jaime Alberto**. Factores Sustanciales y Procesales de la Competencia de la Corte Penal Internacional Frente al Derecho Interno. Revista Dikaion No 22. V. 2 Edit. Universidad de la Sabana. Chía Cundinamarca. Diciembre 2013.
262. **SANDOVAL MESA Jaime Alberto**. Principio de legalidad y lesa humanidad en el Estatuto de Roma de 1998. Edit. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá D.C. 2012.
263. **SANTALLA Vargas E**. Informe Nacional, Bolivia. Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Edit. TEMIS. Konrad Adenauer Stiftung. Bogotá D.C. 2008.
264. **SCHABAS William**. The UN International Criminal Tribunals. The Forges Yugoslavia Rwanda and Sierra Leona. Edit. Cambridge University Press. New York. United States of América. Pags. 185 y 186

265. **SCHMITT Carl.** Legalidad y Legitimidad. Traducción José Díaz García. Editorial Aguilar. Madrid, España, 1971.
266. **SHAPIRO I. Hernán.** Problemas del Derecho Penal. La Supremacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Argentina. Un análisis del fallo de la Corte Suprema en el caso Arancibia Clavel. Edit. Agencia Española de Cooperación Internacional. Organización Abuelas Plaza de Mayo. Buenos Aires Argentina, 2006
267. **SIERRA PORTO, Humberto.** Concepto y tipos de ley en la Constitución Política Colombiana. Primera edición. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1998.
268. **SILVA SÁNCHEZ, Jesús María.** ¿Crisis del sistema dogmático del delito? En Cuadernos de Conferencias y Artículos No 40. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2013.
269. **SILVA SÁNCHEZ, Jesús María.** La Expansión del Derecho Penal. Civitas Ediciones S.L., 1999.
270. **SUNGA LYAL S. (1999)** La Jurisdicción "ratione materiae" de la Corte Penal Internacional. Artículo compilado por AMBOS KAI y GUERRERO OSCAR JULIAN, (1999). El Estatuto Penal de Roma. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 1999.
271. **TAMAYO ARBOLEDA Fernando León.** El principio de tipicidad como límite al poder punitivo del Estado. Revista Nuevo Foro Penal. Vol 9 No 80. Enero- Junio de 2013. Edit. Universidad EAFIT, Medellín, Colombia 2013.
272. **TEITEL Ruti G. Genealogía de la Justicia Transicional.** Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago 2003. Título original: "Transitional Justice Genealogy". Publicado en Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, Spring, Cambridge Ma. 2003.
273. **TRAVIESO Juan Antonio.** Derechos Humanos y Jurisprudencia. Doctrina y Legislación Argentina e Internacional. Editorial Universitaria de Buenos Aires EUDEBA. Buenos Aires Argentina, 1998.
274. **TRUYOL Y SERRA, Antonio.** Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. De los orígenes a la baja edad media. Cuarta edición. Madrid: Editorial, Manuales de la Revista de Occidente, 1970.
275. **UPRIMNY YEPES Rodrigo.** Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y procedimiento penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal. Editorial Instituto de Estudios del Ministerio Público. Segunda Edición, Bogotá D.C. 2006.
276. **URBANO MARTINEZ José Joaquín.** Concepto y función del derecho penal. Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Editorial Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Bogotá D.C. 2011
277. **URIBE MARIA TERESA,** Las Promesas Incumplidas de la Democracia participativa, Seminario de Evaluación, Diez Años de la Constitución Colombiana. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto ILSA. Bogotá junio de 2001.
278. **URIBE VARGAS Diego.** Las Constituciones de Colombia. Ob. Cit. 1985.
279. **VALENCIA VILLA Alejandro,** Derecho Internacional Humanitario para Colombia, Bogotá Defensoría del Pueblo, 1994.
280. **VALENCIA VILLA Alejandro.** "COMPILACION DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, Derecho Internacional de los Derechos humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional". Oficina en Colombia del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Tercera edición, Bogotá Septiembre de 2002.
281. **VANEGAS MOYANO Mauricio.** Crímenes de Derecho Internacional. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Temis – Universidad del Rosario. Bogotá D.C. 2011.

