

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGALIDAD PENAL DE CRÍMENES INTERNACIONALES

*(Un nuevo contexto del principio de legalidad penal al
principio de interés de justicia en el caso colombiano.*

Experiencias comparadas)



JAIME ALBERTO SANDOVAL MESA

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
Y LEGALIDAD PENAL DE CRÍMENES
INTERNACIONALES

*(Un nuevo contexto del principio de legalidad
penal al principio de Interés de Justicia en el caso
Colombiano. Experiencias comparadas)*

I.S.B.N: 978-958-52056-7-3

I.S.B.N. Digital: 978-958-52056-8-0

© Jaime Alberto Sandoval Mesa 2019

jaisandoval@yahoo.com

© Librería Jurídica Diké S.A.S 2019

www.libreriajuridicadike.com

Diké: Justicia en griego

Librería Jurídica Diké S.A.S.

Sector Unicentro calle 35 No 66 A 44

Telefax: P.B.X. 351 61 61 - Cel.: 318 291 2943

e-mail: dikesascomercial@gmail.com

Edificio José Félix de Restrepo 1^{er} piso - Alpujarra

Carrera 52 # 42-73 - Teléfono: 262 61 08 - Cel.:301 242 7320

e-mail: dikealpujarra@gmail.com

Medellín - Colombia

www.libreriajuridicadike.com

Bogotá D.C. Librería

Calle 23 sur # 27- 41 Barrio Santander Teléfono: 704 6822

Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

San José de Costa Rica

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23

e-mail: jadguzman@yahoo.com

editorialdike@hotmail.com

Caracas-Venezuela

AVs. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19, Caracas 1010

/ info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 / 563-55-90/06-04

RIF: J-30797099-5

Panamá

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón, Ciudad de Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

Diseño y diagramación

Lucio F. Chunga Cheng

e-mail: cmya.disenoydiagramacion@gmail.com

Fotografía de portada

Disponible en <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/international-law-and-justice/index.html>, consultada el 26 de octubre de 2018.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

JAIME ALBERTO SANDOVAL MESA

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
Y LEGALIDAD PENAL DE CRÍMENES
INTERNACIONALES

*(Un nuevo contexto del principio de legalidad
penal al principio de Interés de Justicia en el caso
Colombiano. Experiencias comparadas)*



JAIME ALBERTO SANDOVAL MESA

Profesor en Derecho Penal y Derecho Penal Internacional
Universidad Militar Nueva Granada. Profesor Universidad Santo
Tomás - Abogado Universidad Santo Tomás Bogotá – Magister en
Derecho Penal y PHD en Derecho Universidad Santo Tomás Bogotá
D.C Profesor Visitante Universidad de Ottawa, Canadá.

COMITÉ CIENTÍFICO

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

Catedrático y Profesor Universidad de Valencia, España. Doctor en Derecho.

RAMÓN RAGUES Y VALLES

Profesor Universidad Pomeu Fabra Barcelona España. Doctor en Derecho.

ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA

Profesor Universitario, Doctor en Derecho Universidad de Salamanca Magistrado de la Jurisdicción Especial para la paz.

RAFAEL ARTURO PRIETO SANJUAN

Profesor Universidad Javeriana, Doctor en Derecho Universidad de Paris II.

JEAN CARLO MEJÍA AZUERO

Profesor Universitario, Doctor en Derecho Universidad Externado de Colombia.

MISAEEL TIRADO ACERO

Profesor Universidad Militar Nueva Granada. Doctor en Sociología Jurídica Universidad Externado de Colombia.

CLAUDIA MARGARITA MARTÍNEZ SANABRIA

Doctora en Derecho y Relaciones Políticas Universidad Complutense de Madrid, España. Decana Facultad de Derecho Universidad Militar Nueva Granada.

ANDRÉS GONZÁLEZ SERRANO

Doctorado Universidad Alcalá de Henares. Director del Centro de Investigaciones Jurídicas Sociales y Políticas de la Universidad Militar Nueva Granada.

ÁLVARO MORENO DURAN

Doctor en Sociología Jurídica Universidad de Paris. Sociólogo Universidad Nacional de Colombia, Profesor Universidad Santo Tomás Bogotá.

