

28 FEB. 2011
BIBLIOTECA
ENRIQUE LOW MURTRA

REALIDADES Y TENDENCIAS DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI

DERECHO PENAL

Tomo III

OBRA CONMEMORATIVA DE LOS OCHENTA AÑOS
DEL RESTABLECIMIENTO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA


Pontificia Universidad
JAVERIANA
Bogotá
Facultad de Ciencias Jurídicas

 **editorial**
TEMIS S. A.

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Presentación general.....	IX
Prólogo	XIII

PARTE PRIMERA

DERECHO PENAL EN CONTEXTOS DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

LA VIOLACIÓN COMO ARMA DE GUERRA Y SU PERSECUCIÓN COMO CRIMEN INTERNACIONAL

ALICIA GIL GIL

1. La violencia sexual como arma de guerra	3
2. La jurisprudencia de los tribunales “ad hoc” sobre delitos sexuales	11
3. Los delitos sexuales en el Estatuto de Roma	17
A) Regulación	17
B) Casos	26
C) Reglas de procedimiento y prueba, y protección de víctimas y testigos	27
4. Actuaciones en el ámbito internacional fuera del marco penal	29

LA “PROTECCIÓN PENAL DE LA MEMORIA”: SOBRE EL DELITO DE NEGACIONISMO

EMANUELA FRONZA

1. Derecho, memoria y pena	31
2. El fenómeno negacionista	36
3. Los diferentes niveles de protección	39
A) El derecho internacional general	39
B) Las normas regionales: los instrumentos europeos	41
C) Las legislaciones nacionales	45
4. Los negacionistas a juicio. Análisis de tres casos paradigmáticos	49
A) La distinción entre “manifestación de una opinión” y “afirmación de un hecho”. La sentencia del Bundesverfassungsgericht	50
B) La Historia que deviene “res iudicata”: el Holocausto como “hecho históricamente establecido”. El caso Garaudy	54

	PÁG.
C) El proceso a la Historia: “el método correcto”. El caso Theil	56
5. La protección penal de la memoria: algunas observaciones	61
A) ¿El juez como historiador?	61
B) ¿La memoria como bien jurídico?	63
C) La función simbólico-expresiva del tipo de negacionismo	67
6. El negacionismo como ataque al pacto ético y la necesidad de un “camino largo” de la memoria	69

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: UNA RELACIÓN PROBLEMÁTICA

ALEJANDRO APONTE CARDONA

1. Introducción	72
2. Evolución en el proceso de toma de decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos con fundamento en las normas humanitarias	74
A) El fenómeno de la competencia	74
B) Diferencias de posición entre los dos órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	75
3. Aplicación de normas de derecho internacional humanitario por la Corte Europea de Derechos Humanos: un ejercicio interesante de “renvoi”	76
A) La teoría de la remisión (“renvoi”)	77
B) Teoría de la remisión y Sistema Interamericano: alcances y límites	79
4. Posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	80
A) Informe 26/97 de 30 de septiembre de 1997	81
B) La dignidad como núcleo común entre los dos sistemas de protección	84
5. La legislación penal: la triada vida-integridad-dignidad, como base de tipos penales pluriofensivos	84
6. Sobre los límites de la acción legítima de defensa estatal	86
A) Informe 38/97 de 16 de octubre de 1997	87
B) Informe 55/97 de 18 de noviembre de 1997	89
7. Un caso emblemático del sistema: Las Palmeras vs. Colombia	90
8. Regulación de los estados de excepción: una aproximación a la protección de la vida, la integridad y la dignidad en escenarios de emergencia	92
A) Tribunales nacionales y tribunales internacionales: esfuerzos unidos frente al impacto de la excepción	94
9. El derecho internacional humanitario como contexto general de interpretación de los hechos y de las normas aplicables	95
A) Caso Las Palmeras vs. Colombia, excepciones preliminares, sentencia de 4 febrero 2000 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	96
B) Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, fondo, sentencia de 5 noviembre 2000 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	97