282. **VASQUEZ CARRIZOSA Alfredo.** El poder Presidencial en Colombia. Tercera Edición. Ediciones Suramérica LTDA. Librería Norte. Barranquilla Atlántico, Colombia 1986.
283. **VASQUEZ-COBO CARRIZOSA CAMILO.** Memorias. El Frente Nacional su origen y Desarrollo. Pro Patria. Editorial Carvajal. Cali Colombia. Recopilación de documentos entre 1956-1960.
284. **VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ F.** Manual de Derecho Penal Parte General. Bogotá D.C. Colombia, Ed. Temis, 2002.
285. **VELASQUEZ VELASQUEZ Fernando.** Constitución y Principio de Legalidad. Artículo compilado en el texto: Derecho penal y Constitución (Memorias). Editorial Fondo de Publicaciones, Universidad Sergio Arboleda. Bogotá D.C. 2014.
286. **VELASQUEZ VELASQUEZ Fernando.** La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad. Cuadernos de Derecho Penal, Edit. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá D.C. 2012.
287. **VELASQUEZ VELASQUEZ Fernando.** Manual de Derecho Penal Parte General, Sexta Edición Actualizada. Ediciones Jurídicas Morales. Bogotá D.C. 2014.
288. **VIDAL PERDOMO, Jaime.** Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas. Séptima Edición. Bogotá, D.C.: Legis Editores S.A., 1998.
289. **VILLAN DURAN Carlos.** Curso Internacional de los Derechos Humanos. Editorial Trotta Primera Edición 2002. Primera Reimpresión. Madrid, España 2006.
290. **VILLAN DURAN Carlos.** Historia y Descripción General de los Derechos Sociales Económicos y Culturales. Derechos económicos, sociales y culturales. Cátedra Gerardo Molina. Editorial Universidad Libre. Bogotá D.C., Colombia 2009.
291. **VINYAMATA I CAMP Eduard y BENAVIDES VANEGAS Farid Samir.** Procesos e Iniciativas de Paz en Colombia y en Ecuador. Editorial UOC. Primera Edición, Barcelona, España 2011.
292. **VIVES ANTON Tomás.** Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal. Estudios de Filosofía del Derecho Penal. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006.
293. **VIVES ANTON, Tomás.** Fundamentos del sistema penal. 2ª Edición. Acción significativa y derechos constitucionales. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanche, 2011.
294. **VON LISZT, Franz.** Tratado de Derecho Penal. Jiménez de Asúa, Luis (trad.). Tomo Segundo. Madrid: Hijos de Reus Editores. 1916.
295. **VON LISZT, Franz.** Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Traducido de la 18ª Edición alemana y adicionado con la Historia del Derecho Penal en España, por Quintiliano Saldaña. Tomo Primero. Madrid: Editorial Hijos De Reus, 1914.
296. **WEBER, Alfred.** Historia de la cultura. Recasens Siches, Luis (trad.). Primera edición en Alemán 1935. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1969.
297. **WELZEL Hans.** Derecho Penal Parte General. Traducción de Carlos Fontán. Roque de Palma Editor, Buenos Aires, Argentina 1956.
298. **WELZEL Hans.** Introducción a la Filosofía del Derecho. Traducción del alemán por Felipe González Vicein. Editorial Biblioteca Jurídica Aguilar. Segunda Edición. Madrid España, 1971.
299. **WELZEL, Hans.** Derecho Penal Alemán. Parte General 11ª Edición. Bustos Ramírez, Juan y Yáñez Pérez, Sergio (trad.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

300. **WERLE Gerhard.** Pasado, presente y futuro del tratamiento jurídico-penal de los crímenes internacionales. Editorial Hammurabi. Buenos Aires Argentina. 2011
301. **WERLE Gerhard.** Tratado de Derecho Penal Internacional. Editorial Tirant Lo blanch. 2ª Edición. Valencia España, 2011.
302. **WERLE Gerhard.** Tratado de Derecho Penal Internacional. Traducción Maria del Mar Díaz Pita y otros. Ed. Tirant Lo blanch. Valencia España. 2005.
303. **YOUNES MORENO Diego.** Derecho Constitucional Colombiano. Editorial Legis. Décimo tercera edición. Bogotá D.C.
304. **ZAFFARONI Eugenio, et. al.** Presidente. Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto PAG.E.N. 678/12). Art. 1º Principios. Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina. Buenos Aires, 10 de diciembre de 2013.
305. **ZAFFARONI Eugenio. et. al.** Tratado de derecho Penal, Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Edit. Ediar, 1997.
306. **ZAGREBELSKY Gustavo.** El Derecho Dúctil. 9ª edición. Madrid: Editorial Trotta. Madrid, España, 2009.
307. **ZAVALA Silvio A.** Instituciones Jurídicas en la Conquista de América. Editorial Porrúa S.A. México DF. 1971.

