

LAS ESFERAS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y DEL DERECHO PENAL NACIONAL: UNA PROPUESTA DE COMPRENSIÓN TRIDIMENSIONAL

THE AREAS OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND DOMESTIC CRIMINAL LAW: A PROPOSAL OF THREE-DIMENSIONAL UNDERSTANDING*

AURA HELENA PEÑAS FELIZZOLA**
UNIVERSIDADE SANTO TOMÁS, COLÔMBIA

SANDRA PATRICIA RAMÍREZ MONTES***
UNIVERSIDADE SANTO TOMÁS, COLÔMBIA

Resumen: Este artículo¹ ilustra la tendencia a la mixtura de las esferas del derecho penal internacional y del derecho penal común en Colombia. Esta tendencia se manifiesta en la tipificación como delitos ordinarios de la mayoría de los crímenes de guerra, de lesa humanidad y de genocidio en el código penal (Ley 599 de 2000). Propone un modelo de comprensión tridimensional del proceso actual de internacionalización del derecho penal, que considera la sociología, la filosofía del derecho y la dogmática jurídica. La dimensión sociológica es movilizada para constatar la tendencia a la internacionalización del derecho penal. La filosofía lleva a preguntarse si los bienes jurídicos nacionales y los intereses jurídicos de la humanidad se encuentran en el mismo plano axiológico. La dogmática demanda identificar las consecuencias jurídicas del tratamiento de delitos por los fiscales y jueces colombianos como “crímenes del Estatuto de Roma” y hacer un balance provisional de la internacionalización del derecho penal colombiano.

* Artigo recebido em 10/12/2015 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 20/12/2015.

** Professora de Criminologia, Coordenadora do Grupo de Investigação “Derecho Internacional y Comparado” da Universidad Santo Tomás. Doutora em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. Currículo Lattes: E-mail: aurahelena77@gmail.com

*** Professora de Direito Penal Internacional. Mestre em Direito Penal, Discente do Doutorado em Direito da Universidade Santo Tomás. E-mail: sprm71@gmail.com.

¹Este artículo hace parte de la fundamentación teórica y metodológica de la línea de investigación “Derecho Penal Internacional y Comparado”, del Grupo de Investigación “Derecho Internacional y Comparado” de la Universidad Santo Tomás.

Palabras clave: tridimensionalidad del Derecho penal; justicia transicional; derecho penal internacional; código penal colombiano; valores jurídicos; intereses jurídicos; bienes jurídicos; Estatuto de Roma; Corte Penal Internacional.

Resumo: Este artigo ilustra a tendência à mistura das esferas do direito penal internacional e do direito penal comum na Colômbia. Esta tendência reflete-se na classificação como crimes comuns da maioria dos crimes de guerra, contra a humanidade e genocídio no Código Penal (Lei 599 de 2000). Propõe-se uma compreensão tridimensional do processo atual de internacionalização do direito penal, que considera a sociologia, a filosofia do direito e a doutrina jurídica. A dimensão sociológica está mobilizada para determinar a tendência à internacionalização do direito penal. A filosofia levanta a questão de saber se os bens juridicamente tutelados a nível nacional e os interesses jurídicos da humanidade estão no mesmo plano axiológico. A dogmática satisfaz a exigência de identificar as consequências legais do tratamento dos delitos para os promotores e juízes colombianos como "crimes do Estatuto de Roma" e fazer um relatório provisório sobre a internacionalização do direito penal colombiano.

Palavras-chave: a tridimensionalidade do direito penal; justiça de transição; direito penal internacional; código penal colombiano; valores jurídicos; interesses jurídicos; bens jurídicos; Estatuto de Roma; TPI.

Introducción

Los operadores judiciales colombianos están imputando, juzgando y condenando a ciudadanos colombianos por crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio, atentados como masacres, violencia sexual, genocidio y otras conductas previstas en el Estatuto de Roma. Adicionalmente, la Fiscalía General de la Nación, institución que tiene la misión constitucional de investigar y acusar ante los jueces de la República por conductas delictuosas, adoptó como política institucional (sistema de investigación penal y de gestión) la investigación en contexto y la priorización de casos².

Estas constataciones nos llevan a preguntarnos:

² COLOMBIA. Fiscalía General de la Nación. **Directiva 001 de 4 de octubre de 2012**, Despacho del Fiscal General de la Nación. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf>

1. ¿Cuáles son las razones de los fiscales y jueces colombianos para acudir al Estatuto de Roma, considerando que el Código Penal colombiano ha tipificado como delitos la mayoría de las conductas definidas por el Estatuto de Roma?
2. ¿Están en un mismo plano axiológico (o deberían estarlo) los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento colombiano y la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad?
3. ¿Los artículos del Estatuto de Roma que definen los crímenes de su competencia tienen mayor rango que el Código Penal colombiano que definen conductas similares? Y, finalmente,
4. ¿Cuál es la consecuencia jurídica de que las esferas del derecho penal nacional y del derecho penal internacional se mixturen, en lo que toca a los crímenes de mayor gravedad, de acuerdo con la normatividad de la CPI? ¿Acaso esta internacionalización hace al derecho penal colombiano más eficaz?

Para resolver estas cuestiones, partimos de que considerar que el derecho penal internacional y ordinario deben ser comprendidos desde la tríada sociedad-persona-Derecho, que implica una perspectiva de análisis tridimensional: sociológica, ética y dogmática³. Este artículo busca proponer como marco teórico para la investigación del derecho penal contemporáneo, las categorías de “bienes jurídicos” y de “intereses jurídicos universales”, en los ámbitos del derecho penal ordinario (nacional) y del derecho penal internacional, en cuanto la dimensión ética contribuye a esclarecer el verdadero papel del derecho penal internacional y de la CPI en la imputación de delitos tipificados como atentados a los DDHH y al DIH.

Para ello, en primer lugar vamos a tratar los dilemas de la internacionalización del derecho penal, desde los argumentos de Boaventura de Souza Santos, quien ve en el derecho internacional una expresión del neocolonialismo, y del marco normativo de la CPI, en cuanto al potencial democratizador de una justicia penal global. En segundo lugar, haremos una distinción entre las ideas filosóficas del valor, del interés y del bien. En tercer lugar, vamos a diferenciar las

³ Ello, de acuerdo con la tradición: Reale, Miguel. **Teoría Tridimensional del Derecho**. Madrid: Tecnos, 1997. Goldschmidt. **Introducción Filosófica al Derecho: la teoría tridimensional del mundo jurídico y sus horizontes**. Buenos Aires: Depalma, 1976). Bobbio, N. **Teoría General del Derecho**. Madrid: Debate, 1991. y el modelo tridimensional del Derecho del tomismo, característico del Sistema pedagógico Modular de la Facultad de Derecho de la Usta. Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. **Núcleos Problemáticos**. En: Módulos Siglo XXI, Nos. 42-47. Bogotá D.C.: Códice, 2002.

esferas del derecho penal nacional y el internacional, a partir de su fundamentación axiológica. El primero es un derecho orientado a la defensa de valores individuales y colectivos, plasmados en los bienes jurídicos. El Derecho Penal Internacional es un derecho cosmopolita, en el sentido sociológico y también filosófico dado por Habermas a esta expresión, y tutela intereses universales. Finalmente, vamos a llevar esta distinción a la práctica de la administración de justicia penal en Colombia, a propósito de la imputación de crímenes de guerra, de lesa humanidad y de genocidio ante los jueces nacionales.