C) Caso De la Cruz Flores vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 18 noviembre 2004 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	98
D) Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, excepciones preliminares, sentencia de 23 noviembre 2004 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	99
10. Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 15 noviembre 2005 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	103
A) La actuación de particulares y el tema de la omisión	104
B) El bloque de constitucionalidad y sus efectos prácticos a nivel interno	105
11. De la responsabilidad estatal a la responsabilidad individual: el activismo del Sistema Interamericano	107
A) Una etapa más actual en la evolución del Sistema interamericano respecto del derecho internacional humanitario	108
B) La aquiescencia estatal con las acciones de particulares y la omisión del deber en los agentes estatales: un punto de inflexión actual	109

**LA CARA REPRESIVA DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA
ARGENTINA SOBRE GRAVES VIOLACIONES
DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia
de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón

EZEQUIEL MALARINO

1. Introducción	113
2. Algunos problemas relacionados con la aplicación de la jurisprudencia de la CorteIDH del caso Barrios Altos a las leyes argentinas de Punto final y Obediencia debida	115
3. Los problemas de la calificación de los hechos como crímenes contra la humanidad: la tensión entre el derecho consuetudinario y el principio de legalidad	146
4. Consideraciones finales	160

**TRASFONDOS POLÍTICOS Y JURÍDICOS DE LA SENTENCIA
CONTRA EL EX PRESIDENTE PERUANO ALBERTO FUJIMORI**

KAI AMBOS

con asistencia de FLORIAN HUBER

1. Introducción	165
-----------------------	-----

	PÁG.
2. Impunidad en las violaciones de Derechos Humanos durante la presidencia de Fujimori	166
3. Importancia e influencia de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Perú y de la jurisprudencia interamericana en el proceso penal contra Fujimori	170
4. El procedimiento de extradición contra Fujimori	174
5. Los procesos penales por los casos Barrios Altos/La Cantuta y Sótanos SIE	177
A) La clasificación penal de los hechos comprobados desde la perspectiva del derecho internacional y del derecho nacional	178
B) El papel de Fujimori en la comisión de los delitos comprobados	180
6. Conclusión	196

SOBRE LA PUNICIÓN DEL EX PRESIDENTE ALBERTO FUJIMORI

Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal

PROF. DR. DINO CARLOS CARO CORIA

1. Planteamiento del caso	199
2. Breve referencia histórica de la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder en los tribunales penales	202
3. La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder: fundamentos de la sentencia contra el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori	204
A) Presupuestos de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder	204
B) Presupuesto general: la existencia de un aparato organizado de poder	205
C) La estructura de la organización criminal estatal: desde el Destacamento Colina hasta Fujimori	207
D) Presupuestos de carácter objetivo: el poder de mando del hombre de atrás y la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico	209
E) La instalación de una nueva política antisubversiva por de la dotación de mayores competencias a los aparatos de inteligencia nacional	218
F) Presupuestos de carácter subjetivo: fungibilidad del ejecutor y la elevada disponibilidad que tiene frente el hecho delictivo	222
4. Valoración crítica de la tesis de la coautoría	226
5. Conclusiones	229

LOS LÍDERES PARAMILITARES: ¿AUTORES MEDIATOS POR MEDIO DE APARATOS CRIMINALES ORGANIZADOS DE PODER?

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

	PÁG.
1. Introducción	231
2. Concepto	232
A) Precisiones terminológicas	232
B) Distingos	233
C) La posible estructura de los grupos criminales paramilitares	235
3. La ubicación dogmática del asunto	235
A) La coautoría	236
B) La inducción	237
C) La autoría accesoria	237
D) La complicidad necesaria	238
E) La autoría mediata	238
F) Una nueva categoría dogmática	242
4. El problema en el derecho colombiano	242
A) La legislación derogada	243
B) La legislación vigente	243
C) La jurisprudencia	244
D) La doctrina	248
5. A manera de conclusión	249
6. Bibliografía	252

LA AUTORÍA MEDIATA POR MEDIO DE ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE PODER: EL CASO COLOMBIANO

JORGE VELÁSQUEZ NIÑO

1. La autoría	261
2. La participación	265
3. La autoría mediata por medio de estructuras organizadas de poder	269
A) Origen y noción	269
B) La solución desde la coautoría y la determinación	271
C) Requisitos	272
4. El caso colombiano	276
A) En la ley	276
B) En la jurisprudencia	278
C) La aplicación del concepto si es viable	279
5. Bibliografía	283