Jurisprudencia y textos legales

308. **ACTO LEGISLATIVO 02 de 2001.** (Diario Oficial N° 44663 del 31 de diciembre de 2001. PAG. 2.).
309. **ARGENTINA, Corte Suprema de la Nación,** causa No 88652. Caso, SCHWAMMBERGER Josef Franz Leo. Buenos Aires 20 de marzo de 1990.
310. **ARGENTINA, Corte Suprema de la Nación.** Causa No 16063. Caso Erich Priebe. Buenos Aires 2 de noviembre de 1995.
311. **ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** Fallo de 24 de agosto de 2004. Causa No 259. Arancibia Clavel, Enrique Lautaro. Homicidio Calificado y Asociación Ilícita.
312. **ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE LA NACION.** Sentencia de 14 de junio de 2005, mediante las cuales se declara inconstitucionales las leyes de obediencia debida y punto final. S. 1767. XXXVIII. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. —causa N° 17.768—.
313. **ARTÍCULO 121. CONSTITUCION POLITICA DE 1886.**
314. **AUDIENCIA NACIONAL** - Sala de lo Penal – Pleno Rollo de Apelación 84/98 – Sección Tercera - Sumario 19/97 - Juzgado Central de Instrucción Número Cinco, Madrid, España., M.PAG. D. Francisco Castro Meije Et. Al. Decisión de 4 de Noviembre de 1998.
315. **COLOMBIA Corte Constitucional,** Sentencia C- 578 de 30 de julio de 2002. M.PAG. Manuel José Cepeda.
316. **COLOMBIA Corte Constitucional,** Sentencia C-580 de 31 de julio de 2002. M.PAG. Rodrigo Escobar Gil.
317. **COLOMBIA Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.** Radicación n° 38957. Sentencia de 16 de diciembre de 2015. M.PAG. Luis Guillermo Salazar Otero.

- 318. COLOMBIA Corte Suprema de Justicia**, Sala Plena. Sentencia de agosto 10 de 1948. M.PAG. Dr. Domingo Sarasty M. GACETA JUDICIAL. Tomo LXV. Edit. Corte Suprema de Justicia. Noviembre Números 2066 – 2067. Bogotá D.C. 1948.
- 319. COLOMBIA Corte Suprema de Justicia**, Sala Plena. Sentencia de Julio 9 de 1948. M.PAG. Dr. Ramón Miranda. GACETA JUDICIAL. Tomo LXV. Edit. Corte Suprema de Justicia. Noviembre Números 2066 – 2067. Bogotá D.C. 1948.
- 320. COLOMBIA, Corte Constitucional-** Sentencias C-028 de 2006 y C-355 de 2006.
- 321. COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C- 028 de 2006 de 26 de enero de 2006, M.PAG. Humberto Sierra Porto.
- 322. COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-148 de 22 de febrero de 2005. MPAG. Alvaro Tafur Galvis.
- 323. COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-581 de 6 de junio de 2001.
- 324. COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-70 de 1996. M.PAG. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- 325. COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-720 de 2007.
- 326. COLOMBIA, Corte Constitucional**, Sentencia T-406, Junio 5 de 1992, M.PAG. Ciro Angarita Barón.
- 327. COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL**. Sentencia C-488 de 22 de julio de 2009. M.PAG. Jorge Iván Palacio.
- 328. COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL**. Sentencia C-488 de 22 de julio de 2009. M.PAG. Jorge Iván Palacio.
- 329. COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL**. Sentencia C-575 de 26 de agosto de 2009. M.PAG. Humberto Sierra Porto.
- 330. COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL**. Sentencia C-575 de 26 de agosto de 2009. M.PAG. Humberto Sierra Porto.
- 331. COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL**. Sentencia C-799 DE 2003.-
- 332. COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL**. Sentencias: C-599 de 1999; C-996 de 2000; C-939 de 2002 y C-205 de 2003.
- 333. COLOMBIA, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004.
- 334. COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**. Auto de 27 de enero de 2015. Audiencia Preparatoria Unica Instancia. Rad. 44312.
- 335. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia**. Sala de Casación Penal. Proceso No 33039. Auto de 16 de diciembre de 2010. M.PAG. José Leonidas Bustos Martínez.
- 336. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia**. Sala de Casación Penal. Rad. No 45795 de 15 de julio de 2015 M.PAG. Eyder Patiño Cabrera.
- 337. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia**. Sala de Casación Penal. Rad. No 45795 de 15 de julio de 2015 M.PAG. Eyder Patiño Cabrera.