1. Dimensión sociológica: la internacionalización del derecho penal

Nunca antes el Derecho penal ha sido tan universal. Los asuntos que hasta hace poco se consideraban internos de los países, se han vuelto asuntos globales. La comunidad internacional observaba el inicio de los diálogos de paz entre el gobierno nacional y las guerrillas de las Farc, mientras la Corte Penal Internacional (CPI) presentaba casi simultáneamente su segundo informe del examen preliminar del país⁴. El Derecho penal colombiano, evidentemente, ya no se encuentra confinado por las fronteras de la soberanía nacional⁵. Pensar que se estudia

⁴ Olásolo Alonso, Héctor. **Los exámenes preliminares de la Corte Penal Internacional en América Latina: el caso colombiano y su impacto sobre futuras negociaciones de paz en la región**. En: Anuario de derechos humanos No. 10, Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2014, pp. 35-56. A las autoridades estatales de los países que se encuentran en exámenes preliminares, ha dicho la CPI, se les insta a cumplir con sus obligaciones, con el fin de evitar la apertura de una investigación, pero deben perseguir efectivamente los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de guerra que han sido cometidos en su territorio o por sus nacionales (pp. 36-37).

⁵ La Corte Penal Internacional tiene competencia complementaria sobre Colombia, en relación con los crímenes de lesa humanidad y genocidio, a partir del 1º de noviembre de 2002; ya en lo que respecta a los crímenes de guerra, la competencia de la CPI es desde el 1º de noviembre de 2009. Ello se debe a que el Gobierno colombiano hizo uso del periodo de suspensión por 7 años de la competencia de la Corte, en relación exclusiva con los crímenes de guerra (contenido en el artículo 124 del Estatuto de Roma). La razón de la suspensión era el desarrollo del proceso de paz que se intentaba en ese momento con el grupo insurgente “Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia”, FARC. El artículo 124 dice que: *“No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123”*.

La tipificación en el ordenamiento interno de los crímenes que recogen parcialmente las conductas descritas en el Estatuto de Roma tiene vigencia a partir de la Ley 599 de 2000. Se trata de dos ordenamientos penales diferentes y complementarios, tema que se desarrollará en lo sucesivo de este artículo.

un conjunto de leyes penales para aplicarlas en el marco de unos límites territoriales, es una idea desueta para la enseñanza del Derecho.

El concepto de autodeterminación de los pueblos está sufriendo, pues, un fuerte recorte por la acción de la CPI. Los indultos y las amnistías totales como herramientas de justicia transicional para la superación de conflictos internos o de autoritarismos, recurso frecuente en los países con bajos niveles de democratización política y social, son figuras del pasado⁶. Los límites de la “autodeterminación” de las naciones están determinados por el derecho internacional, en especial el atinente a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario (en adelante, DDHH y DIH). En cuanto Habermas retoma la idea kantiana del derecho cosmopolita, los autores críticos de la modernidad observan el surgimiento de un renovado neocolonialismo, que globaliza el Derecho producido en los países centrales. El derecho penal internacional, desde esta perspectiva, sería imperialista⁷. Estos cuestionamientos a las normas jurídicas internacionales cobran aún más vigencia cuando se considera el impacto del derecho penal internacional en el derecho nacional.

Jürgen Habermas, en cambio, proporcionó un sólido terreno teórico para la creación de la CPI. Observó que, en la separación entre Estado y sociedad, media el marco jurídico constituido por los monopolios básicos (de la violencia y fiscal) y el Estado soberano (entendido como la autonomía para hacer respetar las fronteras). Hay, no obstante, un punto de encuentro que es la autodeterminación de los pueblos, el cual permite que los individuos se reconozcan dentro de un conjunto y puedan autolegislarse, regulándose a sí mismos bajo el presupuesto de la igualdad. Este último elemento, el de la solidaridad, es la base de la ciudadanía y de la pertenencia a una nación. Habermas explica por qué hoy es imposible recurrir a ese tipo de formación de la identidad y añade: *“los imperativos de la autoafirmación de las formas de vida nacionales en términos de política de poder ya no dominan simplemente la actuación del Estado constitucional democrático, sino que empiezan a encontrar también sus límites en los postulados de la universalización de la democracia y de*

⁶ En el “Transitional Justice Database Project”, se clasifican los mecanismos de justicia transicional en: 1. Lustration Policy, 2. Reparations. 3. Amnesty. 4. Truth Commission, y 5. Trial. Al consultar los datos de Latinoamérica, se observa que existe una mayor probabilidad de recurso exclusivo a las amnistías en los países latinoamericanos más pobres, lo que evidencia que, a mayor pobreza del país, mayor impunidad de los crímenes graves que se hayan perpetrado en su territorio. Disponible en internet en: www.tjdbproject.com

⁷ SANTOS, Boaventura de S. **Descolonizar el saber**. Montevideo: Trilce, 2010, p. 32.

los derechos humanos.”⁸. Es pues, imperativo en los tiempos actuales, observar un “patriotismo de la Constitución”, es decir, una disponibilidad a identificarse con el orden político y los principios constitucionales, que dote de un contenido universalista a los principios del Estado Constitucional democrático.

Las aspiraciones cosmopolitas del derecho penal internacional, al irradiarse al derecho penal nacional, generan, tanto avances como complejidades. Un número cada vez mayor de delitos tipificados en el código penal deben ser perseguidos por el Estado. El respeto y la garantía de los DDHH, lesionados con la perpetración de un ilícito, son una obligación estatal, pero el Estado no está en capacidad de impedir violaciones de derechos por parte de particulares y, con frecuencia, son los propios agentes estatales los que cometen los atentados. Los DDHH y el DIH se globalizan, para Santos, “desde arriba”, cuando se conciben como derechos universales, mas cuando se conciben como derechos multiculturales, tienen un gran potencial emancipatorio⁹. El gran problema es que los DDHH, creación de Occidente, no han sido hasta ahora aceptados universalmente “como estándares ideales de la vida política y moral”¹⁰.

El punto de partida sociológico nos exige comprender una dimensión del derecho penal especial (tipos penales), en el actual contexto internacional. Partimos de constatar que el derecho penal colombiano ha tenido una fuerte internacionalización en la definición de sus bienes jurídicos. Esta internacionalización se manifiesta en el hecho de que ha tendido a incorporar como tipos penales nacionales los crímenes de guerra, de lesa humanidad, de agresión y el genocidio, categorías propias del derecho penal internacional¹¹, con el surgimiento del sistema de la Corte Penal Internacional (CPI) y del Estatuto de Roma (ER)¹².

⁸ HABERMAS, Jürgen. **Identidades nacionales y posnacionales**. Editorial Tecnos, Madrid, 1989. Íbid. P. 93.