ALEJANDRO GÓMEZ JARAMILLO

Doctor en Sociología Jurídica Universidad Nacional Autónoma Metropolitana de México. Profesor Universidad Santo Tomás Bogotá.

ÍNDICE

COMITÉ CIENTÍFICO.....	9
TABLA DE ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN	17

CAPÍTULO I

LOS FACTORES DE DEFINICIÓN ACTUAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. EL PROCESO DEFINITIVO PARA ASEGURAR LA LEGITIMIDAD EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL

1. Elementos introductorios del problema	23
2. Los elementos constitutivos de la legalidad penal en la actualidad ...	26
2.1. <i>El concepto de Bloque de Constitucionalidad como factor de extensión de la legalidad penal estricta. Legitimidad internacional y legalidad interna.....</i>	<i>34</i>
2.2. <i>Configuración de la legalidad penal en virtud del Bloque de Constitucionalidad</i>	<i>48</i>
2.3. <i>Las decisiones de legalidad penal bajo la fórmula de ius cogens.....</i>	<i>54</i>

CAPÍTULO II

LOS FACTORES ASOCIADOS A LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y EL ESTATUTO DE ROMA DE 1998

1. La justicia transicional: otro puente entre la justicia penal interna y la justicia internacional, en materia de legalidad penal	62
---	----

1.1.	<i>Elementos estructurales de la legalidad penal de la Ley de Justicia y Paz</i>	64
1.2.	<i>Las modificaciones necesarias en la justicia transicional. Desarrollo de nuevos contextos de legalidad penal</i>	67
2.	El Estatuto de Roma de 1998, otro factor contemporáneo en materia de legalidad penal interna	76
2.1.	<i>Elementos de discusión del Estatuto de Roma de 1998, en la definición de las conductas de lesa humanidad frente al derecho interno.....</i>	82
2.2.	<i>Síntesis de los tratamientos diversos que afectan la legalidad penal desde el ámbito del E.R.....</i>	85
2.3.	<i>Legitimidad internacional sobre el orden penal interno. Declaraciones de lesa humanidad y legalidad penal con base en el E.R.</i>	88

CAPÍTULO III

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	98
1.1.	<i>Los factores de legitimidad asociados a este proceso de transformación en el principio de legalidad penal</i>	103
1.2.	<i>El sentido de interpretación frente a las consecuencias en materia de legalidad penal. (Las violaciones de derechos humanos y la imprescriptibilidad)</i>	108
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	121
3.	La declaración de lesa humanidad bajo la fórmula de la violación de derechos humanos	132

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 147

CAPÍTULO IV

LOS PRINCIPALES EFECTOS DE TRANSFORMACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LOS CRÍMENES INTERNACIONALES DEL PASADO

1. Elementos de discusión constitucional del principio de legalidad penal..... 156
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) 163

ANEXO 1

PONDERACIÓN POSIBLE COMO FÓRMULA DE ANÁLISIS DE LA LEGALIDAD EXTENDIDA..... 180

ANEXO 2

PONDERACIÓN POSIBLE COMO FÓRMULA DE ANÁLISIS DE LA LEGALIDAD EXTENDIDA..... 182

3. Las nuevas modificaciones en materia de reserva y prescripción. Posibles elementos plausibles de interpretación y de legitimación penal..... 183
4. Los factores de legitimidad frente a la flexibilización o relativización del principio de legalidad penal. Concepto de interés de justicia 190

CONSIDERACIONES Y CONCLUSIONES FINALES 211

BIBLIOGRAFÍA 223

TABLA DE ABREVIATURAS

1. Estatuto de Roma	E.R
2. Corte penal Internacional	C.PI.
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

Sin duda uno de los factores actuales de discusión en el derecho penal lo constituye la interpretación del *Principio de Legalidad* frente a desafíos contemporáneos, como los crímenes internacionales, más aún, frente a graves violaciones de derechos humanos que ocurrieron en el pasado y son impunes en la actualidad. En esta realidad, los pilares del derecho parecen insuficientes toda vez que se requieren ejercicios y necesidades de justicia apremiantes; sobre todo si desde la frontera constitucional es imprescindible estudiar la posibilidad de realizar los reenvíos necesarios para asegurar su persecución.