- 338. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia.** Sala de Casación Penal. Rad. No 45795 de 15 de julio de 2015 M.PAG. Eyder Patiño Cabrera
- 339. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia.** Sala de Casación Penal. Sentencia de 31 de agosto de 1948. M.PAG. Dr. Domingo Sarasty M. GACETA JUDICIAL. Tomo LXIV. Edit. Corte Suprema de Justicia. Septiembre – Octubre. Números 2064 – 2065. Bogotá D.C. 1948.
- 340 COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia.** Sala de Casación Penal. Sentencia de 21 de mayo de 1948. M.PAG. Dr. Francisco Bruno M. GACETA JUDICIAL. Tomo LXIV. Edit. Corte Suprema de Justicia. Junio – Julio – Agosto. Números 2062 – 2063. Bogotá D.C. 1948.
- 341 COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia.** Sala de Casación Penal. Sentencia de 16 de diciembre de 2010. Rad. N° 33039. M.PAG. José Leonidas Bustos.
- 342 COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia.** Sala de Casación Penal. Sentencia de 15 de mayo de 2013. Rad. 33118. Unica Instancia. Presidente de Sala José Leonidas Bustos.
- 343. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia.** Sala de Casación Penal. Sentencia de 5 de junio de 2014. Rad. 35113. M.PAG. Eugenio Fernández Carlier.
- 344. COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** Sentencia de 30 de septiembre de 1978. Sala Plena. Aprobada mediante acta No 39. M.PAG. Luis Carlos Sáchica.
- 345. COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**Auto de 27 de enero de 2015. Audiencia Preparatoria Unica Instancia. Rad. 44312.
- 346. COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** Sala de Casación Penal. Sentencia de Segunda Instancia. Sentencia del 6 de junio de 2012. Postulado: Jorge Iván Laverde. Proceso 35637. M.PAG. Luis Guillermo Salazar Otero.
- 347. COLOMBIA,** Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal. Sentencia de 30 de enero de 2012. Procesado: Luis Alfonso Plazas Vega. Delito: Desaparición Forzada. Motivo de alzada: Apelación sentencia condenatoria
- 348. COLOMBIA. Corte constitucional,** Sentencia C – 579 de 28 de agosto de 2013. M.PAG. Jorge Ignacio Pertelt Chaljub.
- 349. COLOMBIA, Corte Constitucional.** Sentencia C-291 de 25 de abril de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- 350. COLOMBIA. Corte Constitucional.** Sentencia C-205 de 2003. M.PAG. Clara Inés Vargas.
- 351. COLOMBIA.** Corte Constitucional. Sentencia C-211 de 1º de marzo de 2000.
- 352 COLOMBIA. Corte Constitucional.** Sentencia C-358 de 5 de agosto de 1997. M.PAG. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- 353. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-370** de 18 de mayo de 2006, Magistrados Ponentes Drs. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.
- 354. COLOMBIA. Corte Constitucional.** Sentencia C-580 de 31 de julio de 2002. M.PAG. Rodrigo Escobar Gil.
- 355. COLOMBIA** CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995. M.PAG. Alejandro Martínez Caballero
- 356. COLOMBIA,** CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-574 DE 28 de 28 de octubre de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

- 357. COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia C-578 de 2002. M.PAG. Manuel José Cepeda.
- 358. CORTE IDH, OPINION CONSULTIVA** OC-5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", del 13 de noviembre de 1985, Serie A, nº 5, párrafo 46.
- 359. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,** Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001.
- 360. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,** Caso de la "Masacre de Mapiripán" VS. Colombia. Sentencia de 15 Septiembre de 2005. Puntos Resolutivos, PAG. 180 y 181. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_espag.pdf. Consultada el 30.11 de 2013.
- 361. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,** Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_espag.pdf. Consultada el 23.05.2015.
- 362. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,** Caso Tiu Tojín VS. Guatemala, Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/.../seriec_190_espag.doc. Consultada el 23.05.2015.
- 363. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,** García Asto y Ramírez Rojas contra el Perú, de 25 de noviembre de 2005. PAG. 31. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_espag.pdf. Consultada el 7.12.2013
- 364. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** caso "Almonacid Arellano y otros contra Chile". Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_espag.pdf. Consultada el 7.12.13
- 365. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004.
- 366. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001.
- 367. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia). Sentencia de 14 de noviembre de 2014.
- 368. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras Sentencia de 29 de julio de 1988. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_espag.pdf. Consultada el 1.02.2014.
- 369. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** Sentencia de Sentencia de 14 de marzo de 2001. Caso Barrios Altos Vs. Perú.
- 370. Decreto 1038 de 1984.** (mayo 1) Diario Oficial No. 36.608 de 14 de mayo de 1984. Disponible en ftp://ftpag.camara.gov.co/camara/basedoc/decreto/1984/decreto_1038_1984.html#1. Consultado el 15.11.2015
- 371.** Decreto 1631 DE 1987. Diario Oficial No. 38.021 de 27 de agosto de 1987. Disponible en: ftp://ftpag.camara.gov.co/camara/basedoc/decreto/1987/decreto_1631_1987.html. Consultada el 15.11.2015.
- 372.** Decreto 1923 del 6 de septiembre de 1978. Diario oficial No 35101 de 21 de septiembre de 1978.