⁹ Íbid., p. 67.

¹⁰ Íbid., p. 68

¹¹ A pesar de que la persecución de estos crímenes no depende de que estén tipificados en los ordenamientos internos de cada país: “la legislación nacional es considerada irrelevante a los efectos de determinar si dirigentes políticos o militares incurrieren en delitos de lesa humanidad”. Olásolo, Héctor. Ob. Cit. P. 46.

¹² H. Olásolo valora como positiva la tipificación en los ordenamientos penales nacionales de los crímenes definidos por el Estatuto de Roma, encuaneto ello “evita que la aplicación de los requisitos de *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex stricta* provoque el tipo de problemas que se generan en el ámbito del Sistema Interamericano, a causa de la ausencia del tipo de “delitos de lesa humanidad” en la gran mayoría de las legislaciones nacionales de los Estados miembros del Sistema hasta la primera década del siglo XXI”. OLÁSULO, Héctor. **El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo**. En: *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP*, vol. 1. Bogotá: Universidad del Rosario, 2013, pp. 18-42, p. 21. Disponible en: <http://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/attachments/article/184/ANIDIP%20Vol%20I%202013.pdf>

1.1. La tipificación en Colombia de crímenes similares a los del ER

El Código Penal colombiano, cuando define conductas similares a las del Estatuto de Roma, le está dando una protección interna a los intereses de la humanidad, y no sólo a los valores de la sociedad colombiana. En el siguiente cuadro se hace una comparación entre los tipos penales del código colombiano y el Estatuto de Roma¹³.

Cuadro 1

DERECHO PENAL INTERNACIONAL	DERECHO PENAL COLOMBIANO
Castiga atentados a los intereses jurídicos universales: paz, seguridad y bienestar de la humanidad	Castiga atentados a: <ul style="list-style-type: none"> • bienes individuales • bienes colectivos
Genocidio (ER, art. 6)	Título “DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL” Artículo 101. Genocidio. Otro capítulo - el 9º-, con tres tipos penales, fue creados por la LEY 1482 DE 2011: la “apología del genocidio”, los “actos de racismo” y el “hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural”. Artículo 102. Apología del genocidio. Artículo 134 A. Actos de Racismo o discriminación. Artículo 134 B. Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural. Artículo 134C. Circunstancias de agravación punitiva. Artículo 134D. Circunstancias de atenuación punitiva
Crímenes de guerra (ER, art. 8).	“Título II. Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”. Tipifica las siguientes conductas: Artículo 135. Homicidio en persona protegida. Artículo 136. Lesiones en persona protegida. Artículo 137. Tortura en persona protegida. Artículo 138. Acceso carnal violento en persona protegida. Artículo 138A. Acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años. Artículo 139. Actos sexuales violentos en persona protegida. Artículo 139A. Actos sexuales con persona protegida menor de catorce años.

¹³ Un estado del arte sobre los tipos penales relativos al DIH en el Código colombiano, se encuentra en: Sanín Betancourt, Amalia, **El nuevo código penal y el derecho internacional humanitario en el contexto colombiano**. En: Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos n.º 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador), Buenos Aires: Lexis Nexis- Abeledo Perrot, 2003, pp. 503 a 532. Disponible en: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/18_sanin_betancourt.pdf

	<p>Artículo 139B. Esterilización forzada en persona protegida. Artículo 139C. Embarazo forzado en persona protegida. Artículo 139D. Desnudez forzada en persona protegida. Artículo 139E. Aborto forzado en persona protegida. Artículo 140. Circunstancias de agravación. Artículo 141. Prostitución forzada o esclavitud sexual. Artículo 141A. Esclavitud sexual en persona protegida. Artículo 141B. Trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual. Artículo 142. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Artículo 143. Perfidia. Artículo 144. Actos de terrorismo. Artículo 145. Actos de barbarie. Artículo 146. Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida. Artículo 147. Actos de discriminación racial. Artículo 148. Toma de rehenes. Artículo 149. Detención ilegal y privación del debido proceso. Artículo 150. Constreñimiento a apoyo bélico. Artículo 151. Despojo en el campo de batalla. Artículo 152. Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria. Artículo 153. Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias. Artículo 154. Destrucción y apropiación de bienes protegidos. Artículo 155. Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Artículo 156. Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto. Artículo 157. Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas. Artículo 158. Represalias. Artículo 159. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Artículo 160. Atentados a la subsistencia y devastación. Artículo 161. Omisión de medidas de protección a la población civil. Artículo 162. Reclutamiento ilícito. Artículo 163. Exacción o contribuciones arbitrarias. Artículo 164. Destrucción del medio ambiente.</p>
Crímenes de lesa humanidad (ER, art. 7)	<p>Los actos del tipo: a) Los asesinatos y, b) el exterminio como crímenes de lesa humanidad, cuando son parte de un ataque generalizado y sistemático a la población civil, no están tipificados en Colombia. A pesar de que diversos tipos penales describen la conducta individual, no caracterizan el contexto tal como se establece en el ER¹⁴.</p> <p>c) La esclavitud: no existe este tipo penal en Colombia.</p> <p>d) Deportación o traslado forzoso de población: equivale al tipo de</p>

¹⁴ Este tema ha generado un debate muy fuerte en la judicatura y en la academia colombianas, que será tratado en otro artículo.

	<p>“desplazamiento forzado”:</p> <p>Artículo 180. Desplazamiento forzado. Artículo 181. Circunstancias de agravación punitiva.</p> <p>e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional. Artículo 169. Secuestro extorsivo Artículo 170. Circunstancias de agravación punitiva. 6. Cuando se cometa con fines terroristas. 7. Cuando se obtenga la utilidad, provecho o la finalidad perseguidos por los autores o partícipes. 9. Si se comete en persona que sea o haya sido periodista, dirigente comunitario, sindical, político, étnico o religioso en razón de ello. 11. En persona internacionalmente protegida diferente a las señaladas en el Título II de éste Libro y agentes diplomáticos, de conformidad con los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia</p> <p>f) Tortura; Artículo 178. Tortura. Artículo 179. Circunstancias de agravación punitiva. 4. Cuando se cometa por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, periodistas, comunicadores sociales, defensores de los derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, étnicos, sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos o víctimas de hechos punibles o faltas disciplinarias; o contra el cónyuge, o compañero o compañera permanente de las personas antes mencionadas, o contra sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.</p> <p>g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable: son penalizados por los artículos 138 y siguientes del Código.</p> <p>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: tienen sanción con el tipo penal de “Actos de discriminación” (art. 134 A, B, C, D)</p> <p>i) Desaparición forzada de personas: Artículo 165. Desaparición forzada. Artículo 166. Circunstancias de agravación punitiva. 4. Cuando la conducta se cometa, por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos de conductas punibles o disciplinarias, juez de paz, o contra cualquier otra persona por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o</p>
--	--

	intolerancia. j) El crimen de apartheid: No está tipificado en Colombia. k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. No están tipificados en Colombia.
Crímen de agresión (RC/Res.6 de 2010, art. 8) ¹⁵	No está tipificado en Colombia.

