

TENSIONES Y PRÁCTICAS EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD: IMPRESCRIPTIBILIDAD VS. LEGALIDAD EN COLOMBIA *

Omar Huertas Díaz**

Juval Antonio Vásquez Simbaqueba***

Héctor Alirio Bohórquez Suárez****

Universidad Libre. Bogotá, D. C.

RESUMEN

En este artículo se presentan los resultados de la investigación efectuada por los autores sobre las aplicaciones y los puntos de inflexión registrados en el plano teórico de los principios de imprescriptibilidad y legalidad, en casos donde se han ejecutado crímenes de lesa humanidad; con el objetivo de proporcionar interpretaciones razonables que puedan orientar a los operadores judiciales colombianos al momento de resolver un caso complejo en esta materia. Para ello, se realizó una investigación dogmática a través de la revisión bibliográfica de fuentes secundarias, la cual arrojó los siguientes hallazgos: (1) La aplicación del principio de imprescriptibilidad en Colombia estuvo supeditada a la observancia del principio de legalidad, pero hoy varias personas sindicadas de ha-

ber cometido crímenes de lesa humanidad están siendo juzgadas. (2) Esta situación sin duda afecta a los procesados y en general a la sociedad, pues se dejan a la deriva derechos como el debido proceso y en especial, la práctica jurídico penal colombiana.

Palabras clave: seguridad jurídica, principio de legalidad, principio de imprescriptibilidad, crímenes de lesa humanidad, derecho penal internacional.

ABSTRACT

This article presents the results of research conducted by the authors of the applications and turning points registered in the theoretical applicability of the principles of legality and, in cases where crimes have been

Fecha de recepción: 2 de abril de 2010. Fecha de aceptación: 16 de mayo de 2011.

* Artículo producto de la investigación terminada y desarrollada en el Grupo de Investigación "Derechos Humanos, Derecho Penal y Garantías Judiciales", registro Colciencias COL0035779 (Categoría C - 2010), Universidad Libre Seccional Bogotá.

** Abogado Universidad Nacional de Colombia. Mg. en Derecho Penal Universidad Libre. Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica Universidad de Alcalá, España. Mg. en Educación © Universidad Pedagógica Nacional. Profesor Universidad libre Seccional Bogotá. Correo electrónico: paideia04@hotmail.com.

*** Abogado Universidad Libre. Mg. en Derecho Penal Universidad Libre. Profesor área Derecho Penal Universidad Libre y ex-Magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura Villavicencio. Correo electrónico: juvalavsimb11@yahoo.com.co.

**** Abogado Universidad Militar Nueva Granada. Mg. en Derecho Penal Universidad Libre. Profesor área Derecho Penal Escuela de Cadetes, Policía General Francisco de Paula Santander. Juez Penal Militar. Correo electrónico: bohorquezhectora@yahoo.com.mx.

executed against humanity, with the aim of provide reasonable interpretations that can guide the Colombian judicial officials when deciding a complex case in this area. For this, we conducted an investigation dogmatic through the bibliography of secondary sources, which yielded the following findings: (1) The principle of applicability in Colombia was subject to compliance with the principle of legality, but today many people allegedly committed crimes against humanity are being tried. (2) This situation undoubtedly affects the accused and society at large, as are left to drift due process rights and especially the Colombian criminal justice practice.

Key words: juridical security, principle of legality, principle of limitations, crimes against humanity, international criminal law.

INTRODUCCIÓN

La figura de la responsabilidad penal internacional del individuo aparece estrechamente vinculada a la posición que la persona humana ocupa en el derecho internacional. Hoy en día, como consecuencia del proceso de humanización que ha experimentado el derecho internacional contemporáneo, especialmente, a partir de la Segunda Guerra Mundial, se reconoce una cierta subjetividad del individuo en el plano internacional (Carillo J. A., 1999). De manera que, si bien la persona humana no es un sujeto normal de las relaciones regidas por el derecho internacional, puede llegar a serlo excepcionalmente, cuando las normas internacionales le confieran derechos y obligaciones, y más ocasionalmente todavía, una legitimación para ejercerlos por sí misma.

Se trata pues de una subjetividad de alcance limitado y en nada comparable a la de los Estados, sujetos primarios originarios del derecho internacional, mediante cuya voluntad se crean las normas internacionales que permiten reconocer la subjetividad del individuo en el plano internacional, y a través de cuya actuación, salvo supuestos excepcionales, se hacen efectivas para el individuo. De forma relevante, algunas de estas normas, referidas a una dimensión pasiva de dicha subjetividad, atribuyen consecuencias internacionales a los hechos delictivos de la persona humana individualmente considerada, es decir, establecen la responsabilidad penal del individuo (Lirola I. y Martín M., 2001, pp. 7-8).

Ciertamente, según el profesor Del Rosal, la responsabilidad individual internacional debe entenderse en el ámbito de “los sucesos de la cambiante realidad histórica, y frente a ellos no cabe más que una mirada panorámica” (Del Rosal J., 1950, p. 19). En este contexto, empieza a surgir una expresión polémica en la doctrina internacionalista, la de delito de Derecho internacional, que se configurará como sustituto del clásico *delictum iuris gentium*¹. La Comisión de Derecho internacional consagró la expresión delito de Derecho Internacional en 1950 con la formulación de los Principios de Núremberg²: dicha formulación plasmará las características básicas de esta figura a lo largo de siete principios (Rueda C., 2001, pp. 31-34).

- Principio I: toda persona que cometa un acto constitutivo de *delito de Derecho internacional* es responsable del mismo y está sujeto a sanción.
- Principio II: el hecho de que el Derecho interno no imponga pena alguna por un

1 Delitos de Derecho común que constituyen una infracción contra intereses generales protegidos por el Derecho internacional (Rueda C., 2001, p. 31).

2 En la 123 sesión, celebrada el 21 de noviembre de 1947, la Asamblea General aprobó la Resolución 177 (II) por la que encargó a la Comisión de Derecho Internacional la formulación de “los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal Militar Internacional de Núremberg”.

acto que constituya *delito de Derecho internacional* no exime de responsabilidad en Derecho internacional a quien lo haya cometido.

- Principio III: el hecho de que la persona que haya cometido un acto constitutivo de *delito de Derecho internacional* haya actuado como Jefe del Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al Derecho internacional.
- Principio IV: las órdenes superiores no pueden ser alegadas como eximentes si el acusado ha tenido la posibilidad moral de elección.
- Principio V: toda persona acusada de un *delito de Derecho internacional* tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho.
- Principio VI: los delitos enunciados a continuación son punibles como *delitos de Derecho internacional*: Crímenes contra la paz [...]; Crímenes de guerra [...] y Crímenes contra la humanidad [...].
- Principio VII: la complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, de los enunciados en el principio VI constituye asimismo *delito de Derecho internacional* (Blanc A., 1990, pp. 24-28).

De ahí el nacimiento del Derecho penal internacional que, de acuerdo a lo expresado en los párrafos anteriores, se ha concebido tradicionalmente como el conjunto de todas las normas de Derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales. Se trata de una combinación de principios de Derecho penal y Derecho internacional. La idea central de la *responsabilidad individual* y

de la *reprochabilidad* de una determinada conducta (macrocriminal) proviene del Derecho penal, mientras que las clásicas figuras penales (de Núremberg), en su calidad de normas internacionales, deben clasificarse formalmente como Derecho internacional y someten de este modo la conducta en cuestión a una punibilidad autónoma de Derecho internacional (principio de la responsabilidad directa del individuo según el derecho internacional).

No obstante, para que se aprobara la creación de un tribunal penal internacional permanente que hiciera efectivos estos preceptos, se aunaron múltiples esfuerzos que se remontan al tiempo anterior a la Segunda Guerra Mundial. Pero sólo hasta 1998, entre el 16 de junio y el 17 de julio, Naciones Unidas convocó en Roma una conferencia internacional para la elaboración del estatuto de una corte penal internacional³. El objeto de las negociaciones fue el proyecto elaborado por el Comité Preparatorio (Proyecto Final de Estatuto para la CPI)⁴, que en 116 artículos con 1400 propuestas de enmiendas, y cerca de 200 opciones, preveía la creación de una corte penal internacional permanente.

Durante este proceso, las cuestiones jurídicas materiales, sobre todo la formulación de los tipos penales, probaron ser comparativamente poco controvertidas. También favoreció este acuerdo, el hecho de que, con los estatutos del Tribunal Militar Internacional, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, ya existían modelos probados por la práctica. No obstante, tampoco se alcanzó una total unanimidad en el ámbito de los tipos penales. Así, por ejemplo, los intentos de formular una definición del crimen de agresión no tuvieron éxito, aunque conviene aclarar que según las enmiendas aprobadas por la Asamblea de los Estados

3 ONU Doc. A/RES/52/160 1997.

4 ONU Doc. A/CON S.183/2/Add.1 de 14 de abril de 1998.

Partes durante la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, celebrada en Kampala (Uganda) del 27 de mayo al 11 de junio de 2010 este crimen se define como:

“La planificación, preparación, iniciación o ejecución de un acto de uso de la fuerza armada por parte de un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado.

El acto de agresión comprende, entre otras cosas, la invasión, la ocupación militar y la anexión mediante el uso de la fuerza, el bloqueo de los puertos o de las costas, si se considera que por sus características, gravedad y escala constituye una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

El autor del acto de agresión ha de ser una persona que esté en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado (Corte Penal Internacional, 2011)”.

Finalmente, el 17 de julio de 1998 se adoptó en el pleno, con 120 votos a favor, el Estatuto de Roma⁵, el cual regula en 128 artículos el establecimiento de la Corte Penal Internacional (parte I), su composición, administración y financiación (partes IV, XI, XII), el procedimiento ante la Corte y la cooperación con la Corte (partes V a X). Además, especifica los crímenes de su competencia, y relaciona los principios generales de derecho penal (partes II y III).

Por tanto, el Estatuto es el documento central del derecho penal internacional. Formula los principios jurídicos [del sistema], desarrolla un novedoso derecho procesal (Werle G., 2005, pp. 67, 70-72, 74), y amplía el ámbito de regulación más allá de los fundamentos jurídico-materiales a otras zonas accesorias del Derecho Penal (Derecho sancionatorio, ejecución penal, cooperación internacional y asistencia judicial) y a cuestiones de organización judicial (Ambos K., 2006a, p. 20).

Ahora bien, como parte del ordenamiento jurídico internacional, el derecho penal internacional surge de las fuentes del derecho internacional⁶ (Werle G., 2005, p. 105). En efecto, la cuestión se complica dada la particularidad de las fuentes del Derecho internacional, puesto que no existe una autoridad legislativa y la principal (o única) fuente, es la propia voluntad de los Estados, para que surja una norma de Derecho penal internacional los Estados tienen que reconocerla como obligatoria.