- 373.** Decreto 3664 sobre tráfico de armas, explosivos y municiones, del 17 de diciembre de 1986. Este decreto fue convertido en legislación permanente mediante decreto 2266 de 1991.
- 374.** Depósito de instrumentos de la CADH se produjo el 31 de julio de 1973, Reconocimiento de competencia, tanto de la comisión, como de la Corte, el 21 de junio de 1985. Información disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm. Consultada el 29.07.2015.
- 375. Directiva 0001 de 04 de octubre de 2012.** Disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/priorizacion/priorizacion-nuevo-sistema-de-investigacion-penal/>. Consultada el 7.05.2014.
- 376. DOCUMENTO DEL TRATADO DE VERSALLES** de 1919. Disponible en: <http://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/>. Consultado el 9.10.2015
- 377.** El PIDCYP fue suscrito por Colombia el 21 de diciembre de 1966 y el depósito de instrumentos se produjo el 29 de octubre de 1969. Disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en. Consultada el 29.07.2015
- 378. ESTATUTO DEL TRIBUNAL DE LA EX YUGOSLAVIA.** disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>. Consultada el 20.02.2016.
- 379. ESTATUTO DEL TRIBUNAL DE RUANDA.** Disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-rwanda-5tdmhw.htm>. Consultado el 15.10.2015
- 380.** Ley 1592 de 2012, Ley de reforma de Justicia y Paz. Disponible en: <http://wspaq.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201592%20DEL%2003%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202012.pdf>. Consultada el 15.11.2015. También disponible en <http://legal.legis.com.co/frmMainContainer.aspx> . Consultada el 7.05.2014.
- 381.** Ley 1719 de 2014. Diario Oficial No. 49.186 de 18 de junio de 2014.
- 382.** Ley 30 de 1986, publicada en el Diario Oficial No 37335, del 5 febrero de 1986. Régimen Penal Legis. Régímenes especiales. LegisEditores.S.A. Bogotá Colombia. Envío No 33 Bogotá D.C., Junio de 1993.
- 383. NUREMBERG TRIAL PROCEEDINGS VOL. 1** – “Acusación: Cargo Cuarto. (Carta, Artículo 6 , en especial 6-c). X. Declaración del delito. Responsabilidad Individual y colectiva...”, suscrita por: / S / Robert H. Jackson. Actuando en nombre de los Estados Unidos de América. / S / François de Menthon. Actuando en nombre de la República Francesa. ts / Hartley Shawcross. Actuando en nombre del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. / S / R. Rudenko. Actuando en nombre de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.” Traducción Libre. Disponible en http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/20th.aspag. Consultada el 1.04.2012
- 384. NUREMBERG TRIAL PROCEEDINGS VOL. 1.** Acusación: Tercer Cargo – “Los Crímenes de Guerra (Carta, el artículo 6 , en especial 6-b)-VIII. Exposición del Delito. Traducción libre. Disponible en: http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/20th.aspag. Consultada el 1.04.2012.
- 385. NUREMBERG TRIAL PROCEEDINGS VOL. 1. Apéndice A:** “Declaración de responsabilidad individual por crímenes establecidos en los Cargos Primero, Segundo, Tercero y Cuarto: Goering: Traducción libre. Disponible en http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/20th.asp. Consultada el 2.04.2012.