Como se puede observar en el cuadro anterior, el derecho penal especial colombiano ha avanzado mucho en la criminalización interna de los delitos previstos por el ER. Han sido creados cuatro tipos penales diferentes para castigar conductas relacionadas con el genocidio. Hay 38 artículos que penalizan crímenes de guerra. Cuatro más se refieren a crímenes de lesa humanidad. En lo que toca al crimen de agresión, no hay tipos que tengan equivalencia con las de competencia de la CPI.

1.2. El ámbito de aplicación del ER según la Corte Constitucional

La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la aplicabilidad del ER en el ordenamiento jurídico nacional. La sentencia C-290 de 2012¹⁶ expone el complejo proceso jurídico mediante el cual se hizo posible incorporar el Estatuto de Roma al ordenamiento jurídico internacional, en cuanto se hizo necesaria una reforma a la Constitución Política (efectuado mediante Acto Legislativo N° 2 de 2001) para superar dos obstáculos: i) la prohibición constitucional de las penas perpetuas en Colombia, que sí prevé el Estatuto de Roma; ii) el ER no admitía reservas, y en Colombia está previsto el trámite por el legislativo de los tratados y convenios internacionales, y la revisión constitucional de oficio por la Corte Constitucional de las leyes que aprueban normas convencionales.

¹⁵ Disponible en internet en: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-SPA.pdf

¹⁶ Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, 18 de abril de 2012.

En Sentencia C-578 de 2002¹⁷, la Corte Constitucional se había pronunciado afirmando, sobre el ámbito de acción del ER que:

(i) las normas del Estatuto surten efectos dentro del ámbito de la competencia de la Corte Penal Internacional; (ii) las disposiciones en él contenidas no remplazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno y las autoridades judiciales competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana; (iii) cuando la CPI ejerza su competencia complementaria en un caso colombiano, podrá aplicar en su integridad el texto del Estatuto de Roma; (iv) cuando las autoridades colombianas cooperen con la Corte Penal Internacional y le presten asistencia judicial, en los términos de las Partes IX y X del Estatuto y demás normas concordantes, aplicarán las disposiciones del tratado dentro del ámbito regulado en él; y (v) el tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que les son propias dentro del territorio de la República de Colombia.

Las anteriores consideraciones revelan un dilema axiológico de actualidad: el dilema entre la realización del cosmopolitismo a través de la internacionalización del derecho penal o el mantenimiento de valores culturalmente arraigados en los ordenamientos penales nacionales (esto es, la opción por la no incorporación de los crímenes de derecho penal internacional en el ordenamiento jurídico nacional). Consideramos que este punto debe ser resuelto, entre otras cuestiones, diferenciando las esferas del derecho penal nacional y el derecho penal internacional, en cuanto estas dos esferas encuentran su fundamentación en dos planos axiológicos distintos, el del valor y el interés, respectivamente. El derecho penal ordinario fundamenta la punición principalmente mediante esquemas éticos que le atribuyen a las prohibiciones penales la cualidad de ser instrumentos para garantizar la vigencia de valores. Consideramos que el derecho penal internacional se fundamenta, con el preámbulo del Estatuto de Roma, desde el interés jurídico y no del valor¹⁸.

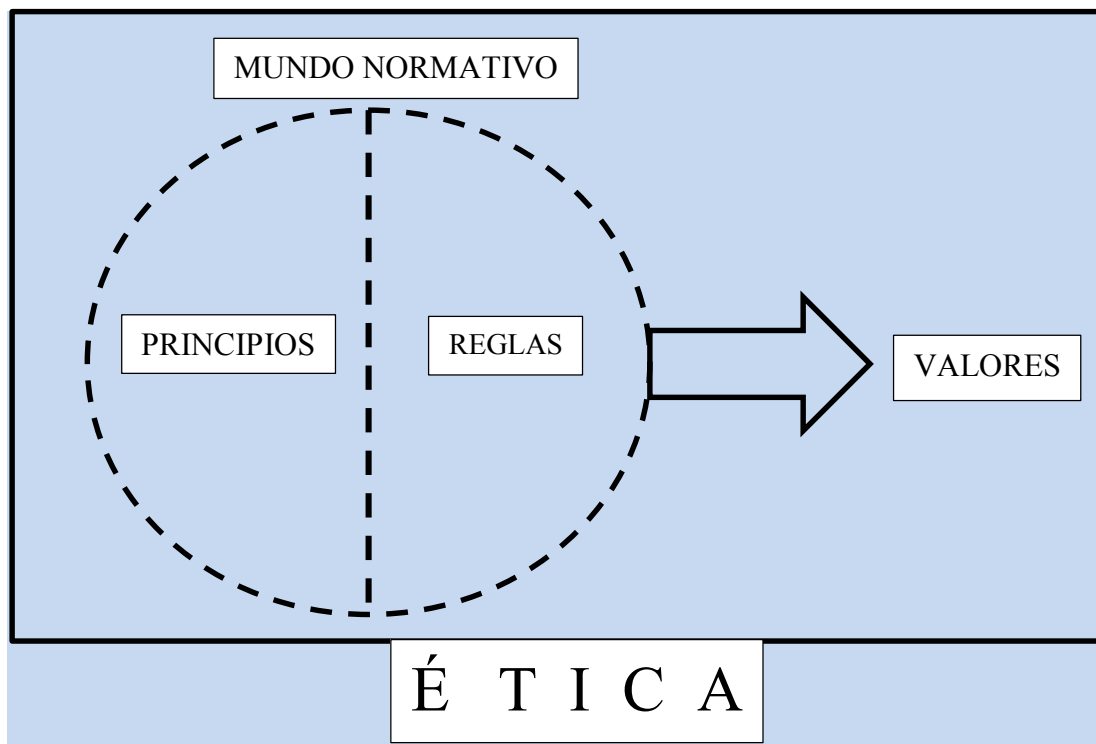
¹⁷ Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa. 30 de julio de 2002. En esta sentencia, la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)"

¹⁸ *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998)*, disponible en internet en: [http://legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf). (último acceso el 26/11/2014).

2. Dimensión filosófica: valores, intereses y bienes

El teórico del Derecho Robert Alexy nos presenta las diferencias y relaciones entre los conceptos: normas, reglas, principios y valores ¹⁹.

Ilustración 1



Según este autor, las reglas y los principios son especies del género: “normas”. Identifica como diferencias específicas entre ellos lo siguiente: los principios son “*mandatos de optimización*” y las reglas contienen “*determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente*”. Cuando al resolver un caso, el juez pondera la “*mayor medida posible de cumplimiento*” en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, estamos ante una tensión entre principios con resultado incluyente. Es decir, ninguno de los principios se excluye. Por otra parte, si en un caso se exige

¹⁹ En torno a la pregunta: “*¿existe para todo caso jurídico una única respuesta correcta?*”. ALEXY, Robert. **Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica**. En: Derecho y Razón Práctica. México: Fontamara, 1998. pp 7-20.

simplemente el cumplimiento de “*una determinada medida de cumplimiento*”, estamos ante una tensión entre reglas, donde una excluye la otra, es decir, en un escenario del “*todo o nada*”.