CONCURRENCIA DE PERSONAS EN EL DELITO

Autoría mediata en aparatos organizados de poder

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

285

PARTE SEGUNDA

DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL**LA RACIONALIDAD DE LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA
PENAL COMO MECANISMO DE CONTENCIÓN
DEL PODER PUNITIVO ESTATAL**

GUSTAVO A. AROCENA

PÁG.

311

**BREVE RELATO SOBRE LA INEFICACIA DE LA FUNCIÓN
POLÍTICO-CRIMINAL DEL BIEN JURÍDICO PENAL**

FABIÁN I. BALCARCE

1. Introducción	329
2. Sistema continental v. sistema anglosajón	330
3. Concepto	331
4. El iusnaturalismo	332
5. El Estado burgués	332
6. Positivismo jurídico y normativismo	335
7. El Estado social	336
8. Finalismo y funcionalismo sistémico	339
9. El Derecho penal de seguridad	340
10. Dogmática constitucional y legislación penal	343
11. El discurso de la víctima	345
12. La lógica "hemisferio norte"	346
13. Extrema unción	347
14. Bibliografía	351

POSICIÓN DE GARANTE Y DERECHOS INDIVIDUALES

MARCO ANTONIO TERRAGNI

1. Antecedentes	359
2. Campo de aplicación del concepto "deber de garantizar la indemnidad del bien jurídico"	360
3. Ubicación sistemática	361
4. Las fuentes del deber de garantía. Generalidades	362
5. Fuentes formales	363
A) La ley como fuente del deber de garantía	363
6. Fuentes materiales	368
A) Cercanía social o existencial	371
B) Defraudación de confianza o desatención de expectativas recíprocas	372
C) Creación o incremento de peligro	373

	PÁG.
D) El actuar precedente. Injerencia	374
E) La asunción de una función de protección y el deber de control de fuentes de peligro	375
F) La estrecha relación con el bien jurídico y la comunidad de vida o de peligro	378
G) La posición de garante en virtud de incumbencia por organización y responsabilidad en virtud de incumbencia institucional	379
H) La posición de garante fundada en la ponderación de intereses	380
7. Los derechos constitucionales	382

LA ANTIJURIDICIDAD FORMAL

CAMILO SAMPEDRO ARRUBLA

385

TENDENCIAS ACTUALES DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

JOSÉ DANIEL CESANO

1. Causas de justificación: principios generales	400
A) Concepto	400
B) ¿Causas de justificación y causas de exclusión de la tipicidad penal o del injusto penal?	402
C) Fuentes de las causas de justificación	403
D) Unidad de la antijuridicidad	411
2. Fundamentos de las causas de justificación	414
3. Efectos de las causas de justificación en general	417
4. ¿Elementos subjetivos en las causas de justificación?	418
A) ¿Depende la existencia de la justificación de la presencia de elementos subjetivos? Estado de la discusión y toma de posición	418
B) Presupuestos materiales de los elementos subjetivos de la justificación	422
C) Efectos que produce la ausencia de los elementos subjetivos en la justificación	423
5. Suposición errónea de la situación objetiva justificante	426
6. El exceso y su relación con la justificación	428
7. Concurso entre causas de justificación	430
8. Aspectos probatorios de las causas de justificación	432