- 386. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS.** Suscrito por Colombia en diciembre 21 de 1966, aprobado mediante Ley 74 de 1968, depósito de instrumento de ratificación en octubre 29 de 1969 y entrada en vigor para Colombia en marzo 23 de 1976.
- 387.** Pronunciamiento de la CIDH sobre la aplicación y el alcance de la ley de Justicia y Paz en la República de Colombia.OEA/Ser/L/V/II.125 Doc. 15 1 agosto 2006 Original: Español: Disponible en: www.cidh.org/pdf%20files/Pronunciamiento%20Ley%20de%20Justicia%20y%20Paz.pdf
- 388. PROSECUTOR V. DUSKO TADIC, Case No.: IT-94-1-D,** Decision of the Trial Chamber on the Application by the Prosecutor for a Formal Request for Deferral, 8 Nov. 1994. Case No: IT-94-1-Tbis-R117 11 November 1999. Disponible en: <http://www.icty.org/case/tadic/4>. Consultada el 15.10.2015.
- 389 PROSECUTOR Vs. TIHOMAR BLASIC. Case No.: IT-95-14-A,** In the Appeals Chamber. 29 july 2004. Disponible en <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/bla-aj040729e.pdf>. Consultada el 20.02.2016
- 390. RC/RES.6, ANEXO I,** de 11 de junio de 2010, Asamblea de Estados Parte CPI. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>. Consultada el 3.03.2016.
- 391. TEXTO DE LA CARTA MAGNA.** Reproducido en inglés antiguo. Las posteriores traducciones actualizaron el texto al inglés moderno. Documento disponible en <<http://www.legislation.gov.uk/aep/Edw3/28/3>>. [Consultado el 26 de marzo de 2012].
- 392. TEXTO DE LOS CÁNONES DEL CONCILIO DE LETRÁN.** Original en Inglés. Traducción libre. Disponible en <<http://www.ewtn.com/library/councils/latran4.htm>>. [Consultado el 10 de agosto de 2014].
- 393. TEXTO ORIGINAL DEL ACUERDO DE LONDRES DE 1945.** Disponible en: [http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Acuerdo Londres 8 Agosto 1945.pdf](http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Acuerdo%20Londres%208%20Agosto%201945.pdf). Consultada el 14.01.2013.
- 394.** Texto original del Decreto Legislativo 635 de Perú: Disponible en: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/25659.pdf>. Consultada el 23.01.2014.
- 395. TRATADO DE PAZ DE VERSALLES DE 1919.** Disponible en <http://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/>. Consultada el 9.10.2015
- 396. SITUATION IN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v THOMAS LUBANGA DYILO.** International Criminal Court. Trial Chamber I. No.: ICC-01/04-01/06 Date: 10 July 2012. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute.
- 397. SITUATION IN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. GERMAIN KATANGA.** Trial Chamber II - No.: ICC-01/04-01/07. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. 23 May 2014.

Textos, Artículos y Documentos de Internet

- 398. ACEVEDO CARMONA Rubén Darío.** La Muerte Simbólica de Gaitán. Informe Final de Investigación. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas y Económicas. Departamento de Historia. Medellín Colombia. 1998. PAG. 3. Disponible en <http://www.bdigital.unal.edu.co/1705/1/darioacevedocarmona.19981.pdf>. Consultada el 4.07.2015.
- 399.** Acto legislativo 01 de 2012 (parcial), por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la constitución política y se dictan otras disposiciones. Disponible en: <http://wspag.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201592%20DEL%2003%20D>

[E%20DICIEMBRE%20DE%202012.pdf](#). Consultada el 15.11.2015. También Disponible en <http://legal.legis.com.co/frmMainContainer.aspx>