Sobre los valores y los principios precisa que “*Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa.*” La “*única diferencia*”, según Alexy, entre principios y valores es que una colisión entre los primeros contesta a la pregunta: “*¿qué es debido?*”; y una colisión entre los segundos, contesta: “*¿qué es mejor?*”. La primera es una cuestión jurídica y la segunda es una cuestión ética. Hay que agregar que la “*argumentación jurídica es un caso especial*” de la argumentación ética. Podría haber, más bien, entre los dos conceptos relaciones de grado y de cierta subordinación.

Por otro lado, las tensiones entre principios expresan “*relaciones de prioridad*” y las tensiones entre valores “*relaciones jerárquicas*”.

Otro autor, Risieri Frondizi, considera importante la diferenciación entre las categorías de “intereses”, “valores” y “bienes”. Usaremos sus criterios para inducir la discusión sobre los intereses jurídicos (universales) y los bienes jurídicos (nacionales).

Para Risieri Frondizi, los valores son “*cualidades estructurales*” que tienen “*existencia y sentido en situaciones concretas*”²⁰. Los valores no son bienes, ni tampoco derechos, en cuanto no son relaciones²¹. Los valores se clasifican en éticos, útiles, vitales y estéticos. Estos últimos son más subjetivos, en cambio el valor ético “*tiene una fuerza impositiva que nos obliga a reconocerlo aún contra nuestros deseos, tendencias e intereses personales*”²².

Los valores y los intereses tienen una dimensión subjetiva y otra objetiva. Por una parte, no hay valor sin valoración (perspectiva subjetiva). Los valores son interpretados desde la subjetividad, como algo personal e íntimo, pero para Frondizi no es posible refugiarse en el argumento de que los valores son subjetivos, pues ello acabaría con la ética, la estética y la moral. No sería posible, sin valores de diverso tipo, evitar el caos²³.

Los intereses le dan origen y fundamento a los valores; se conectan con los deseos y las necesidades humanas. Los intereses existen aquí y ahora. Los valores, sin ser universales, permanecen a través del tiempo, entre culturas diferentes.

²⁰ Risieri Frondizi. **¿Qué son los valores?**. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 220.

²¹ *Ibid.*, p. 18.

²² *Ibid.*, 36.

²³ *Ibid.*, p. 25.

La noción de interés tuvo especial atención, en la filosofía, de la corriente subjetivista representada por R. B. Perry (1876-1957). Perry definió filosóficamente el interés como “*la actitud habitual a favor o en contra de los objetos. Hay cosas que deseamos y otras que rechazamos, unas nos atraen y otras nos repugnan, buscamos unas y evitamos otras. Llama interés a esta actitud afectivo-motora*”²⁴. Frondizi, contra Perry y en general, contra quienes sostienen que los intereses son definidos solamente de manera subjetiva, de manera afectiva, se niega a toda definición exclusivamente psicológica, pues desde este punto de vista, no podríamos tener intereses deshonestos, cuando “*la verdad es que los tenemos, y que en el plano ético habrá que añadir al interés un calificativo de orden moral: habrá intereses malos y buenos*”²⁵. Defiende las corrientes objetivistas contra el “*relativismo de las teorías subjetivas*” y “*la necesidad de hacer pie en un orden moral estable*”²⁶. Para los objetivistas, los valores, a diferencia de los bienes, en cuanto calidades independientes, no varían con las cosas y por tanto no resultan afectados por los cambios que puedan sufrir sus depositarios. La independencia de los valores, en relación con los bienes, implica su inmutabilidad; los valores no cambian. Además, son absolutos; no están condicionados por ningún hecho, cualquiera sea su naturaleza histórica, social, biológica o puramente individual. Sólo nuestro reconocimiento de los valores es relativo; no los valores mismos. Para Scheler el valor no es una relación sino una cualidad²⁷.

Con Frondizi, partimos de considerar que los valores se plasman en los bienes jurídicos. Los bienes jurídicos son históricos, válidos para una sociedad y son autoritativos para cada ordenamiento jurídico penal. Los intereses no pueden ser jerarquizados como los valores. Pueden ser individuales, particulares, y universales. Los valores, en cambio, no pueden ser impuestos de manera autoritaria a toda la humanidad, pues: “*cada forma cultural tiene su propio conjunto de valores, aunque no sean estables sino que cambian a un ritmo que tampoco es estable. A lo largo de la historia han existido culturas particulares que pretendieron encarnar valores universales y tener el derecho de imponerlos a otras culturas menos fuertes. No hay razones científicas ni morales que justifiquen tal pretensión*” (p. 214). En un diagrama, la relación entre intereses jurídicos, valores y bienes jurídicos podría esquematizarse de la siguiente manera:

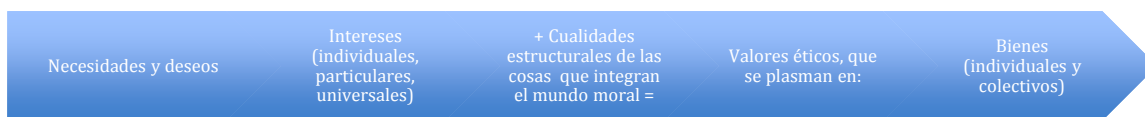
²⁴ Ibid., 63.

²⁵ Ibid., 67.

²⁶ Ibid., 107.

²⁷ Ibid., pp. 119-120.

Ilustración 2



En el anterior esquema, las necesidades y deseos humanos le dan lugar a los intereses; éstos a su vez fundamentan (parcialmente) los valores, en su dimensión subjetiva. Los valores, considerados de manera objetiva, son cualidades estructurales. Los bienes plasman valores consagrados o seleccionados en determinado contexto o situación.

3. Dimensión dogmática: la diferencia entre las esferas del derecho penal internacional y el derecho penal ordinario (nacional)

En este artículo, proponemos como marco teórico para la investigación del derecho penal contemporáneo, las categorías de “bienes jurídicos” y de “intereses jurídicos universales”, en los ámbitos del derecho penal ordinario (nacional) y del derecho penal internacional, de la siguiente manera:

1. El derecho penal especial (tipos penales) es una categoría de Derecho nacional, típica de los ordenamientos de la familia del derecho legislado (*civil law*), que consiste en un conjunto de prohibiciones escritas, que busca imponer a los destinatarios, los ciudadanos y menores de edad, una serie de valores relacionados con la tutela de bienes individuales y colectivos, cuya definición y jerarquía “es el producto de la conciliación de fuerzas irracionales en conflicto”.²⁸

2. El Derecho Penal Internacional es una categoría de “derecho cosmopolita” (en el sentido habermasiano), que protege intereses jurídicos universales. Se diferencia del derecho interno y del derecho internacional, en cuanto: a) sus autoridades y normatividad son universales, y se materializan en el sistema de la CPI; b) busca perseguir a los máximos responsables de

²⁸ MANNHEIM, Karl. *Ideología e utopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1976, p. 144.

crímenes cometidos de manera generalizada y sistemática; c) no exime a los Estados de perseguir los crímenes graves ocurridos en sus territorios o por sus nacionales, por el principio de complementariedad.