Para Triffterer, no se debe exigir que la mayoría de los Estados reconozcan los tipos como obligatorios, y será útil distinguir entre Derecho penal internacional universal y regional. Por el contrario Jescheck, exige que sean reconocidos por la mayoría de los Estados. Sin embargo, un auténtico Derecho penal internacional, más allá del reconocimiento por la mayoría de los Estados, ha de gozar del carácter de *ius cogens*⁷, es decir, exigir su reconocimiento como norma imperativa, por dos razones fundamentales:

5 ONU Doc. A/CONF.183/9, 37 ILM (1998).

6 En el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, aceptado ampliamente como una lista de las fuentes de derecho internacional, se dispone que: [...] La Corte, cuya función es decidir conforme a derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (a) Las convenciones internacionales [...] (b) La costumbre internacional [...] (c) Los principios generales de derecho [...] (d) Las decisiones judiciales [...] (Huertas O. y otros, 2008, p. 46).

7 De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre los Tratados se entiende por *ius cogens*, “una norma imperativa del derecho internacional general... aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” (Ambos K., 1997, p. 239).

- a) Han de poder aplicarse aun contra la voluntad de los Estados, ya que la mayoría de las veces se trata precisamente de conductas realizadas en el marco de una política estatal.
- b) Vinculan directamente a los ciudadanos de todo el mundo, con independencia de la voluntad del Estado al que pertenezcan (Gil A., 1999, pp. 52-53).

Sin embargo, en relación con las *fuentes* del derecho penal internacional, particularmente, respecto a la fundamentación en el *derecho consuetudinario* de normas de derecho penal internacional, se plantean especiales dificultades en un doble sentido. Desde la óptica del *derecho penal* el principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* parece excluir la existencia de tipos penales no escritos fundados en la costumbre internacional.

No obstante, conforme a los artículos 15 (2) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, 11 (2) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 7 (2) de la Convención Europea de Derechos Humanos una conducta puede ser sancionada si era punible “según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional” (Ambos K., 1997, pp. 39 y ss.). Aquí, el concepto “principios de derecho” no se debe entender en el sentido del artículo 38 (1)(c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sino en el de las reglas de Núremberg, por lo cual la regla aplicada debe tener “sin duda” el carácter de costumbre internacional (Triffterer O., 1999, p. 502).

En este contexto, desde la óptica del *derecho internacional* se presenta el problema de que la praxis de los Estados (*repetitio facti*), necesaria junto con un convencimiento ju-

rídico general (*opinio juris*) para el nacimiento del derecho consuetudinario internacional, difícilmente se pueda fundamentar de cara a la amplia extensión de la impunidad de las severas violaciones a los derechos humanos.

Lo cierto es que este problema puede ser atendido mediante una más fuerte atenuación de los *principios generales del derecho*. Para lo cual, según la opinión preponderante en la actualidad, los principios generales del derecho se pueden fundamentar, también, en una valoración de conjunto del “soft law”⁸ internacional, como una especie de “*opinio iuris* sin concordancia con la práctica estatal”. En esta dirección argumenta en definitiva también el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (2000, párrafos 527 y ss.) cuando funda una prohibición fundamental de represalias en caso de ataques a civiles en el campo de batalla, esencialmente, en las “demandas de humanidad y dictámenes de conciencia pública, como manifestaciones de la *opinio necessitatis*”.

Tal comprensión moderna de los principios generales del derecho conduce a una asimilación de estos con el derecho consuetudinario internacional. Así pues, el derecho consuetudinario internacional es parte de las “normas” –artículo 21 (1)(b) del ER–, y los principios generales del derecho contienen una doble función: por un lado, como reglas supranacionales originarias colaborarían a la formación de la costumbre internacional o –según una comprensión moderna– a la de reglas de derecho internacional. Por otro, los principios generales del derecho en sentido tradicional, representarían una fuente autónoma –aunque de acuerdo con el artículo 21 (1)(c) deben ser aplicados sólo subsidiariamente–, al ser útiles para la interpretación de un tratado y para colmar lagunas de regulación existentes (Ambos K., 2006b, pp. 36-38, 41).

8 Dentro de este concepto entran, por ejemplo, las decisiones de los organismos internacionales no jurisdiccionales, los demostrables esfuerzos de codificación, las declaraciones de las conferencias diplomáticas, entre otros (Simma B., 1995, p. 153-256).

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Desde esta perspectiva, el artículo 21 del ER contiene una regulación especial para la determinación del derecho por la Corte Penal Internacional:

Artículo 21 Derecho aplicable

1. La Corte aplicará:
 - a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;
 - b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;
 - c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.
2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.
3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el

género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

Al respecto, vale la pena indicar que en el derecho penal internacional se puede diferenciar entre mecanismos de aplicación directos e indirectos, según sean tribunales internacionales o tribunales nacionales los encargados de conocer de los crímenes de derecho internacional.

Hasta hace poco, el imperio del derecho penal internacional dependía, casi sin excepción, de mecanismos indirectos de aplicación. No existiendo un tribunal penal internacional permanente, la sanción de los crímenes de derecho internacional, si es que se producía, tenía lugar en los tribunales nacionales. En los casos en los que ha tenido lugar la aplicación directa del derecho penal internacional –sobre todo por medio de los Tribunales Militares Internacionales y los Tribunales *ad hoc* de Naciones Unidas– la competencia *ratione temporis*, *ratione loci* y *ratione materiae* de los tribunales ha estado estrictamente limitada.

Con la entrada en vigor del Estatuto de Roma el 1 de julio de 2002 y la institución de la Corte Penal Internacional, se dispone ahora de un foro permanente para la aplicación directa del derecho penal internacional. La Corte, sin embargo, no está concebida como una corte penal mundial con competencia universal, sino como un tribunal de emergencia y de reserva. El Estatuto de la CPI se guía por la valoración realista de que la aplicación directa del derecho penal internacional por la jurisdicción penal internacional continuará siendo la excepción, incluso tras el establecimiento de la CPI⁹.

9 Los límites de capacidad de la jurisdicción penal internacional se ponen de manifiesto de forma dramática en la actividad del TPIY. Desde la creación del Tribunal, éste tan sólo ha juzgado once personas; al mismo tiempo se encuentran en las prisiones de Ruanda más de 120.000 inculpados en situación de “prisión preventiva”.

El preámbulo del Estatuto afirma que en el caso de los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, “hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”. Al mismo tiempo recuerda “que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes de derecho internacional”. En lo que se refiere a la relación entre la Administración de Justicia penal internacional y nacional rige por tanto, según el Estatuto, el principio de complementariedad, que puede explicarse someramente como la subsidiariedad de la Corte Penal Internacional.

De ahí que, la jurisdicción penal internacional no sustituye a la jurisdicción penal nacional, sino que la complementa, incluso en cuanto a los crímenes fundamentales del derecho internacional. Si un Estado investiga o persigue adecuadamente un crimen de derecho internacional, la CPI no puede ejercer competencia sobre él. La determinación de la existencia de los parámetros requeridos por el Estatuto en cada caso concreto recae exclusivamente en manos de la propia Corte.

En este orden de ideas, es necesario mencionar que la CPI comenzó a trabajar en la Haya desde el 11 de marzo de 2003, y es competente para el enjuiciamiento de los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos desde el 1 de julio de 2002 en el territorio de uno de los Estados parte o por un nacional de un Estado parte (Werle G., 2005, pp. 138-141):

Artículo 11 Competencia temporal

1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos

después de la entrada en vigor del presente Estatuto.

2. Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12.

Así, el fundamento del interés por la imprescriptibilidad en el ámbito del ordenamiento internacional, encuentra su origen en la preocupación que suscitaba en la opinión pública mundial la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de Derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios.

De manera que, si en el ámbito doctrinal la prescripción no tenía un reconocimiento general, en el ámbito normativo el tema empezaría a ser tratado con posterioridad a la II Guerra Mundial. El principio no aparece en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, y fue años más tarde cuando el principio de imprescriptibilidad fue objeto de estudio tanto en el seno de las Naciones Unidas como en el del Consejo de Europa.

El resultado de estos trabajos fue la adopción de dos Convenciones internacionales al interior de organizaciones internacionales distintas que tuvieron como contenido fundamental el establecimiento del principio de imprescriptibilidad en relación a los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad (Rueda, C., 2001, p. 167). De esta forma, se aprobó en el plano universal la Convención de Naciones Unidas¹⁰ y en el plano regional la Convención del Consejo de Europa¹¹.

10 Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 26 de noviembre 1968.

11 Convención Europea sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, 25 de junio de 1974.

Al respecto, es pertinente señalar que si bien el Estatuto de la Corte Penal Internacional tiene como objetivo primordial, poner fin a la impunidad de los crímenes internacionales (arts. 5 a 8), y por primera vez ofrece una clara y consensual tipificación de estos crímenes, debe reconocerse que el Estatuto no es un *instrumento* dogmático e inflexible, sino *flexible y abierto* (Ambos K., 2006a, p. 28).

Desde luego, debe considerarse la entrada en vigencia del ER, en particular, la aplicación del principio de legalidad que se relaciona con la garantía del derecho al debido proceso, en tanto es importante que los individuos tengan certeza de cuáles son las consecuencias jurídico penales que se derivan de sus actos, entre otras garantías que se ven comprometidas en estos eventos.

En efecto, teniendo presente lo expresado en los párrafos anteriores y, la situación problema que se origina al interior del ordenamiento jurídico colombiano, por el juzgamiento de acciones consideradas como crímenes de lesa humanidad, y cometidas con anterioridad al 1 de julio de 2002, se plantea la siguiente pregunta problema: ¿Cuáles son las tensiones y prácticas jurídicas que subyacen entre la imprescriptibilidad y la legalidad de los crímenes de lesa humanidad en Colombia?

METODOLOGÍA

Para dar respuesta a este cuestionamiento, se realizará una investigación dogmática enmarcada en el método cualitativo documental de fuentes secundarias sobre las tensiones que se dan tanto a nivel teórico como en algunos casos que se han presentado en la práctica, entre los principios de imprescriptibilidad y legalidad de los crímenes de lesa humanidad (Centro de investigaciones sociojurídicas Universidad Libre, 2003). Al respecto, cabe señalar que se efectuó una revisión cuidadosa y sistemática de los textos (Toro I. y Parra R., 2010, p. 412) relativos a la pregunta problema formulada en el capítulo anterior, como por ejemplo, literatura sobre

el tema, resoluciones de organizaciones internacionales, leyes, entre otros.