En este sentido, el *Principio de Legalidad* constituye el objeto del presente trabajo, el cual se centra en analizar la estructura actual y los factores especiales de intervención en sus elementos de configuración, determinación y vigencia temporal, todo ello en una visión de derecho comparado, que en este campo destaca los avances de jurisdicciones internas, como el caso de Argentina o Perú, en las cuales se han logrado precedentes relevantes para la comunidad internacional. Todos ellos han servido de base para que, en el caso colombiano, se presente una visión de precedente que comienza a aparecer en el escenario latinoamericano.

En este contexto, se observa como a través de los foros especiales demarcados por el Bloque de Constitucionalidad, la Justicia Transicional y los efectos de incorporación de la CPI en el derecho interno, se produce un fenómeno 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 pena¹. 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 1991². 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 el derecho colombiano, en los artículos (6° y 8° de la Ley 599 de 2000), lo que constituye su primera consecuencia³. Justamente, tal disposición ha sido definitiva para mantener los cauces democráticos de un Estado, con mayor razón en el caso colombiano⁴.

-
- 1 **JAEN VALLEJO, Manuel.** La crisis del principio de legalidad P. 31. Bogotá D.C. 2008. Grupo Editorial Ibáñez.
 - 2 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 1° 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 P. 24. Bogotá D.C. 2000. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
 - 3 **JAEN VALLEJO, Manuel.** Op. Cit. P. 31
 - 4 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

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. 6° y 10° del Código Penal (CP), en donde solamente es viable la figura analógica en virtud del principio de favorabilidad penal *in bonam parte*⁵. Esta última función del principio nunca debe oponerse frente a la determinación de conductas punibles⁶, facultad que se encuentra por disposición del art. 10° del CP, destinada de manera exclusiva al legislador⁷.

Tomando en cuenta los conceptos enunciados, es posible que se presente una crisis del principio de legalidad penal. Se trata de un proceso de transformación de dicho principio en detrimento de su naturaleza rígida e inmutable como fundamento del sistema de-

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 P. 26. Buenos Aires, Argentina 1956. De Palma Editor.

- 5 Todo ello, frente a sucesión de normatividades relacionadas con el debido proceso penal. **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-581 de 6 de junio de 2001.
- 6 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 P.P. 88 y 89. Madrid, España, 1995. Ediciones jurídicas Marcial Pons.
- 7 **FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan** 2002 P.P. 127 y 128.

mocrático. Ahora, la pregunta es si esto es tolerable 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.

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.

Frente al problema mencionado anteriormente conviene señalar que el abordaje de la idea se realizó mediante una investigación basada en el método hermenéutico analítico, con la recepción de elementos estructurales, que permiten según la teoría de Alberto Montoro Ballesteros lo siguiente:

“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."⁸

Por otra parte, también se abordó el tema desde la postura de Héctor Fix Zamudio, desde la cual se realiza un análisis del *principio de legalidad* desde sus etapas de desarrollo, evolución y estado actual, a fin de verificar la forma contemporánea del principio de legalidad y su proceso de transformación⁹. Estas bases permiten evidenciar que se trata de una investigación desde las causas externas del principio y no desde sus bases internas. En este sentido se prescindió parcialmente de la investigación intrajurídica de tipo dogmático, con lo cual la delimitación aparece verificada, desde los conceptos base de investigación, con fundamento en los principales problemas de análisis de tipo externo y no hacia dentro del sistema penal.

Tomando en cuenta los elementos descritos, a continuación se examinará justamente, el alcance de este principio, frente a presupuestos actuales que desarrollan nuevos criterios que amplifican su contenido, conforme a los fundamentos que a continuación se analizan.

-
- 8 **MONTORO BALLESTEROS, Alberto.** Análisis estructural y conocimiento jurídico. Murcia: Editorial Universidad de Murcia. 1982, P.P. 55 y 57.
- 9 **FIX ZAMUDIO, Héctor.** Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas P.P. 15 a 45. México D.F. 1996. Editorial Porrúa.