El siguiente cuadro presenta el esquema teórico y metodológico de diferenciación de las esferas del derecho penal nacional y el internacional:

Cuadro 2

Tipo de derecho penal/ Dimensión	Sociológica (ver) Sociedad	Filosófica (juzgar) Persona	Dogmática (actuar) Derecho
Derecho Penal Internal.	La CPI es una institución característica de un derecho cosmopolita (Habermas)	Las necesidades y los deseos humanos le dan origen a los intereses universales: la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad	Graves violaciones a los DDHH y al DIH: crímenes de guerra, de lesa humanidad y de genocidio (Estatuto de Roma, arts. 6, 7 y 8), y del crimen de agresión (Resolución RC/Res.6 de 2010), que constituyen atentados a los intereses jurídicos de la humanidad
Derecho Penal. Nal.	El derecho penal nacional viene siendo reformado por la influencia del sistema de la CPI y su definición de los crímenes de guerra, de lesa humanidad y el genocidio, que han sido previstos en su mayoría como tipos penales en el código colombiano	Los valores sociales, referidos a instituciones individuales y colectivas, se plasman en bienes jurídicos tutelados por el derecho penal	Todas las lesiones a los bienes jurídicamente tutelados implican el menoscabo de un derecho humano. El derecho penal nacional confirma y protege valores sociales.

Las esferas del derecho penal internacional y del derecho penal nacional tienen cada una, particularidades en lo que se refiere a: creación y reforma, autoridades, procedimiento, fines de las penas, fundamentación axiológica y jerarquía de conductas sancionadas; de lo anterior se deriva que sean sustancialmente diferentes en los dos ámbitos, en el derecho penal nacional y en el internacional, los atentados considerados más repudiados, los más perseguidos y los más

sancionados efectivamente. Las tendencias en la punibilidad no son comparables entre las dos esferas, por tanto deben ser abordadas separadamente²⁹.

3.1. El derecho penal nacional y los bienes jurídicos

La acción o el bien jurídico, son dos caminos diversos para aproximarse a la teoría del delito. Fernández³⁰ le atribuye a la influencia de Hegel, el hecho de que se diera primacía a la teoría de la acción, opacando la del bien jurídico. El delito se entiende como la lesión a un deber de obediencia, desde la teoría de la acción. Y como una conducta dañosa a la sociedad, desde las teorías del bien jurídico, la mayor parte de ellas, nacidas en Alemania, señala Fernández, por ello, el concepto de bien jurídico se asocia a la categoría de la lesividad³¹.

El concepto de bien jurídico tiene diferentes funciones en derecho penal: a) axiológico, como se trató anteriormente; b) de legitimación material de la norma; c) teleológico o dogmático; esto le permite ser el puente entre la dogmática y la política criminal, a diferencia de la categoría de la acción, que no tiene esa posibilidad; d) sistemática, de aglutinar, clasificar y jerarquizar tipos penales. Planteamos aquí la necesidad de una clasificación objetiva de bienes jurídicos, con fines de sistematización y fines axiológicos. Adoptamos, sin embargo, una postura crítica en la consideración de la dimensión axiológica, en cuanto reconocemos que el derecho penal nacional

²⁹ Dos sentencias han sido dictadas por la CPI hasta hoy: la primera, contra Thomas Lubanga Dyilo, por crímenes de guerra perpetrados por un grupo armado bajo su dirección, en la República del Congo. Lubanga fue condenado a 14 años de prisión. La segunda sentencia dictada por la CPI, contra Germain Katanga, resolvió cargos de crímenes de guerra y de lesa humanidad por su participación en la guerra del Congo y lo condenó a 12 años de prisión. En Colombia, en cambio, se prevén penas superiores en años de prisión para delitos similares.

³⁰ FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática.** Montevideo: Julio César Faira, 2004.

³¹ Existen dos aportes destacados sobre el concepto del bien jurídico, relacionados con la legitimación de los sistemas penales en países de tradición romano-germánicos, o de *Civil Law*. Von Liszt (1929), quien trasladó este concepto del Derecho Civil a la materia penal, ha identificado su contenido con las necesidades de los seres humanos que deben ser protegidos de manera *directa* por el derecho penal. Welzel (1956) por su parte considera que la finalidad positiva y ético- social del derecho se encuentra en la protección de los valores básicos de la vida en comunidad. *A contrario sensu*, ha sido una categoría rechazada desde diversas corrientes: 1) por quienes consideran que legitima cualquier medida penal, por absurda o injusta que parezca, dado que sus defensores de la Escuela de Kiel fueron los dogmáticos penales del nacional-socialismo alemán; 2) por el funcionalismo sistémico de Jakobs, que la considera innecesaria.

tiene una función simbólica, pero como se anotaba antes, siguiendo a Karl Mannheim, la jerarquía de valores depende de las fuerzas en conflicto que resulten vencedoras en la lucha por eliminar a las otras. Desarrollamos a continuación la idea de que el derecho penal internacional es una fuerza que es cada vez más imposible resistir.

3.2.El derecho penal internacional como derecho cosmopolita: el problema de definir los intereses de la humanidad

Los escasos discursos de las distintas escuelas de pensamiento filosófico en torno a la construcción del derecho penal internacional como derecho cosmopolita, así como de algunos teóricos del Derecho sobre sus fines y contenido en torno a la validación en clave de justicia, son *ex antes* a la creación y establecimiento de la CPI. Por ello, es necesario retomar el estado del discurso y evidenciar el fundamento epistemológico del establecimiento de la justicia penal internacional. Queremos poner en evidencia aquí: i) la influencia del iusnaturalismo en la construcción de la teoría del derecho penal internacional como derecho cosmopolita³². Lo anterior, con el propósito de descubrir las raíces filosóficas de la CPI y de su sistema de derecho penal. La fundamentación del pacifismo jurídico internacional, a más de doce años de la instauración de la CPI, sigue estando a cargo de la aspiración del cosmopolitismo habermasiano; ii) Desde el punto de vista de la teoría del derecho, la legitimación del sistema de la CPI se realiza mediante el análisis de lo que se considera “lesión”, a partir de la valoración de las conductas que son puestas en consideración de la CPI para definir su admisibilidad a través de un juicio cualitativo. El marco de referencia para decidir lo que es y lo que no es una “lesión”, son las definiciones de los intereses jurídicos universales contenidos en el preámbulo del ER. Werle Gerhard estima que el sistema de justicia de la CPI protege bienes jurídicos: "*El derecho penal internacional protege "la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad" como los bienes jurídicos más*

³² Esta fundamentación del derecho penal internacional desde el “pacifismo jurídico” kantiano fue fuertemente discutida por el positivismo autoritario de Carl Schmitt. Algunos de los aspectos problemáticos de la tesis kantiana, construida desde la idea del imperativo categórico, del deber (que no tuvieron el poder de contener las guerras del siglo XX), motivaron el cambio del paradigma moralizante, por un discurso humanista basado en postulados teórico discursivos aportados desde la teoría del derecho, en concreto por el paradigma de Jürgen Habermas.