- 400. ADOLFO CHAPARRO AMAYA Et. Al.** Las explicaciones sobre el Conflicto Armado en Colombia. Grupo de Investigación Estudios sobre Identidad. Línea Estado Nación y Procesos de Subjetivización. Editorial Universidad del Rosario. Fascículo 9º. Disponible en www.urosario.edu.co/investigacion. Consultado el 7.06.2015.
- 401. ALVARADO REYES Yesid.** Delitos de Lesa Humanidad y Prescripciones. EL ESPECTADOR. 14 Mar 2013. Disponible en <http://www.elespectador.com/opinion/delitos-de-lesa-humanidad-y-prescripciones-columna-410399>. Consultado el 26.02.2014
- 402. BERNATE OCHOA Francisco.** El Código Penal Colombiano de 1890. Revista *Estudios Socio-Jurídicos*. Editorial Universidad del Rosario. Vol.6 No.2 Bogotá Julio/Diciembre. 2004. Disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792004000200017&script=sci_arttext. Consultado el 1.07.2015.
- 403. BLACKSTONE, William.** Commentaries on the laws of England. Book 1st y Book Fourth. Printed of Clarendon Press. Oxford, Inglaterra, 1765. Disponible en http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp#book4. [Consultado el 25 de septiembre de 2014].
- 404. BOLIVAR SIMÓN, LIBERTADOR, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA.** Decreto Orgánico de la Dictadura de Bolívar 1* DE 1828. (27 de agosto de 1828) Que debe servir de Ley constitucional [sic] del Estado hasta el año de mil ochocientos treinta. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13691>. Consultado el 28.06.2015.
- 405. CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE PERÚ,** Decreto Legislativo N° 635. Promulgado 03.04.91. Publicado el 08.04.91. Disponible en: <http://www.cepal.org/oig/doc/per1991decreto635codigopenal.pdf>. Consultado el 23.01.2014.
- 406. COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia,** mediante sentencia N° 63 del 25 de junio de 1987, dejó sin validez jurídica el Tratado de la referencia. Información disponible en: <http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Otros/Ley 27 de 1980.pdf> consultada el 26.08.2010.
- 407. COLOMBIA. EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTES EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 40 DEL PACTO.** Sexto informe periódico de los Estados partes. Documento CCPR/C/COL/6 de 2 de junio de 2009. Organización de las Naciones Unidas. PAG. 4. Disponible en <http://ccprcentre.org/doc/HRC/Colombia/CCPR.C.COL.6.pdf>. Consultado el 29.07.2015.
- 408. COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia. Bogotá 30 de junio de 1981. OEA/Ser.L/V/II.53 doc. 22. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Colombia81sp/Indice.htm> Consultado el 15.08.2015.
- 409. CORTE REITERA QUE ASESINATO DE GALÁN FUE CRIMEN DE LESA HUMANIDAD.** El tiempo 15 de febrero de 2015. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/luiscarlosgalancortesupremareiteraqueeasinatofuecrimendelesahumanidad/15256835>. Consultado el 2.04.2015.
- 410. CUANDO EMPEZÓ ESTA GUERRA.** Editorial. Revista Semana. Edición del 14. De febrero de 2015. Disponible en <http://www.semana.com/nacion/articulo/cuando-empezo-esta-guerra/417890-3>. Consultado el 7.07.2015.
- 411. DE RIEDMATTEN Matilde,** La Jurisdicción Universal; Una Breve Introducción Disponible en <https://wayback.archive-it.org/1068/20080820063443/http://www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES/PID/Lju.htm#>. Consultado el 13.06.08.

- 412. DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 1789** (Aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789). Disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>>. [Consultado el 14 de agosto de 2014].
- 413. DEDES, Christos.** Sobre el origen del principio «NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE». Trad. de Alastuey Dobón, Carmen. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.^a Época, no. 9, 2002. ppag. 141-142. Disponible en <http://espacio.uned.es/fez/list.php?collection_pid=bibliuned:revistaDerechoPenalCriminologia-2002-9>. [Consultado el 07 de diciembre de 2012].
- 414. DICCIONARIO DE LA ACADEMIA REAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA.** Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=I5IQtvP> Consultada el 16.03.2016
- 415. DICCIONARIO ETIMOLOGICO.** Etimologías de Chile. Disponible en <http://etimologias.dechile.net/>. Consultada el 16.03.2016
- 416. ESCOBAR VILLEGAS Juan Camilo y MAYA SALAZAR Adolfo León.** Los procesos de codificación penal en Nueva Granada: una ruta para la mundialización de las ideas ilustradas. Lectores y lecturas de la obra de Gaetano Filangieri en la Colombia del siglo XIX. Disponible en <https://nuevomundo.revues.org/3960>. Consultada el 30.06.2015
- 417.** Fiscalía declara casos de integrantes de la UP como crímenes de lesa humanidad", del 20 de octubre de 2014. Disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/destacada/fiscalia-declara-casos-de-integrantes-de-la-up-como-crimeres-de-lesa-humanidad/>. Consultada el 2.04.2015.
- 418. GREPPI Edoardo.** The evolution of individual criminal responsibility under international law. 30-09-1999 Article, International Review of the Red Cross, No. 835. Traducción ICRC. 1999. Disponible en: <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq2x.htm>. Consultada el 23.04.2015.
- 419. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. E/CN.4/2002/17.** Disponible en: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/acdh/E-CN-4-2002-17.html>. Consultada el 15.11.2015.
- 420. INFORME SOBRE EL PROCESO DE DESMOVILIZACIÓN EN COLOMBIA, CIDH 2004.** disponible en: www.cidh.org/countryrep/colombia04sp/informe.htm (Consultada el 26.04.10).
- 421.** La Fiscalía General de la Nación, que adelanta casos de la UP, al declarar estos casos como crímenes de lesa humanidad, conseguirá que no prescriban y que continúen en investigación. Disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/destacada/fiscalia-declara-casos-de-integrantes-de-la-up-como-crimeres-de-lesa-humanidad/>. Consultada el 2.04.2015.
- 422. LÓPEZ EIRE, Antonio.** Estilo y Vida en el orador Andócides. Disponible en <<http://ddd.uab.cat/pub/faventia/02107570v3n1/02107570v3n1p59.pdf>> [Consultado el 30 de mayo de 2014].
- 423. MANUAL DE OXFORD de 1880,** elaborado por un comité de revisión, sobre el cual se adelanta el trabajo de las conferencias de 1899 y 1907. Primera edición del *Derechos de los conflictos armados* de 1996, se menciona su publicación por el Instituto de Derecho Internacional en 1880. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1158/2.pdf>. Consultada el 15.05.2015.
- 424. MEHRING, Franz** (1908). Estudio Preliminar, Introducción Histórica al Texto de Ferdinand Lasalle. ¿Qué es una Constitución? Editorial Elaleph.com, pag. 15. Disponible en <www.elaleph.com/http://norcolombia.ucoz.com/libros/Lassalle_Ferdinand-Que_Es_Una_Constitucion.pdf>. [Consultado el 14 de agosto de 2014].
- 425. NACIONES UNIDAS.** La Comisión de Derecho Internacional y su Obra. Séptima Edición Volumen I. Edit. Publicación de las Naciones Unidas. New York 1999 Pag. 103. También consultar en: **Página**