EN EL CENTENARIO DE LA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

DR. DR. H.C. JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

435

EL TRATAMIENTO DEL DELITO POLÍTICO EN COLOMBIA: UN LEGADO DE SU TRADICIÓN JURÍDICA

MARÍA MARTINA SÁNCHEZ TRIANA

	PÁG.
1. El delito político y su tradición en los textos constitucionales y legales colombianos	448
A) La defensa común y la unidad de territorio: objetivos constitucionales	449
B) La disminución de pena y los graves motivos de conveniencia pública: un principio de tratamiento privilegiado	451
C) La diferencia entre un tiempo de guerra y otro de paz y la determinación de la normativa aplicable en estos casos	454
D) La integración de normas internas con normas del Derecho de gentes y sus consecuencias	456
E) La doble visión del tratamiento privilegiado a partir de 1886 y su reflejo en los códigos penales: irrupción de la conexidad	459
2. La importancia del concepto de combate en la noción de delito político ...	464
A) El combate como circunstancia de la conducta punible	466
B) Del acto de combate a los hechos punibles cometidos en combate: de la restricción a la amplitud	468
C) El tratamiento de la conexidad: entre la exención de la responsabilidad y la exclusión de pena	471
D) El debate sobre la exclusión de pena	473
3. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y la reconstrucción del delito político	474
4. Bibliografía	477

EL ESTADO Y LA PROTECCIÓN A LA NIÑEZ VÍCTIMA DE DELITOS SEXUALES

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

1. Presentación	479
2. Evolución del tratamiento punitivo de los delitos sexuales en Colombia, a partir de los códigos penales y sus reformas	481
A) El Código Penal de 1837	482
B) Código Penal de 1890	482
C) Código Penal de 1922. Ley 109 de 1922	482
D) Código Penal de 1936. Ley 95 de 1936 que comenzó a regir en 1938	483
E) Decreto 1118 de 1970	488
F) Decreto 522 de 1971	488
G) Código Penal de 1980. Decreto-ley 100 de 1980	489
H) Ley 360 de 1997	492
I) Código Penal de 2000. Ley 599 de 2000	497
J) Ley 679 de 2001	500

	PÁG.
K) Ley 747 de 2002	500
L) Ley 890 de 2004	501
M) Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia	501
N) Ley 1236 de 2008	502
O) Ley 1237 de 2009. Proyecto de reforma constitucional para instaurar la cadena perpetua	504
3. En materia de delitos sexuales la política criminal colombiana es de corte tradicional positivista	507
4. Consecuencias de la visión tradicionalista de los delitos sexuales	508
5. La pobreza y las agresiones sexuales contra los niños. Perspectiva criminológica crítica	510
6. Pobreza y abuso sexual contra los niños. Una visión desde el exterior	514
7. Instituciones colombianas para la lucha contra la agresión sexual contra niños, niñas y adolescentes	516
8. Síntesis	518

CONTROL SOCIAL Y CRIMINOLOGÍA: REFLEXIONES CRÍTICAS DESDE LA MIRADA CLÁSICA

RAMIRO ANZIT GUERRERO

1. Criminología clásica y criminología positiva: apogeo y ocaso de la política	521
2. El regreso de la política	521
A) El delito	523
B) La pena	523
C) El hombre y el delincuente	524
D) La ley penal	524
3. Paradigmas sobrevinientes	525
A) Derivación en las teorías del conflicto. Naturaleza	526
B) Volver a lo clásico	527
4. El reconocimiento de los valores compartidos. Modelos de sociedad: consensual, plural y conflictiva	527
5. El control social: una versión clásica “aggiornada”	529
A) La respuesta estatal al delito y los fundamentos sociales del derecho penal	530
B) Las circunstancias que viabilizan que un individuo sea considerado “delincuente”	532
6. Reflexiones de matiz sociológico-político	532
7. Carencias de la mirada crítica. Rescatar las instituciones clásicas	533
8. Consideraciones finales	535
9. Bibliografía	536

LA DUALIDAD DE SISTEMAS PROCESALES EN COLOMBIA Y LAS MODERNAS TENDENCIAS

BERNARDO GAITÁN MAHECHA

539

ANÁLISIS GARANTISTA DEL TRATADO DE EXTRADICIÓN ENTRE MÉXICO Y COLOMBIA

JAVIER DONDÉ MATUTE

1. Introducción	551
2. Una aproximación teórica	552
3. Análisis del Tratado México-Colombia	557
A) Principio de doble criminalidad	557
B) Principio de especialidad	560
C) Prohibición de extraditar por delitos políticos	561
D) Prohibición de extraditar nacionales	566
4. Conclusión	567
5. Bibliografía	568
A) Libros	568
B) Artículos	568