De esta forma, en el primer momento se elaboró el estado del arte sobre la concepción, observancia y aplicación del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad en el derecho penal internacional, mediante la consulta de los instrumentos internacionales, la doctrina y la jurisprudencia que versa sobre el tema.

Luego, en el segundo momento, se caracterizó la concepción, observancia y aplicación del principio de legalidad en el derecho penal internacional, a través de la exploración, estudio y análisis de las disposiciones convencionales, la doctrina y la jurisprudencia referente al asunto.

Por último, se trabajaron los principios de imprescriptibilidad y legalidad de los crímenes de lesa humanidad en Colombia, identificando las tensiones y aspectos jurídicos institucionales presentes en las sentencias de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia Sala Penal. Finalmente, se dieron a conocer las conclusiones sobre el asunto abordado.

RESULTADOS

1. El principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad

1.1. Marco teórico y jurídico

1.2.1. Crímenes de lesa humanidad

Durante los trabajos preparatorios del Estatuto del Tribunal Internacional de Núremberg, se puso de manifiesto que determinados crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial no eran crímenes de guerra propiamente dichos; se trataba de crímenes en los cuales las víctimas tenían la misma nacionalidad que los agentes, o la nacionalidad de un Estado aliado; se compararía la opinión de que este tipo de crímenes

se inspiraba en otros motivos. Eran crímenes contra los fundamentos mismos de la civilización, prescindiendo del lugar y fecha en que se perpetraran. De la triple tipología formulada en dicho Estatuto la del crimen de lesa humanidad fue en efecto, la figura más novedosa en lo que respecta a la doctrina y legislación puramente internacional.

El artículo 6 (c) del Estatuto de Nuremberg tipificaba la figura del crimen de lesa humanidad en los siguientes términos:

“...el asesinato, exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación u otros actos inhumanos perpetrados contra toda población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido realizados”.

La definición establecida recoge dos tipos de actos punibles:

- a. Los actos inhumanos cometidos contra una población civil, tales como el asesinato, el exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación u otros, perpetrados antes o durante la guerra.
- b. Las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos.

Ambos deberán haberse realizado en ejecución o conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, pudiendo ser cometidos antes o durante la guerra y con total independencia de que constituyan o no una violación de la legislación interna del país donde se hubiesen cometido; cuando sean perpetrados en el curso de un conflicto armado y en territorios ocupados o contra su población civil, pueden confundirse e identificarse con algunos de los actos constitutivos de un crimen de guerra (Convenciones de Ginebra, artículos 50, 51, 130 y 147); pero

cuando no ocurra esta circunstancia, se tratará de una figura delictiva nueva, no sólo desde el punto de vista del elemento material que la distingue, sino también porque la víctima puede ser “cualquier” población civil, es decir, tanto la de terceros Estados como la del Estado que cometa el delito.

Las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos no son susceptibles de ser confundidas ni identificadas con ninguna de las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. Se trataba ciertamente de una figura delictiva con características propias, que constituyen igualmente hechos punibles independientemente de la nacionalidad de la víctima, esto es, comprenden tanto las que lleve a cabo el Estado respecto de los nacionales de un tercero, como las que realice respecto de sus propios súbditos.

En este contexto, la figura de los crímenes contra la humanidad, a partir de la tipificación establecida en Núremberg, plantea dos problemas principales relacionados con la autonomía respecto al resto de los delitos, especialmente en relación con el crimen de guerra, y con el vínculo entre los crímenes de lesa humanidad y la protección de derechos humanos (Rueda C., 2001, pp. 135-137).

No obstante, la evolución seguida respecto a la consideración del crimen de lesa humanidad como figura autónoma e independiente ha sido diferente en cada uno de los textos donde se ha tipificado. En el marco del Proyecto de Código en 1954 la Comisión de Derecho Internacional volvió a subordinar la existencia del crimen al hecho de que sea cometido al perpetrar otros delitos definidos en el artículo 2 del proyecto o en conexión con ellos; el defecto de la definición fue superado por la opinión casi unánime de los comentaristas de Núremberg y por la propia Comisión al revisar el texto. De esta forma, la exigencia de un vínculo entre los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra respecto a los crímenes de lesa humanidad no se reflejará en los posteriores trabajos en torno al Proyecto de Código.

Después de Núremberg, la autonomía del crimen contra la humanidad se afirmó de manera progresiva. La definición de Núremberg fue retomada ante todo en los Principios de las Naciones Unidas y luego se completó, particularmente, en la Convención sobre el Genocidio de 1948, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de 1958 y la Convención sobre el Apartheid de 1973.

Luego con la creación, por obra del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, en 1993 y 1994, respectivamente, se amplía la lista de crímenes de lesa humanidad (Delmas-Marty M., 2004, pp. 82-83). De ahí que resulte especialmente significativa la regulación de esta figura en el ámbito de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, a pesar de las diferencias que pueden observarse en lo que atañe a la definición de crimen de lesa humanidad. Estas diferencias evidencian que los parámetros de los crímenes contra la humanidad siguen siendo especialmente vagos, pese a que pueden constatar una serie de elementos que delimitan sus perfiles propios. Por tanto, si en ambos Estatutos se incluye la misma lista de crímenes, las condiciones en las que estos deben perpetrarse para su calificación como crímenes de lesa humanidad, presentan especiales particularidades.

Respecto a dichas condiciones, el Tribunal para la ex Yugoslavia limita su actuación a los ilícitos dirigidos contra la población en forma masiva y sistemática durante un conflicto armado interno o internacional. Esta última precisión es objeto de críticas al considerar que, al exigirse la prueba de la existencia de un conflicto armado, se restringe el alcance del concepto consuetudinario del crimen de lesa humanidad y se quiebra la tendencia, consolidada desde las sentencias del Tribunal de Núremberg, de eliminar el nexo existente entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra o los crímenes contra la paz.

Por su parte, la competencia del Tribunal para Ruanda en relación con los crímenes de lesa humanidad se limita a actos dirigidos contra la población civil como parte de un ataque generalizado o sistemático por razones de nacionalidad, políticas, étnicas o religiosas. Sin duda alguna el artículo 4 del Estatuto para Ruanda incide en los esfuerzos tendentes a dar una definición de crimen de lesa humanidad capaz de responder a la realidad que debe englobar dicha figura, como a las características propias de la comunidad internacional. Este artículo vuelve a subrayar la consolidación de la autonomía del crimen de lesa humanidad como figura independiente tanto de la realización de un crimen de guerra como de un crimen contra la paz.

En efecto, la desvinculación del crimen de lesa humanidad del marco de conflictos armados tendrá una consecuencia especialmente trascendental en dos niveles distintos: en primer lugar, la no equiparación entre crimen de lesa humanidad y conflicto armado de carácter internacional supone no excluir la posibilidad de comisión de éste en el marco de un conflicto armado de carácter no internacional. En segundo lugar, esta ausencia en el Estatuto del Tribunal para Ruanda consolida la posibilidad de comisión de un crimen contra la humanidad en tiempos de paz (Rueda C., 2001, pp. 138-140).

De manera que, la noción de crímenes de lesa humanidad ha experimentado importantes desarrollos en los últimos años, como ha puesto de manifiesto Abellán Honrubia V. (1999, pp. 331 y ss.), en cuatro aspectos: su progresiva desvinculación respecto de los crímenes de guerra, la existencia de elementos que apuntan a su posible comisión por actores no estatales, el progresivo abandono de la exigencia de un móvil discriminatorio y, por último, el paulatino incremento de actos susceptibles de ser considerados como crímenes de lesa humanidad cuando ocurren los otros requisitos.

Sin embargo, estos no han contado nunca con el importante respaldo convencional que sí

han tenido tanto los crímenes de guerra – aunque sólo parcialmente– en los Convenios de Ginebra, como el genocidio, este último desde su configuración autónoma en 1948, respecto, precisamente, de los crímenes de lesa humanidad.

Desde el Estatuto de Londres y hasta el Estatuto de Roma, y con la salvedad de alguna de sus manifestaciones puntuales –*apartheid* y, sólo en parte, desapariciones forzosas y torturas– los crímenes contra la humanidad han tenido una existencia exclusivamente consuetudinaria. Y cuando se ha procedido a su definición general por vía convencional o institucional, ha sido a los exclusivos efectos de determinar la competencia *ratione materiae* de tribunales penales internacionales.

Así, ninguno de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales, creados o previstos hasta la fecha ha pretendido en sentido estricto ofrecer una versión codificada de los crímenes de lesa humanidad –ni de los otros crímenes en ellos contemplados– de vocación general –a todos los posibles efectos relevantes– y universal –aplicables *erga omnes*–, sino tan sólo describir la competencia de dichos Tribunales.

De esta forma, si el artículo 6 del Estatuto de Núremberg aludía a los crímenes definidos como “*crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal*”, y los artículos 5 del Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia y el artículo 3 del Estatuto del Tribunal de Ruanda, tan sólo hablan de unos crímenes de lesa humanidad sobre los que “tendrán competencia” los respectivos órganos. Por su parte, el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional no ofrece una definición más que después de dejar sentado que ello es “a los efectos del presente Estatuto”, reiterándose en el artículo 22 (3) que “nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto” (Sánchez A., 2004, pp. 197-198).

No obstante, el artículo 7 enumera cuatro aspectos que son característicos del crimen de lesa humanidad en la actualidad:

- a. La ausencia de requerimiento de que exista nexos con un conflicto armado.
- b. La ausencia de requerimiento de un motivo discriminatorio.
- c. El criterio de masividad o sistematicidad.
- d. El elemento de *mens rea*, consistente en el conocimiento de parte del agente de que su acto forma parte de ese ataque (Córdoba J., 2001, p. 122).

Además, es pertinente señalar el elemento de contexto, esto es, el “elemento internacional” en los crímenes de lesa humanidad, según el cual, cierta conducta criminal llega a ser un asunto de interés internacional. La naturaleza exacta de esta preocupación existe en todo el mundo, pues la razón fundamental por la que estos crímenes se consideran lo suficientemente importantes como para ocuparse de ellos en un nivel internacional, proporciona una herramienta muy importante en su interpretación, en efecto, debe analizarse aquí.

En este orden de ideas, hay dos razones posibles por las que la comunidad internacional puede tratar un delito como algo que incumbe al Derecho Internacional. En primer lugar, un delito puede adquirir un carácter de este tipo cuando no puede ser perseguido eficazmente por el país respectivo y existe un interés común de los Estados para llevar a cabo tal persecución. Esta razón de orden práctico se aplica a la piratería, tal vez el delito internacional más antiguo, o a los daños causados a los cables telegráficos submarinos. La segunda razón es la extrema gravedad de ciertos crímenes, que generalmente se ve acompañada por la renuencia o la incapacidad de los sistemas penales nacionales para enjuiciarlos.