*importantes de la comunidad internacional*³³.

Sin embargo, consideramos que, si se tuviera que realizar un juicio de lesión, como parte del test de gravedad para determinar la admisibilidad de una situación y en consecuencia fundamentar la apertura de investigación por la Sala de Cuestiones Preliminares, este debería tomar como referencia los intereses jurídicos universales (y no bienes jurídicos, de acuerdo con Werle), expresados en el Estatuto: *la Paz, la Seguridad de los Estados y el Bienestar de la humanidad*, pues en concreto crímenes como el genocidio no concretan la protección a bienes como la vida o la integridad personal.

Lo que se observa del análisis empírico de las nueve situaciones que hasta ahora ha examinado la CPI, es que no se adelanta ningún examen **cuantitativo** en el juicio de admisibilidad frente al umbral de gravedad suficiente. En las distintas decisiones de apertura de investigación, de manera exclusiva solamente se hace referencia a elementos **cuantitativos** de **generalidad** y **sistematicidad**, elementos contextuales que hacen parte de todos los crímenes de competencia del mencionado Tribunal Penal Internacional³⁴.

Hay un cierto consenso por parte de las distintas Salas de Cuestiones Preliminares, que alcanza incluso el estudio de casos de la Oficina del Fiscal de la CPI sobre el análisis de elementos cuantitativos. Pero, como se advierte en los requerimientos de Kenia y Costa de Marfil, tampoco se incluye un examen cualitativo frente a la lesión efectiva en clave de la gravedad requerida como umbral de gravedad suficiente para activar la competencia.

¿La ausencia de la constatación del “umbral de gravedad suficiente” es deliberada por parte de los operadores judiciales internacionales? ¿Recurrir a este juicio previo aportaría elementos objetivos que harían más razonables los criterios de selección? En el sistema penal internacional es evidente la ausencia de conceptualización de los mencionados intereses jurídicos universales y su diferenciación de los bienes jurídicos legitimadores de los sistemas estatales (o por lo menos después de la condición introducida por Welzel³⁵ como límite lógico – objetivo

³³ WERLE, Gerhard. **Tratado de Derecho Penal Internacional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 79.

³⁴ Lo cual se puede verificar en las decisiones del 31 de marzo de 2010 (Kenia), 29 de julio de 2004 (Uganda), 23 de junio de 2004 (República Democrática del Congo), 22 de mayo de 2005 (República Centro Africana), 6 de junio de 2005 (Darfur, Sudan), 3 de octubre de 2010 (Costa de Marfil), y del 16 de enero de 2013 (Malí).

³⁵ WELZEL, Hans. **Derecho penal. Parte general**. Buenos Aires: De Palma, 1956.

del tipo impuesto al legislador de la materia penal). La paz internacional no se encuentra dentro de los bienes jurídicos a ser protegidos por parte de los Estados, pues tal postulado involucra intereses que desbordan la soberanía dentro de los límites estatales. Surge entonces, una necesidad ante la ausencia de estos juicios en las decisiones de admisibilidad. Ante la omisión en la conceptualización jurídica de los mencionados intereses, se hace indispensable definir los intereses, que superan el ámbito de la tutela estatal.

El artículo primero del ER se limita a la enumeración de los intereses, y señala que estos tienen una función legitimadora de sistema, pero no dan mayores pistas sobre su contenido jurídico o su concepto entendido como referente del juicio de admisibilidad.

CONCLUSIONES: EL PROBLEMA DE LA DELIMITACIÓN DE LAS ESFERAS DEL DERECHO PENAL NACIONAL Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Los bienes jurídicos son, pues, ámbitos de protección individual y colectiva. Se diferencian de los derechos, en cuanto a su nivel de determinación y a su fuerza vinculante. Los derechos tienen una sanción prescrita legalmente en casos de violación. Los bienes jurídicos son valores importantes, de acuerdo con los criterios jurídico-políticos vigentes en determinado momento y sociedad política. El sistema político prioriza los valores que deben ser defendidos. La forma de crear un sistema de valores con aspiraciones totales es el derecho penal especial, es decir, la criminalización primaria adelantada a través del legislativo.

El ámbito de acción del derecho penal internacional es el de los graves atentados a los DDHH y el DIH. El derecho penal nacional tiene un radio de acción, desde el punto de vista filosófico, mucho más amplio, pues castiga todos los atentados a los DDHH y al DIH. Ello implica que las más graves violaciones a los DDHH e infracciones al DIH deben ser conocidas por la jurisdicción universal; en cuanto al delito ordinario, como atentado a los derechos de los ciudadanos, debe ser tramitado ante la jurisdicción nacional. Cuando las transgresiones a los derechos de ciudadanía son parte de una estrategia de un aparato organizado de poder, y tienen el carácter de generalizadas y sistemáticas, deben ser llevadas ante la jurisdicción universal.

Las consecuencias jurídicas de que las esferas del derecho penal nacional y del derecho penal internacional se mixturen en Colombia, en lo que toca a los crímenes de mayor gravedad, de acuerdo con la normatividad de la CPI son positivas y negativas.

Por un lado, valoramos positivamente la internacionalización del derecho penal colombiano en cuanto consideramos que la hace más eficaz, desde el punto de vista simbólico, de la construcción de valores que propicien en el país la formación de una conciencia de los DDHH. El ER fue concebido simplemente para perseguir a máximos responsables de conductas sistemáticas y generalizadas contra la humanidad: a un Adolf Hitler o a Rudolph Eichmann, en Alemania; a un Pol Pot, en Camboya; a un Iósif Stalin, en la Unión Soviética; a máximos jefes de grupos armados que han aterrorizado y atacado a la población civil de las excolonias africanas, de las excolonias latinoamericanas.

Pero por otro lado, se advierte una confusión entre los ámbitos de protección del derecho penal internacional y la protección que a nivel local limita los contenidos de los bienes jurídicos seleccionados internamente por el legislador.

Lo anterior se refleja en los juicios frente a la determinación de la antijuridicidad de los comportamientos: es diferente plantear una lesión (o tentativa de lesión) al bien jurídico, a una lesión (o tentativa) a un interés jurídico universal. El umbral de gravedad contenido en los crímenes internacionales dista en elementos cualitativos y cuantitativos respecto a: su configuración en atentados a nivel local. De la misma manera, esto se refleja en la configuración de las causales de justificación y en el error de prohibición que recae sobre una causal de justificación.

Por lo anterior, resulta útil la diferenciación propuesta en la consideración de la naturaleza o del carácter del interés jurídico universal, objeto de tutela por el derecho penal internacional, que se fundamenta en principios universales. Ello, en contraste con el carácter eminentemente valorativo de los bienes jurídicos tutelados a nivel local.