- del ICRC** disponible en el siguiente enlace:
<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm>.
 Consultada el 2.02.2016.
- 426. OLANO GARCIA Hernán Alejandro.** Disponible en
<http://www.portafolio.co/opinion/blogs/juridica/la-ley-de-los-caballos>. Consultada el 4.07.2015.
- 427. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS.** Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia. Secretaría General. Washington D.C. 1999. PAG. 295 - Disponible también en <http://www.cidh.org/annualrep/99span/indice.htm>-Consultada el 22.06.2011
- 428. ORÍGENES DE JUSTICIA Y PAZ** se encuentran en: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/direccion-de-fiscalia-nacional-especializada-de-justicia-transicional/origen-de-la-unidad/> Consultada el 14.02.2015.
- 429. QUEVEDO HERNANDEZ Norbey** Diario El Espectador. Investigación El dossier de las últimas violaciones a los derechos humanos. 28 de Febrero de 2015. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/investigacion/eldossierdeultimasviolacioneslosderechoshumanos/articulo546757>. Consultada el 28.02.2015.
- 430. REVISTA VOZ,** 1998. Disponible en, <http://www.nodo50.org/voz/111198/111198-8.htm>. Consultada el 2.08.2011.
- 431. REY CANTOR, Ernesto,** Ob. Cit. pag. 537. Disponible en
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/24.pdf>>. [Consultado el 26 de marzo de 2013].
- 432. RUPERT TICEHURST.** La Clausula Martens y el Derecho de los Conflictos Armados. Artículo, Revista Internacional de la Cruz Roja -31-03-1997. Disponible en
<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlcy.htm>. Consultada el 16.05.2015.
- 433. SANDOVAL MESA Jaime Alberto.** El Desarrollo de la Desaparición Forzada y sus Elementos Especiales de Configuración en Colombia. Revista ViaInveniendi Et Iudicandi. Edición No. 13 Vol. 7 No. 1. Enero - Junio de 2012. Disponible en
http://numanterioresviei.usta.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=186:el-desarrollo-de-la-desaparicion-forzada-y-sus-elementos-especiales-de-configuracion-en-colombia&catid=36:avances-de-investigacion&Itemid=56. Consultada el 19.03.2015.
- 434.** Texto completo del manual de Oxford de 1880 disponible en:
<https://www.icrc.org/ihl/INTRO/140?OpenDocument>. Consultada el 15.05.2015.
- 435. TODESCHINI Vito.** Ripensare il Terrorismo nel Diritto Internazionale, JURA GENTIUM - Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, Journal of Philosophy of International Law and Global Politics. Vol. X, n. 1, Anno 2013. PAG. 9. Disponible en
<http://www.juragentium.org/Centro Jura Gentium/la Rivista files/JG 2013 1.pdf>. Consultada el 14. 01. 2014.
- 436.** <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/56.pdf>. Consultada el 29.05.2015.
- 437.** <http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3ns/revistas/revistas-electronicas?IDR=3&IDN=497&IDA=8127>. Consultada el 25.03.2014
- 438.** <http://www.jstor.org/stable/4091370>. Consultada el 3.06.2015.
- 439.** www.fiscalia.gov.co; www.ictj.org.
- 440** BASES DE DATOS: JSTOR; V/LEX; EBRARY; ELIBRO; SCIENCE DIRECT; LEX-BASE; EBSCO