No obstante, las violaciones particularmente graves de los derechos individuales por

una acción o una omisión deliberada de autoridades oficiales, han constituido un problema para el Derecho internacional desde la época en que el concepto de los derechos humanos comenzó a desarrollarse a finales del siglo XIX. Este concepto ha adquirido el estatus de “ley dura” en los últimos tiempos, con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas. Así, criminalizar las peores violaciones de los derechos humanos fue una consecuencia lógica, y éstas coinciden con los crímenes más graves conocidos por la humanidad. Por lo tanto, el fundamento del elemento de contexto puede resumirse como la protección de los derechos humanos de las infracciones más peligrosas (Ambos K., 2006a, pp. 180-182).

Lo cierto es que, pese a una mayor autonomía con respecto a las situaciones de guerra, la humanidad que el derecho internacional pretende proteger no se define sino mediante la enumeración revisada una y otra vez de los comportamientos considerados como “los más graves”. Se trata, en parte, de la lista de los temores del momento, aún demasiado general y vaga, que obliga a los jueces, a poner en práctica el principio de interpretación estricta de la ley penal, de cara a lo que es preciso llamar una interpretación creativa, para circunscribir el contenido de términos como “violación”, “tortura” y “genocidio” e incluso de fórmulas tan vagas como “otros tratamientos inhumanos”.

En este sentido, es útil mencionar la jurisprudencia del Tribunal para la ex Yugoslavia. Desde el primer juicio de condena, en el caso *Erdemovic* de 1996, la humanidad se designa expresamente como sujeto de derecho: “A diferencia del derecho común, el objeto del atentado ya no es la mera integridad física de la víctima, sino la humanidad en su conjunto”. Y agrega: “Esos crímenes también trascienden al individuo porque, al atacar al hombre, apuntan a la humanidad y la niegan”. En consecuencia, lo que marca la especialidad del crimen de lesa humanidad es la identidad de la víctima. En otras pala-

bras, el derecho internacional se fundaría sobre valores comunes compartidos por una comunidad internacional que ya no es sólo un mito y tiende, en cambio, a convertirse en una realidad, aún muy frágil, que es preciso construir y consolidar (Delmas-Marty M., 2004, pp. 84-85).

Desde esta perspectiva, en el siguiente aparte, se aborda el tema de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad en el horizonte del derecho penal internacional.

1.2.2. Imprescriptibilidad

En 1968 fue adoptado por la Asamblea General el *Convenio sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad* (Ibáñez A., 2003, p. 300). Su finalidad era impedir que los criminales de guerra nazis que, bajo identidades falsas, habían encontrado refugio en terceros Estados, quedaran impunes por el simple paso de los años. De esta forma, sus disposiciones sustantivas se limitan a sentar la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad (artículo 1), a afirmar la operatividad de tal regla independientemente del grado de participación del responsable (artículo 2), y a establecer la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas internas necesarias para, de un lado, hacer posible la extradición de los responsables de este tipo de crímenes (artículo 3) y, de otra, impedir la prescripción del delito y/o pena (artículo 4).

Por el contrario, en el Convenio ni se prevé una eventual creación de un tribunal penal internacional, ni se regulan tampoco los títulos de jurisdicción aplicables para el enjuiciamiento de tales crímenes por parte de los tribunales nacionales. No obstante, cuando el artículo 1 afirma que los crímenes de lesa humanidad –así como el apartheid y el genocidio– son imprescriptibles, se incluye la precisión según la cual ello es así: “...Aún si esos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos...”

Esta disposición podría interpretarse en el sentido de que la ausencia de criminalización en el lugar de comisión, no es obstáculo para la represión en terceros Estados con base en otros principios tradicionalmente admitidos en Derecho internacional, como el de beligerancia o el de personalidad activa. O quizá, cabría entender que la precisión se hace al objeto de impedir que la licitud de los hechos según la legislación del lugar de comisión en el momento de la perpetración, pueda ser un obstáculo para un enjuiciamiento posterior por el propio Estado del territorio.

En este sentido, según se señaló anteriormente, las únicas obligaciones que, a efectos de represión, se imponen a los Estados parte en el Convenio, se refieren a la extradición, exigiéndoles la adopción de todas las medidas necesarias para hacer posible la entrega de los responsables de crímenes contra la humanidad, “de conformidad con el Derecho internacional”. Así pues, podría entenderse que la irrelevancia de criminalización interna en el momento de la comisión se dirige a impedir que, por falta de cumplimiento del requisito de la doble incriminación o, mejor, del propio *nullum crimen sine lege*, el Estado requerido niegue la extradición al Estado del territorio.

Debe tenerse en cuenta, además, que el inciso en cuestión tan sólo perseguirá reafirmar la idea básica de Núremberg según la cual, los crímenes de lesa humanidad lo son en virtud del Derecho internacional independientemente del derecho interno (Sánchez A., 2004, pp. 199-200).

Igualmente, el análisis de esta Convención, pone de manifiesto una serie de problemas comunes relacionados con, primero, los ilícitos aplicables y, segundo, la consideración del principio de imprescriptibilidad como norma de carácter consuetudinario.

La primera cuestión referente al grupo de ilícitos a los que no será aplicable la prescripción vigente en los distintos ordenamientos internos es taxativa: crímenes de

guerra y crímenes de lesa humanidad. Entonces, por la pretendida retroactividad de la norma en el ámbito de los distintos ordenamientos internos, un individuo podría ser enjuiciado por la comisión de los ilícitos tipificados en la Convención cualquiera que sea la fecha en la que se hayan cometido. Sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado:

“En las decisiones sobre la aplicación de determinadas figuras procesales a una persona, debe prevalecer la consideración de la imputación de graves violaciones de derechos humanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, párr. 41).

Ahora bien, sobre la segunda cuestión relativa a la posible naturaleza consuetudinaria del principio de imprescriptibilidad, podría concluirse que ante la gravedad inherente de estas acciones, su carácter imprescriptible es de naturaleza. Sin embargo, este planteamiento supone el desconocimiento de las actitudes de los distintos Estados manifestadas en los trabajos preparatorios de la Convención de Naciones Unidas, por lo que, una posición intermedia sería el alargamiento de los plazos de prescripción en el ámbito de los ordenamientos jurídicos internos, junto a un estudio pormenorizado de la responsabilidad individual puesta en juego (Rueda C., 2001, pp. 168-169).

De esta forma, es menester destacar que la tradición de la imprescriptibilidad tiene origen en los parámetros del derecho anglosajón clásico, donde la regla de derecho común estaba expresada en la máxima *nullum tempus occurit regis* (el tiempo no corre para el rey); la acción, entonces, podía iniciarse en cualquier tiempo después de la comisión del delito que no prescribía (La Rosa M., 2008, p. 128).

Por otra parte, en 1985, el Tribunal de Casación francés daba una definición de crimen de lesa humanidad en la que incluía el elemento de la imprescriptibilidad. En

relación con el famoso caso de Klaus Barbie, el Tribunal utilizaba por primera vez en Francia, los conceptos evocados por el Estatuto del Tribunal de Núremberg: "Constituyen crímenes *imprescriptibles* contra la humanidad, en el sentido del Estatuto del Tribunal de Núremberg, ... los actos inhumanos y las persecuciones que, en nombre del Estado que practica una política de hegemonía ideológica, han sido cometidos de forma sistemática, no solamente contra personas en razón de su pertenencia a la colectividad racial o religiosa, sino también *contra los adversos de esa política, cualquiera que sea la forma de su oposición*".

Estos crímenes son imprescriptibles porque son incompatibles con el olvido. La prescripción no es un acto de voluntad como la amnistía o la gracia. No expresa el perdón de los hombres, sino el olvido del tiempo, que garantiza la impunidad de los crímenes después de un determinado plazo transcurrido desde los hechos que impide la persecución penal, prescripción de la acción pública o desde la condena (prescripción de la pena que no será ejecutada). La impunidad, cuando bloquea cualquier procedimiento, obstaculiza la formación de la memoria, la cual no tiene como función esencial regodearse en el pasado, sino alimentar el presente y preparar el futuro. El 18 de diciembre de 1992, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaraba, en relación con la desaparición forzada de personas, que ésta es una práctica que puede incluirse dentro de los crímenes de lesa humanidad y debe ser calificada como "crimen continuado", lo que la acerca a un crimen imprescriptible.

También, sobre este tema debe traerse a colación la sentencia de 10 de julio de 1997, del Tribunal de Roma, que reconocía a Erich Priebke y Karol Hass como responsables de los asesinatos de la llamada "Fosse Ardeatina", producidos durante la Segunda Guerra Mundial por oficiales nazis, entre ellos los imputados. Según el Tribunal Militar de Roma, la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad es un principio gene-

ral del ordenamiento internacional. Con ello, el Tribunal italiano indica que la imprescriptibilidad no proviene del Convenio de 1968 aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, porque éste no es sino una "consagración formal del principio de imprescriptibilidad de los crímenes en cuestión". Es decir, la Convención no habría hecho otra cosa que expresar un principio ya afirmado por el derecho internacional consuetudinario.

Otra referencia sobre el asunto, puede situarse en el proyecto de Ley presentado por el gobierno de Hungría en 1993, dirigido a castigar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos fundamentales cometidos en el curso de la represión de la Revolución de 1956, por las autoridades comunistas. El Tribunal Constitucional húngaro, en su sentencia No. 53 de 1993, ha reconocido la existencia de una regla general de deber internacional de castigar los crímenes contra la humanidad, lo cual estaría por encima de cualquier amnistía.

De lo anterior se deduciría la existencia de una obligación de "represión universal", es decir, una obligación general para todos los Estados de castigar al extranjero (privado y órgano estatal) responsable de un crimen de lesa humanidad; esto es lo que sucede con España, obligada a perseguir los crímenes producidos en Chile y Argentina.

En este orden de ideas, el derecho internacional atribuye a todos los Estados, incluyendo a los que no tienen ninguna relación directa con el delito, a través del uso del criterio de la jurisdicción universal, la potestad de poner en práctica una actividad represiva, es decir, en relación con los *crimina iuris gentium*, el derecho internacional no requiere la existencia de vínculo efectivo con el Estado que intenta reprimir el delito; el ejercicio de la potestad punitiva no encuentra un límite en una eventual ligazón orgánica entre el autor del delito y el Estado perseguidor. Algo ciertamente muy distinto a lo que sucede con cualquier otro tipo de delito.