El hecho de que las esferas del derecho penal internacional y el nacional están mezcladas, crea dificultades para la administración de la justicia penal, especialmente en el contexto actual, de los diálogos de paz:

- a. Dificultades prácticas, derivadas de que los operadores judiciales han tratado de aplicar directamente el ER al imputar, acusar y juzgar los delitos del Código Penal que castigan

los atentados a los DDHH y al DIH. El interés de los funcionarios judiciales es darle un tratamiento de delitos imprescriptibles, pero las penas perpetuas en Colombia están proscritas por la Constitución. La Corte Constitucional ha decidido, con un adecuado criterio jurídico y ético, que el ordenamiento penal interno goza de autonomía en ese sentido, pues siguen teniendo validez las normas internas que son incompatibles con el ER.

- b. La priorización de casos que van a ser perseguidos, tiende a obedecer a los criterios del ER, como se evidencia en el documento del Fiscal General sobre criterios para la persecución de los casos más graves³⁶. En la Directiva del Fiscal General, se menciona la posible obstaculización a los procesos internos de justicia transicional que podría generar la CPI al establecer límites a las amnistías.

La posibilidad de un acuerdo de paz hace urgente que la justicia colombiana ofrezca a sus funcionarios actualización en este sentido, de diferenciar las dos esferas del derecho penal, interno e internacional, con el fin de asegurar los mínimos de justicia penal para las víctimas.

³⁶ COLOMBIA. Fiscalía General de la Nación. **Directiva 001 de 4 de octubre de 2012**, Despacho del Fiscal General de la Nación, p. 12.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. **Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica**. En “Derecho y Razón Práctica”. México: Fontamara, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Teoría General del Derecho**. Madrid: Debate, 1991.

Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. **Núcleos Problemáticos**. En: Módulos Siglo XXI, Nos. 42-47. Bogotá D.C.: Códice, 2002.

GOLDSCHMIDT. **Introducción Filosófica al Derecho: la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes**. Buenos Aires: Depalma, 1976.

HABERMAS, Jürgen. **Identidades nacionales y posnacionales**. Editorial Tecnos, Madrid, 1989. *Íbid.* P. 93.

FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática**. Montevideo: Julio César Faira, 2004.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho: la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes**. Buenos Aires: Depalma, 1976.

HABERMAS, Jürgen, *Identidades nacionales y posnacionales*. Editorial Tecnos, Madrid, 1989.

_____ *Más allá del Estado Nacional*. Editorial Trotta, Madrid, 1997.

_____ *La constelación posnacional*. Editorial Paidós, Madrid.

MANNHEIM, Karl. **Ideología e utopía**, Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

OLÁSOLO Alonso, Héctor. **Los exámenes preliminares de la Corte Penal Internacional en América Latina: el caso colombiano y su impacto sobre futuras negociaciones de paz en la región**. En: Anuario de derechos humanos No. 10, Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2014, pp. 35-56.

OLÁSOLO, Héctor. **El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo**. En: *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP*, vol. 1. Bogotá: Universidad del Rosario, 2013, pp. 18-42, p. 21. Disponible en: <http://www.iberoamericaninstituteofth Hague.org/attachments/article/184/ANIDIP%20Vol%20I%202013.pdf>

REALE, Miguel. **Teoría Tridimensional del Derecho**. Madrid: Tecnos, 1997.

SANÍN BETANCOURT, Amalia. **El nuevo código penal y el derecho internacional humanitario en el contexto colombiano.** En: Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos n.º 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador), Buenos Aires: Lexis Nexis- Abeledo Perrot, 2003, pp. 503 a 532. Disponible en: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/18_sanin_betancourt.pdf

SANTOS, Boaventura de S. **Descolonizar el saber.** Montevideo: Trilce, 2010, p. 32.

Transitional Justice Database Project. Disponible en internet en: www.tjdbproject.com

VON LISZT, Franz. **Derecho Internacional Público.** Barcelona: Gustavo Gili, 1929.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal, Parte General.** Buenos Aires: De Palma, 1956.

WERLE, Gerhard. **Tratado de Derecho Penal Internacional.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

NORMAS:

Asamblea General de las Naciones Unidas, Estatuto de Roma. 1998. *Disponible en internet en:* [http://legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

_____ Resolución RC-Res.6 de la Corte Penal Internacional, Disponible en internet en: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-SPA.pdf

_____ Carta de San Francisco de 1946; Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2007.

_____ Declaración universal de los derechos de los pueblos, 4 de julio de 1976.

_____ Propuesta presentada por Cuba, sobre la definición del crimen de agresión y condiciones para el ejercicio de la competencia. Nueva York, 6 de febrero de 2003, ICC-ASP/1/L.4.

_____ Resolución 3314 (XXIX), mediante la cual define el acto de agresión y la competencia para definir su configuración por parte del Consejo de Naciones Unidas.

COLOMBIA. Congreso de la República. Código Penal. Ley 599 de 2000.

_____ Fiscalía General de la Nación. Directiva 001 de 4 de octubre de 2012, Despacho del Fiscal General de la Nación.

SENTENCIAS Y OTRAS DECISIONES JUDICIALES:

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencias C-573 de 1994, C-225 de 1995, C- 1076 de 2002, C- 004 de 2003, C- 871 de 2003, C-172 de 2004, C- 291 de 2007, C- 240 de 2009, C- 488 de 2009, C- 936 de 2010, C-290 de 2012. Disponibles en internet en: www.corteconstitucional.gov.co
Corte Internacional de Justicia. Providencia del 2 de junio de 1999. Caso de Yugoslavia contra Francia. Caso relativo a la legalidad del uso de la fuerza. Solicitud de medidas provisionales. La Haya, 1999.

SCP II, Decisión de conformidad con el artículo 15 ER sobre la autorización de una investigación en la situación de la República de Kenia, No.: ICC-01/09, 31/marzo/2010.

SCP III, Decisión de conformidad con el artículo 15 ER sobre la autorización de una investigación en la situación de la República de Costa de Marfil, No.: ICC-02/11, 3/octubre/2011.

SCP I, Decisión de autorización de una investigación en la situación de la República de Democrática del Congo, No.: ICC-01/04, 23/junio/2004.

SCP II, Decisión de conformidad con el artículo 15 ER sobre la autorización de una investigación en Uganda, No.: ICC-02/04, 29/julio/2004.

SCP III, Decisión sobre la autorización de una investigación en la situación de la República Centro Africana, No. ICC-03/07, 22/mayo/2007.

SCP I, Decisión sobre la autorización de una investigación en Dafur, Sudán, No.: ICC-01/05, 6/junio/2005.

SCP II, Decisión sobre la autorización de una investigación en la situación de la República de Mali, No.: ICC-02/13, 16/enero/2013.

Universidade Católica de Petrópolis
Centro de Teologia e Humanidades
Rua Benjamin Constant, 213 – Centro – Petrópolis
Tel: (24) 2244-4000
lexhumana@ucp.br
<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana>



FELIZZOLA, Aura Helena Peñas; RAMÍREZ MONTES, Sandra Patricia. LAS ESFERAS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y DEL DERECHO PENAL NACIONAL: UNA PROPUESTA DE COMPRENSIÓN TRIDIMENSIONAL. *Lex Humana*, v. 6, n. 2, dez. 2014. ISSN 2175-0947. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=675> . Acesso em: 30 Dez. 2014.