En los crímenes de lesa humanidad la extradición se aplica muy fuertemente, como consecuencia de la explícita e intensa voluntad de la comunidad internacional en reprimir las violaciones de esos crímenes. Así, en el caso Priebke, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en fecha 2 de noviembre de 1995, concluyó en la concesión de la extradición a Italia de esta persona, por el requerimiento formulado por el gobierno italiano. En esta sentencia, la Corte rechazó los dos motivos fundamentales que se adujeron en varias fases del proceso en apoyo de la no-extradición del sujeto: la naturaleza política de los delitos en cuestión y la prescripción de los mismos.

El juez argentino reconoció la imprescriptibilidad del ejercicio de la acción penal sobre la base de la naturaleza de crimen internacional propio de los delitos imputados; ello aunque no coincidía con la construcción jurídica elaborada en la jurisprudencia francesa. De hecho, la Corte Suprema argentina parece invocar la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, no tanto sobre la base de la praxis internacional, considerada insuficiente, sino directamente por la naturaleza coactiva de la norma internacional incriminadora.

Parecidos argumentos están en la recordada sentencia de 1993 del Tribunal Constitucional húngaro. Aunque no existiera una norma internacional cierta que dispusiera la imprescriptibilidad, el derecho internacional escrito integra la norma consuetudinaria que impele a los Estados a perseguir los crímenes de lesa humanidad. Con ello, a partir de la jurisprudencia francesa, que ha sido la primera en reconocer la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad sobre la base de razones de derecho internacional, se ha consolidado esta doctrina en los tribunales nacionales. Esa misma jurisprudencia francesa (Cámara de Acusación del Tribunal de Apelación de París, 1992) ha precisado que, para que un delito pueda ser calificado como crimen de lesa humanidad, se requiere “la participación en la ejecución de un plan concertado, llevado a cabo en nombre de un

Estado que practica de forma sistemática una política de hegemonía ideológica”.

Se puede concluir que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad forma parte del principio de *jurisdicción universal*. Además, se ha evidenciado que el carácter internacional de estos crímenes consiente a cualquier Estado perseguir, a través de su propia jurisdicción penal, a los responsables, incluso aunque no exista vínculo directo entre el hecho delictivo y el ordenamiento interno. Ello, sobre la base de la naturaleza del principio de *jurisdicción universal*, para lo cual se ha creado un régimen jurídico ad hoc idóneo que excluya la aplicación, no sólo de la prescripción, sino de cualquier institución que pudiera obstaculizar su efectiva represión y castigo (García M. y López D., 2000, pp. 49-53).

Finalmente, el artículo 29 del Estatuto de Roma consagra la imprescriptibilidad de los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional, señalando claramente en el artículo 29: “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”.

En este contexto, se hace necesario abordar lo referente al principio de legalidad en el derecho penal internacional, por lo tanto, en el siguiente capítulo se hará una exposición sobre los aspectos más relevantes de este precepto, con el objetivo de avanzar en el estudio que aquí nos ocupa.

2. El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional

2.1. Referente histórico y marco teórico

No cabe duda que el principio de legalidad en el derecho penal moderno, con todas sus consecuencias, es una de las principales garantías del ciudadano, pues le garantiza a éste su libertad, permitiéndole que pueda organizar sus comportamientos, sin temor a intervenciones imprevisibles del Estado en el ejercicio por éste del *ius puniendi*. Un principio que ha permanecido inmutable a lo largo ya de más de dos siglos y que hunde sus raíces

político-ideológicas en la época de la ilustración, en la segunda mitad del siglo XVIII.

Se trata de un principio fundamental, que, en palabras de Hassemer W. (1999, p. 24), “inspira el derecho penal del Estado de derecho”, y que garantiza que los límites de la libertad de los ciudadanos sean los mismos y rijan para todos sin excepción.

Ciertamente, este principio surgió como resultado de la desconfianza que se generó por la actuación de los jueces del Antiguo Régimen. Más adelante, Rousseau encuentra su fundamento en la teoría del contrato social, a la que dedica su obra póstuma, *El contrato social* (1762), y Montesquieu en la teoría de la división de los poderes, cuyas líneas refleja en su obra *Del espíritu de las leyes* (1748).

Así pues, Rousseau “se sitúa en los antípodas del sistema político liberal, por su rechazo de sus tres grandes pilares: derechos del individuo, sistema representativo y división de poderes”, pero no cabe duda que su influencia en la obra de Beccaria y, poco después, en la Revolución francesa, se contrae a la idea sobre el origen de la sociedad, un pacto entre hombres libres, esto es, a la idea del pacto por el cual los hombres ceden parte de sus derechos a la comunidad, de manera que se forma una voluntad general, de la que emanan las leyes, siendo los gobernantes meros depositarios de la misma. En efecto, el cambio respecto a la situación anterior, en la que se afirmaba el origen divino de las instituciones, entre ellas el poder político, que aglutinaba tanto el legislativo como el judicial, era radical.

De igual forma, Beccaria afirmaba en su obra *De los delitos y las penas*, que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos. Asimismo, en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789) se estableció que “la ley es la expresión de la voluntad general” (artículo 6), que “ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido más que en los casos determinados por la ley” (artículo 7), y que “nadie puede ser castiga-

do más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada” (artículo 8). Entonces, se declaraba la necesidad de que la ley en la que se establecían los delitos y las penas, tuviera un origen parlamentario, convirtiéndose así aquella en la expresión de la voluntad de la sociedad.

Es allí cuando surge la concepción democrática del principio de legalidad, el cual se mantendrá a lo largo del tiempo hasta la actualidad, y que hoy, como consecuencia del derecho penal internacional y la persecución de los delitos de lesa humanidad, está en discusión (Jaén M., 2008, pp. 29-30).

Ahora bien, en términos de modelos ideológicos, el principio de legalidad se origina en el Estado liberal que reúne las aspiraciones del derecho clásico del siglo XVIII y refleja consideraciones de autores como Locke y Tocqueville. Según esta concepción, lo importante es el control del Estado a fin de limitarlo por mecanismos como la división de poderes, las declaraciones de derechos y ulteriormente el control constitucional.

Prima entonces la protección de las llamadas libertades contra el Estado, por lo que la democracia es representativa, como garantía contra la arbitrariedad, y posibilidad de delegar el poder para dedicarse a lo privado. La libertad es definida entonces como la ausencia de interferencias a la autonomía, esto es, según la clásica definición de Benjamín Constant, el plácido goce de la independencia individual. La igualdad que se protege es formal ante la ley, es decir, una igualdad al servicio de las libertades, pues en el fondo la pretensión es que las libertades de todos los ciudadanos sean igualmente protegidas. En efecto, la libertad económica y la propiedad privada tienen un amparo absoluto, en tanto se asimilan a los derechos civiles, los cuales protegen al individuo del ejercicio arbitrario de la actividad del Estado, y son el tipo de derechos reconocidos en los instrumentos normativos de la época.

Además, en relación con el Estado democrático, el principio de legalidad reposa en la soberanía popular, entendida como la igualdad de las personas en el diseño de las instituciones y en la formación de la voluntad política; lo importante es el origen de las decisiones jurídicas y políticas, por lo que, la democracia, conforme a las clásicas enseñanzas de Rousseau, es un procedimiento participativo, igualitario de formación del poder con base en el predominio del principio de la mayoría, y con el mayor control social a los elegidos.

En consecuencia, la libertad es la participación en los destinos colectivos del orden político, pues es libre aquél que sigue la norma que él mismo se ha dado, por ello, la igualdad es el derecho de participar en las decisiones colectivas, esto es, igualdad política. Así, se reconocen derechos políticos como el derecho al voto; la propiedad privada y libertad económica tienen limitaciones potenciales por fuerza del principio de mayoría.

Finalmente, en el Estado social el principio de legalidad descansa sobre la idea de que el poder político debe lograr para los asociados una justicia material mínima: importante es entonces el resultado de la acción pública, de suerte que la democracia es entendida más como un efecto material del ejercicio del poder, esto es, como una cierta igualdad social conseguida gracias a la acción estatal, la cual parte de la base que cada cual debe aportar según su capacidad y recibir según sus necesidades. Esta concepción defendida por autores como Marx, Lasalle y Berstein está relacionada con la llamada libertad positiva o posibilidad efectiva de hacer algo porque se poseen los medios, es decir, aquella que deriva de la existencia de prestaciones positivas de parte del Estado.

Desde esta perspectiva, las exigencias para la actividad judicial según los preceptos que resultan de las fórmulas políticas expresadas en los párrafos anteriores son, para la filosofía liberal, la seguridad jurídica y el respeto por los derechos individuales, entendiendo

que, la seguridad jurídica es no sólo un mecanismo indispensable del capitalismo y de la economía de mercado –como ha mostrado Max Weber–, sino que constituye sobre todo un instrumento para que la actividad del juez no sea arbitraria y no vulnere los derechos y libertades de sus asociados. De otro lado, en virtud de la filosofía democrática, se deben respetar las decisiones tomadas mayoritariamente por los órganos políticos y consensos sociales. Y, por último, de acuerdo con la filosofía social, las decisiones de quienes administran justicia deben ser efectivas en procura de la justicia material (Uprimny R., 1995).

En este punto, es importante señalar que una de las mayores críticas a los juicios de Núremberg y Tokio es la de haber vulnerado el principio de legalidad de los delitos y de las penas, por haber establecido con posterioridad a la comisión de los ilícitos, las disposiciones jurídicas para sancionarlos; el Estatuto de Londres, del 8 de agosto de 1945, y la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, del 19 de enero de 1946.

Suscitada la polémica, la doctrina favorable a aquellos procesos se divide entre quienes niegan la violación de tal principio y aquellos que, admitiéndola, la justifican. En el primer grupo se encuentran quienes defienden que el derecho aplicado por los tribunales existía con anterioridad, y quienes propugnan una reinterpretación y adaptación del principio de legalidad a las características del Derecho internacional.

Así, por ejemplo, Donnedieu de Vabres manifiesta simultáneamente ambas argumentaciones, pues defiende que los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad se hallaban ya previstos en el Derecho internacional. A pesar de ello, reconoce que las declaraciones solemnes que proclaman el carácter “criminal” de la guerra injusta no van provistas de una sanción, por lo que han de ser entendidas como una conducta “moral”, y de-

fiende, por ello, que es necesaria una interpretación del principio de legalidad, ya que existen razones morales y de utilidad internacional, que priman sobre la acepción rigurosa de dicho principio.

En el segundo grupo, las posturas van desde la defensa de la prevalencia de otros intereses hasta la simple negación de la existencia del mencionado principio en el ámbito internacional. De manera que, por ejemplo, Kelsen H. (1947, pp. 153 y ss.), reconoce que el Acuerdo de Londres vulnera el principio de no retroactividad porque establece responsabilidad penal individual para actos que constituyen una violación del Derecho internacional para lo que la ley establecía únicamente sanciones colectivas. Sin embargo, en opinión de este autor, dicho principio no es válido en Derecho internacional, y en el Derecho interno lo es sólo con importantes excepciones.

Afirma Kelsen que el principio de no retroactividad es un principio de justicia y la responsabilidad penal individual representa un grado mayor de justicia que la responsabilidad colectiva, técnica típica del Derecho primitivo, y cuando dos postulados de justicia están en conflicto debe prevalecer el mayor, que en este caso es el segundo. Opina, además, que es suficiente con que el acto fuese inmoral, aunque no ilegal, en el momento de su comisión.

Muchos otros autores, entre los que se destacan Radbruch, Dahm, o Glaser, afirman que el principio de legalidad se refiere únicamente al Derecho escrito, y no es por tanto aplicable al Derecho penal internacional, por tratarse de un derecho penal consuetudinario. No obstante, reconoce Glaser, que el derecho penal internacional debería ajustarse al “espíritu” de este principio, lo que significa, en su opinión, que ha de constatarse si un hecho tiene o no el carácter de crimen internacional tanto en el derecho convencional como en el consuetudinario, pero, en todo caso, el principio de legalidad no podría aplicarse en contradicción con la idea que él mis-

mo encierra, la protección del inocente contra condenas injustas.

Por su parte, el Tribunal de Núremberg maneja todo tipo de argumentos. Aludió, en primer lugar, a su incompetencia para conocer de su propia jurisdicción, declarándose vinculado por su Estatuto. También, esgrimió que el tribunal no creaba Derecho, sino que aplicaba un Derecho ya existente, y declaró no aplicable el principio de legalidad, argumentando que la máxima *nullum crimen sine lege* expresa un principio de justicia y sería más injusto que estas infracciones intencionadas contra los convenios y disposiciones internacionales quedaran sin castigo. El Tribunal militar internacional para el Extremo Oriente se adhirió a todos estos argumentos (Gil A., 1999, pp. 66-70).

Dentro de este marco es necesario mencionar el contenido plural del principio de legalidad, porque representa las cuatro formas típicas de su vulneración:

- a. La prohibición de fundar la represión penal de una conducta en normas distintas a las contenidas en una ley formal (*lex scripta*).
- b. La prohibición de aplicar la ley penal a supuestos no previstos por ella, es decir, la llamada prohibición analógica de la ley penal (*lex stricta*).
- c. La prohibición de aplicación retroactiva y la creación de normas penales retroactivas que fundamenten o agraven la responsabilidad penal (*lex previa*).
- d. La prohibición de crear las leyes penales con contenido indeterminado (*lex certa*) (Jaén M., 2008, p. 38).

Al respecto, es pertinente indicar lo expresado por Jiménez de Asúa, al citar a su maestro Von Liszt, “el Código penal es la Carta Magna del delincuente”; aunque habría que hacer la salvedad sobre la concepción de delincuente, para ir asimilando la de ciudadano, porque, como lo recuerda Bacigalupo,

“en un Estado democrático de Derecho el Juez nunca tiene ante sí a un delincuente, sino a un ciudadano, que está amparado por el derecho a la presunción de inocencia, y que es el destinatario de la protección del principio de legalidad; en efecto, toda restricción de su contenido afectará esencialmente derechos fundamentales” (Jaén M., 2008, p. 35).

Desde esta perspectiva, vale la pena traer a colación algunas decisiones judiciales que contienen líneas jurisprudenciales acerca del principio de legalidad.

2.2. *Jurisprudencia*

La internacionalización del principio de legalidad ha supuesto, una importante ampliación de las fuentes del derecho penal, al incluir también las fuentes del derecho penal internacional, entre ellas el derecho consuetudinario internacional.

Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus dos Sentencias de 22 de marzo de 2001 sobre los casos “Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania” y “K.H.W. c. Alemania” –casos de los disparos mortales en el muro de Berlín–, a pesar de afirmar que un delito debe estar claramente definido por la Ley, dejó claro al mismo tiempo que la noción de “Derecho” utilizada en el artículo 7.1 de la Convención, engloba tanto el derecho escrito como el no escrito, algo que colisiona palmariamente con el principio de legalidad en su configuración tradicional, que exige como requisito imprescindible que la ley penal sea, ante todo, una *lex scripta*, no ya sólo porque así se garantiza su conocimiento por todos, sino porque así se garantiza su procedencia de una instancia democráticamente legitimada.

Cuando se admite el derecho no escrito, es evidente, como se manifiesta luego en la misma sentencia, que se está haciendo referencia a los principios que conforman el derecho consuetudinario internacional, pero, como lo advierte Bacigalupo, la introduc-

ción de estos principios, carentes de toda precisión por no haber sido fijados mediante la escritura y su aprobación por un órgano estatal o supranacional democráticamente legitimado y competente para establecer normas “contraviene abiertamente el fundamento contractualista del principio de legalidad, tanto como su función en el marco de la teoría de la pena o la garantía de la objetividad”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las dos mencionadas sentencias de 2001, llega a través del artículo 7.1 de la Convención, al mismo resultado al que habría llegado a través del artículo 7.2, relativo a los principios generales reconocidos según la costumbre en la comunidad internacional, aunque eludiendo la aplicación de este último precepto, respecto al cual Alemania, al suscribirlo, formuló reserva formal. El Tribunal señala, que la práctica del Estado, como derecho no escrito, se superponía a las normas del derecho escrito en la época de los hechos (párr. 67).

De esta forma, se refiere a los límites que representaban los mismos principios enunciados por la Constitución, concediendo a la vida un valor supremo en la escala de los derechos humanos en el plano internacional (párr. 72), y al hecho que la práctica del Estado a través del recurso a las minas anti-persona y el carácter absoluto de las órdenes dadas a los guardas de la frontera de “aniquilar a los que violen las fronteras y garantizar a cualquier precio su protección”, eran una violación flagrante de los derechos fundamentales basados en la propia Constitución, así como una violación de la obligación de respetar los derechos humanos y las otras obligaciones internacionales del Estado, que ratificó el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en 1974, en el cual se reconoce expresamente el derecho a la vida y a la libertad de circulación.

Sobre esta posición, es preciso reflexionar, pues si bien, las reducciones del principio de legalidad pueden ser comprensibles en

términos de *justicia supralegal*, es altamente preocupante, que este fenómeno pueda generalizarse, afectando a todo el derecho penal, porque sin un derecho penal escrito, en un sistema, además, como el continental, en el que el juez está sometido precisamente al imperio de la ley, no al precedente, la solución de cada caso se dejaría a las intuiciones de lo que se pueda considerar como justo o injusto, luego merecedor de pena. De ahí que, con la reducción del principio de legalidad, el derecho penal internacional, puede permitir un relajamiento en las exigencias del derecho penal interno (Jaén M., 2008, pp. 58-59).

Sin embargo, una de las razones por las que el Tribunal Europeo de Derechos humanos rechazó la pretendida justificación de las órdenes dadas a los guardias de frontera para disparar en caso de que se cruzara ésta sin autorización, fue la consideración de que la ley previa en el derecho penal internacional es una ley que debe ser compatible con los valores universales, expresados a través de la protección internacional de los derechos humanos. También, esta comprensión de la ley previa permitió en el caso resuelto por la sentencia de la Corte Suprema de Argentina de 14 de junio de 2005, que se pudiera continuar con la persecución de los crímenes de lesa humanidad, a la que se refería, declarando la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y de obediencia debida que la imposibilitaba.

En este orden de ideas, no cabe duda que estas providencias han planteado una solución a la discusión sobre cómo evitar la impunidad de comportamientos que chocan con la conciencia jurídica universal, expresada en numerosos instrumentos internacionales dirigidos a la protección de los derechos humanos, afectando el fundamento democrático que se le ha reconocido tradicionalmente al principio de legalidad por exigencias de la propia seguridad jurídica (Jaén M., 2008, pp. 77-78).

Ahora bien, para avanzar en el desarrollo del presente trabajo, a continuación se aborda-

rán los principios de imprescriptibilidad y legalidad de los crímenes de lesa humanidad en Colombia, identificando las tensiones y aspectos jurídicos institucionales presentes en las sentencias de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia Sala Penal.

3. Tensiones entre los principios de imprescriptibilidad y legalidad en la práctica de los delitos de lesa humanidad: panorama colombiano

3.1. Principio de imprescriptibilidad en Colombia

En la legislación colombiana se ha hecho un esfuerzo por tipificar conductas que han sido consideradas crímenes de trascendencia internacional como los consagrados en el Estatuto de Roma. De esta forma, el título II del Código Penal contiene disposiciones referentes a los delitos contra la libertad individual y otras garantías; allí se encuentra, en el capítulo I la desaparición forzada, artículos 165, 166 (circunstancias de agravación punitiva) y 167 (circunstancias de atenuación punitiva).

De igual forma, en el capítulo V sobre los delitos contra la autonomía personal, el artículo 180 del Código Penal tipifica el desplazamiento forzado, modificado por el artículo 1 del Decreto 2667 de 2001. Asimismo, en los artículos 178 y 179 (circunstancias de agravación punitiva), se establece el delito de tortura.

Por último, en relación con los delitos de violencia sexual como la esclavitud, el embarazo, la esterilización y la prostitución forzados están señalados en el título IV sobre los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

Al lado de ello, en lo que respecta al principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, la Corte Constitucional en sentencia C-176 de 1994, sobre la revisión de constitucionalidad de la Ley 67 de 23 de agosto de 1993 “por medio de la cual

se aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988”, advirtió:

Respecto de la pena, el artículo 28 de la Constitución Política, en el último inciso se refirió a que en ningún caso podrá haber penas imprescriptibles. El transcurso del tiempo obra como causa de extinción de la punibilidad no solamente en abstracto –prescripción del delito–, sino en concreto –prescripción de la pena–, y por consiguiente, pone fin al proceso penal.

Más adelante, al resolver la acción de inconstitucionalidad respecto al artículo 36 de la Ley 200 de 1995 “por la cual se adopta el Código Disciplinario Único”, en sentencia C-556 de 2001, el Tribunal Constitucional indicó:

Consagrar la imprescriptibilidad de la acción penal, viola el artículo 2º numeral 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos internacionales que, al tenor del artículo 93 superior, prevalecen en el orden interno.

Por tal razón, con base en los instrumentos internacionales que Colombia ha ratificado y en la Constitución Política de 1991 es imposible pensar en interpretar en forma diferente la prescriptibilidad de la acción penal y de la pena (...).

Luego, en la sentencia C-578 de 2002, manifestó que Colombia formuló algunas reser-

vas respecto la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas”, en particular, la atinente al párrafo 8 artículo 3¹², según la cual no se declara la imprescriptibilidad de la acción penal, atendiendo a los preceptos consagrados en otros instrumentos internacionales como el art. 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, se aclara que la Corte Penal Internacional sí puede –en razón del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de su competencia– llegar a investigar y juzgar conductas constitutivas de cualquiera de los mencionados crímenes, así la acción penal o la sanción penal para los mismos haya prescrito, teniendo en cuenta el art- 93 de la Constitución y el Acto Legislativo No. 02 de 2001.

Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia C-580 de 2002, en la que se revisaba la Ley 707 del 28 de noviembre de 2001 “por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” hecha en Belem do Pará, el nueve de julio de 1994, señaló que el delito de desaparición forzada es imprescriptible porque prevalece el interés de reparar a las víctimas y erradicar la comisión de este tipo penal, lo cual no implica desconocer el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas. De manera que, si cuando persona sea vinculada a un proceso penal relacionado con este delito, empezarán a correr los términos de prescripción de la acción penal, si el delito está consumado, es decir, hasta tanto no se conozca el destino del desaparecido.

De otro lado, vale la pena mencionar que en el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia Sala Penal en la sentencia de 21 de noviembre de 2009, al expresar que

12 El párrafo 8º del artículo 3º de la mencionada Convención establece: “Artículo 3º Delitos y sanciones. (...) 8. Cada una de las Partes establecerá, cuando proceda, en su derecho interno un plazo de prescripción prolongado dentro del cual se pueda iniciar el procesamiento por cualquiera de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1º del presente artículo. Dicho plazo será mayor cuando el presunto delincuente hubiese eludido la administración de justicia”.

es posible que un delito de lesa humanidad sea imprescriptible en su investigación, pero respecto a personas formalmente vinculadas al proceso se debe dar cumplimiento de los términos establecidos en la Ley penal. No obstante, en casos de delitos de ejecución permanente –como la desaparición forzada–, se interrumpe la imprescriptibilidad a partir de la perpetración del último acto (Ley 599 de 2000, artículo 84).

Aunque, en un auto sobre la “masacre de Segovia” del 13 de mayo de 2010, la Corte Suprema de Justicia Sala Penal manifestó que cuando se cometan delitos de genocidio en vigencia de la Ley 599 de 2000, el término prescriptivo será de 30 años, pero si se ejecutaron en vigencia de la Ley 100 de 1980, el término será de 20 años. Y como se sabe, cuando hay sucesión y tránsito de leyes se aplicará el principio de favorabilidad. También, se resalta la posibilidad de darle prelación a la aplicación de los tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario frente a principios como el de legalidad, en casos donde estén en Litis disposiciones contenidas en el bloque de constitucionalidad.

En consecuencia, en relación con lo expresado en los párrafos anteriores, se puede concluir que en Colombia, si bien tímidamente se está transformando la línea jurisprudencial respecto a la práctica del principio de imprescriptibilidad, en el sentido de concebir la posibilidad de aplicarlo a plenitud dentro del ordenamiento jurídico; hay serias contradicciones por las limitaciones consagradas en la Carta Política y en algunas sentencias, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia. De esta suerte, a continuación se traerá a colación la concepción del principio de legalidad que se tiene en Colombia, para confrontar esta manifestación con la del principio de imprescriptibilidad, ya estudiada.

3.2. Principio de legalidad en Colombia

El principio de legalidad se encuentra reconocido en el inciso 2° del artículo 29 de la

Carta Política, así como en el artículo 6° de la misma. De conformidad con tal principio, a toda persona le asiste el derecho fundamental a sólo ser investigada, acusada, juzgada y sancionada penalmente por acciones u omisiones constitutivas de delitos establecidos en la ley.

De esta forma, en un Estado social y particularmente democrático, participativo y pluralista, como es reconocido el de Colombia en el artículo 1° de la Constitución Política, se impone que sólo el órgano legislativo, elegido popularmente y que representa al pueblo, tiene la facultad de expedir leyes, esto es, le asiste la potestad de determinar las conductas sujetas a sanción, siempre que proceda a definir las de manera clara, expresa, estricta, escrita, inequívoca e indubitable. También le corresponde señalar la consecuencia jurídica asignada a cada supuesto fáctico y establecer el trámite y garantías que en sede de investigación, acusación y condena se deben observar.

A manera de antecedente se tiene que el artículo 4° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 disponía que “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites no se pueden determinar sino por la ley”.

Por lo tanto, esta disposición protege la libertad individual de la arbitrariedad del juez y garantiza la igualdad de las personas; así, en su sentido amplio comprende:

- a. La reserva legal, como expresión de la soberanía popular y del principio democrático (Arts. 1° y 3° C. Pol.), en virtud de la cual la definición de las conductas punibles y sus sanciones, que constituyen una limitación extraordinaria a la libertad individual, por razones de interés general, está atribuida al Congreso de la República como ór-

gano genuino de representación popular, lo cual asegura que dicha definición sea el resultado de un debate amplio y democrático y que se materialice a través de disposiciones generales y abstractas, impidiendo así la posibilidad de prohibiciones y castigos particulares o circunstanciales y garantizando un trato igual para todas las personas;

- b. La irretroactividad de las leyes que crean delitos o aumentan las penas, para evitar la imposición de sanciones *ex post facto*, esto es, con posterioridad a los hechos, respecto de conductas realizadas en ejercicio de la libertad legítima, de tanto significado en un Estado liberal, cuando no existía ninguna prohibición.

También, el artículo 6° de la Constitución señala que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”, de donde se ha concluido que a los particulares les está permitido todo aquello que no se encuentre expresa y diáfamanamente prohibido, pues no de otra manera se garantiza en virtud del principio de legalidad que los destinatarios de la ley tengan certeza sobre lo prohibido, para que a partir de ello tengan conocimiento de lo que les es permitido y entonces, procedan a regular su conducta.

Ciertamente, el principio de legalidad encuentra parte importante de su desarrollo en los tipos penales, los cuales constituyen formulaciones abstractas e hipotéticas que hace el legislador de los comportamientos que considera lesivos de bienes jurídicos objeto de protección (Corte Constitucional, 2006).

Sobre este tema se ha referido en numerosas ocasiones la Corte Constitucional (2004) y ha indicado:

La conducta punible, el proceso y la pena son las categorías fundamentales del sistema

penal. En las sociedades civilizadas cada una de esas categorías debe ser determinada por la ley y debe estarlo de manera cierta, previa y escrita. Cierta, por cuanto debe definirse con certeza el ámbito de las prohibiciones, procesos y sanciones de tal modo que los ciudadanos sepan a qué atenerse en su diaria convivencia.

Es decir, con seguridad deben conocer qué comportamientos no están permitidos, a qué reglas procesales se somete la persona a la que se le impute una conducta prohibida y cuáles son las consecuencias sobrevinientes en caso de ser encontrado responsable de ella. Previa, en cuanto se trata de decisiones normativas que deben ser tomadas por la ley antes de los hechos que generan la imputación penal. Esto es, las normas que configuran las conductas punibles, los procesos y las sanciones deben estar predeterminadas. Y escrita, por cuanto se trata de normas con rango formal de ley, es decir, para la predeterminación de la conducta punible, el proceso y la pena, existe reserva de ley.

El estricto respeto del principio de legalidad del delito, el proceso y la pena, tiene varias razones de ser. Por una parte, constituye una manifestación del principio de separación de los poderes públicos: A los Estados de derecho les repugna la idea de que quien tiene el poder de reglamentar la ley o de ejecutarla, tenga también la facultad de promulgarla y esto es así desde el surgimiento de la modernidad política.

Por otra parte, la determinación legal del delito, el proceso y la pena por parte de la instancia legislativa, asegura que las decisiones que se tomen respecto de esos ámbitos, tan ligados a los derechos fundamentales de la persona, sean tomadas luego de un intenso proceso deliberativo en el que se escuchan todas las fuerzas políticas con asiento en el parlamento. Así, al ciudadano se le otorga la garantía de que las leyes que regulan su existencia han sido expedidas con el concurso de sus representantes.

Finalmente, el estricto respeto del principio de legalidad en esas materias es también una garantía de seguridad jurídica: Se desvanece el peligro de que las prohibiciones, los procesos y aún las penas, por no estar específicamente determinados, sean urdidos sobre la marcha y, en consecuencia, acomodados a las urgencias coyunturales que asalten a sus reglamentadores o ejecutores (...).

Por último, es necesario mencionar que en el campo internacional, el citado principio ha sido consagrado en el art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1948), el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1966), aprobado en Colombia por la Ley 74 de 1968, y el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969), aprobada en Colombia por la Ley 16 de 1972 (Corte Constitucional, 2005).

Ahora bien, en este contexto es importante precisar las tensiones que se presentan entre los dos principios, a efectos de proporcionar elementos de juicio razonables útiles para la solución de casos difíciles.

3.3. Tensiones de los principios de imprescriptibilidad y legalidad de los crímenes de lesa humanidad en la práctica jurídica colombiana

Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho fundado en el respeto por la dignidad humana (Constitución Política, artículo 1), lo cual hace referencia a que el hombre ya no es considerado como un objeto, sino como un fin en sí mismo, que puede determinarse y desarrollarse en libertad (Kant I., 2002).

En este contexto, es necesario mencionar que, pese a no tener un criterio jurisprudencial unívoco respecto a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, en la Constitución se ha consagrado que no

pueden existir penas imprescriptibles (art. 28), y así lo han ratificado algunas sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, las cuales, sin embargo, están siendo puestas en tela de juicio por una nueva corriente jurídica, que ha adoptado la posición de darle un valor preponderante a lo establecido por el derecho penal internacional, y al interés de proteger los derechos humanos por la figura del bloque de constitucionalidad.

Y es ahí donde colisiona este principio con el de legalidad, pues están siendo procesadas y sancionadas conductas consideradas como crímenes de lesa humanidad que se cometieron con anterioridad al establecimiento de la ley que las tipificara, argumentando que estas normas son de *ius cogens* y son aplicables en estos casos, por el derecho consuetudinario, o como se dijo, en atención al precepto relativo al bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, la indeterminación de la cuestión jurídica genera un escenario de incertidumbre, en el que pueden verse afectados derechos como el debido proceso, la libertad, entre otros. Además, en el mundo de hoy, dejar a un lado el principio de legalidad en materia penal, es bastante peligroso, teniendo en cuenta la concepción imperante del enemigo en el derecho penal adoptada por la mayoría de Estados tras los hechos del 11 de septiembre. Esto significaría un retroceso en el respeto de los derechos y la garantía de las libertades fundamentales del ser humano, visto como un ser real y no abstracto.

CONCLUSIONES

Después de lo sucedido durante la Segunda Guerra Mundial y con el advenimiento del nuevo ordenamiento jurídico internacional consolidado por las Naciones Unidas, se instituye la responsabilidad penal de los individuos para sancionar aquellas conductas que atenten contra la humanidad del

colectivo, esto es, las acciones más graves y peligrosas que atentan contra los derechos humanos. Así pues, en el marco internacional se establecieron unos tribunales internacionales temporales para juzgar estas conductas en Alemania, Tokio, Yugoslavia, Ruanda, entre otros.

Pero sólo hasta 1998 se adopta el Estatuto de Roma que da origen a la Corte Penal Internacional, órgano permanente que tiene competencia para conocer los casos en los que se hayan presentado crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y crímenes de agresión, a partir de 1 de julio de 2002. Sin embargo, en países como Argentina y Chile, han sido sancionadas conductas típicas cometidas con anterioridad a que se estableciera y entrara en vigencia este instrumento, teniendo en cuenta la práctica del derecho consuetudinario, el principio de imprescriptibilidad consagrado en los tratados internacionales y la afectación de la humanidad en estos crímenes.

En Colombia se ha venido transformando la línea jurisprudencial respecto a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, pues en principio, se consideraba que por el principio de legalidad y el debido proceso establecido en los tratados internacionales sobre derechos humanos y en la misma Constitución Política, no era posible declarar la imprescriptibilidad de los delitos al interior del ordenamiento jurídico. Pero hoy, se está considerando esta posibilidad por las mismas razones que han fundamentado esta situación a nivel internacional (mencionadas en el párrafo anterior).

Sin embargo, de acuerdo al principio de legalidad, no es admisible fuera de los supuestos excepcionales de crímenes de lesa humanidad, que se pueda producir un cambio retroactivo de interpretación de la ley que sea desfavorable, pues entre la ley y su interpretación debe existir una unidad. Si bien el principio de legalidad se ha utilizado como un instrumento más en la lucha universal contra la impunidad de los crímenes

de lesa humanidad y de otras violaciones graves de derechos humanos, facilitando la consecución de resultados satisfactorios en este ámbito, estos no hubieran sido posibles de haberse aplicado los conceptos de ley escrita o de ley previa propios de este principio constitucional.

No obstante, el derecho penal internacional puede llegar a producir un retroceso en las garantías del principio de legalidad penal, un principio básico del derecho penal, afectando sus reducciones no sólo a crímenes de lesa humanidad o al derecho penal internacional, sino también al derecho penal en general.

En este orden de ideas, los autores llegan a la conclusión de que no se debería aplicar el principio de imprescriptibilidad en Colombia para juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos con anterioridad al 01 de julio de 2002, por la inseguridad jurídica, incertidumbre y violación del principio de legalidad que esto produciría dentro del ordenamiento jurídico, lo cual se traduce en un quebrantamiento de derechos fundamentales como el debido proceso y también en escenarios donde se desdibuja y deteriora el derecho penal concebido por el legislador en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN HONRUBIA, V. (1999). *La responsabilité internationale de l'individu*. Rec. Des Cours, vol. 280.

AMBOS, K. (1997). *Nuremberg Revisited*. Das BVerfG, das Völkerstrfsrecht und das Rückwirkungsverbot.StV.

AMBOS, K. (2006a). *Temas de Derecho penal internacional y europeo*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

AMBOS, K. (2006b). *La parte general del Derecho Penal Internacional bases para una elaboración dogmática*. Bogotá, D.C.: Ed. Temis.

ANÓNIMO (2010a). *Detienen a Maza por el crimen de Galán*, en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3575857>, consultado el 26 de marzo de 2010.

ANÓNIMO (2010b). *Defensa del general Miguel Maza Márquez pide su libertad inmediata en el caso de Luis Carlos Galán*, http://www.eltiempo.com/luiscarlosgalan/ARTICULO-WNTILLA_NOTA_INTERIOR-5881929.html.

BLANC, A. (1990). *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Barcelona: Bosch Casa Editorial S. A.

CARILLO, J. A. (1999). *Dignidad frente a la Barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*. Madrid: Ed. Mínima Trotta.

CÁMARA DE ACUSACIÓN DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN DE PARÍS (1992). *Asunto Touvier*, Sentencia de 13 de abril.

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS UNIVERSIDAD LIBRE (2003). *Guía para la elaboración de proyectos de investigación en Derecho*. Bogotá, D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

CHURCHILL (1985). *La segunda guerra mundial*. Barcelona: Orbis.

Convención Europea sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, 25 de junio de 1974.

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 26 de noviembre 1968.

CÓRDOBA, J. (2001). *Derecho penal internacional Estudio de los delitos de genocidio, de lesa humanidad, y de los crímenes de guerra con referencia al nuevo código penal*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

CORTE CONSTITUCIONAL (1993a). Sentencia C-301 de 2 de agosto, Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL (1993b). Sentencia C-774, Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL (1994). Sentencia C-176 de 12 de abril, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL (1995). Sentencia C-345 de 2 de agosto, Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL (1999). Sentencia C-843 de 27 de octubre, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL (2001). Sentencia C-556 de 31 de mayo, Magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL (2002a). Sentencia C-251, Magistrados ponentes Clara Inés Vargas Hernández y Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL (2002b). Sentencia C-317 de 2 de mayo, Magistrado ponente Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL (2002c). Sentencia C-578 de 30 de julio, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL (2002d). Sentencia C-580 de 31 de julio, Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL (2004). Sentencia C-101 de 10 de febrero, Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL (2005). Sentencia C-238 de 15 de marzo, Magistrado ponente Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL (2006). Sentencia C-605 de 1 de agosto, Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1987). *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8,*

Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre, Serie A No. 9.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009). *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 8 de julio.

CORTE PENAL INTERNACIONAL (2011). *Para comprender mejor la Corte Penal Internacional*. La Haya: Corte Penal Internacional.

CORTE SUPREMA DE ARGENTINA (2005). Sentencia de 14 de junio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA PENAL (2009). Sentencia de 21 de noviembre, Magistrado ponente Sigifredo Espinosa Pérez.

DEL ROSAL, J. (1950). *Acercas de los crímenes contra la humanidad*. Valencia.

DELMAS-MARTY, M. (2004). *¿Pueden los crímenes internacionales contribuir al debate entre universalismo y relativismo de los valores?*, pp. 79-91. En Cassese, A. y Delmas-Marty M. *Crímenes Internacionales y jurisdicciones internacionales*. Colombia: Ed. Norma S. A.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

GARCÍA, M. y LÓPEZ, D. (coords.) (2000). *Crímen internacional y jurisdicción universal El caso de Pinochet*. Valencia: Tirant to blanch.

GIL, A. (1999). *Derecho penal internacional*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.

GÓMEZ, J. (1998). *Crímenes de Lesa Humanidad*. Bogotá, D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

HASSEMER, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Valencia.

HUERTAS, O. y otros (2008). *Formación en Derecho Internacional Humanitario –Aproximaciones para su Comprensión–*. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.

IBÁÑEZ, A. (2003). *El sistema penal en el Estatuto de Roma*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

JAÉN, M. (2008). *Crisis del principio de legalidad en el derecho penal internacional*. Bogotá, D.C.: Ed. Ibáñez.

KANT, I. (2002). *Crítica de la razón práctica*, [traducción del alemán por Miñana y Villagrasa, E. y García Morente, Manuel]. Salamanca: Ed. Sígueme S.A.

KELSEN, H. (1947). *Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?*. *International Law Quarterly*, vol. 1, No. 2.

LA ROSA, M. (2008). *La prescripción en el derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL.

LIROLA, I. y MARTÍN, M. (2001). *La Corte Penal Internacional Justicia versus Impunidad*. España: Ed. Ariel Derecho.

MARTÍNEZ, J. (1955). *Los procesos penales de la postguerra documentos para la historia contemporánea*. Madrid: Ediciones y publicaciones españolas S.A.

NACIONES UNIDAS (1946). Asamblea General, Resolución 95 de 11 de diciembre.

NACIONES UNIDAS (1947). Asamblea General, Resolución 177 (II) de 21 de noviembre.

NACIONES UNIDAS (1954). Asamblea General, Resolución 897 (IX) de 4 de diciembre.

NACIONES UNIDAS (1992a). Consejo de Seguridad, Resolución 764 de 13 de junio.

NACIONES UNIDAS (1992b). Consejo de Seguridad, Resolución 771, S/INF/48.

NACIONES UNIDAS (1993). Consejo de Seguridad, Resolución 808 de 23 de febrero.

NACIONES UNIDAS (1996). Asamblea General, Resolución 51/207 de 17 de diciembre.

- NACIONES UNIDAS (1998). *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Acta Final de la Conferencia* (A/CONF. 183/10).
- NACIONES UNIDAS (1997). Doc. A/RES/52/160.
- NACIONES UNIDAS (1998). Doc. A/CONF.183/9, 37 ILM.
- NACIONES UNIDAS (1998). Doc. A/CONF.S.183/2/Add.1 de 14 de abril de 1998.
- OLÁSOLO, A. y PÉREZ, A. (2008). *Terrorismo Internacional y Conflicto Armado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PENAGOS, S. y SÁNCHEZ, J. (2007). *El non bis in ídem y la cosa juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá, D.C.: Ed. Ibáñez.
- RODRÍGUEZ, C. (2000). *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores.
- RUEDA, C. (2001). *Delitos de Derecho internacional*. Barcelona: Editorial Bosch S.A.
- SÁNCHEZ, A. (2004). *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1993). *Informe presentado de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808* (1993) *del Consejo de Seguridad*. Documento S/25704 y Add. 1.
- SIMMA, B. (1995). *International Human Rights Law and General International Law: A Comparative Analysis*. En: *Academy of European Law (ed.). Collected Courses of the Academy of European Law*. Vol. IV, Book 2.
- TORO, I. y PARRA, R. (2010). *Fundamentos epistemológicos de la investigación y la metodología de la investigación Cualitativa/cuantitativa*. Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2001). Sentencia de 22 de marzo. *Casos Strelitz, Kessler y Krenz c. Alemania*.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA (1999). Sentencia de 15 de julio.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA (2000). *Prosecutor v. Kupreskic et. al.*, Judgment 14.1.2000 (IT -95-16-T).
- TRIEFFTERER, O. (ed.) (1999). *Commentary on the Rome Statute of the ICC. Observers' Notes, Article by Article*. Baden-Baden.
- UPRIMNY, R. (1995). *La motivación de las sentencias y el papel del juez en el Estado social y democrático de derecho*. Bogotá: Ed. Universidad Nacional, Pensamiento Jurídico No. 4.
- WERLE, G. (2005). *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.