



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

Principio de legalidad penal y justicia transicional en Colombia

Omar Huertas Díaz

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas
Bogotá, Colombia
2018

Principio de legalidad penal y justicia transicional en Colombia

Omar Huertas Díaz

Tesis o trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al

título de:

Doctor en Derecho.

Director (a):

Ph.D., Alejandro Ramelli Arteaga

Ph.D., María Cristina Patiño González

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas

Bogotá, Colombia

2018

Dedicado a mis estudiantes

Resumen

Esta tesis doctoral efectúa un análisis jurídico-crítico de doctrina y jurisprudencia sobre el tema de la legalidad penal respecto a quienes han integrado organizaciones criminales como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, al igual que para los agentes del Estado, o inclusive los civiles que han patrocinado o financiado el conflicto armado no internacional ocurrido en Colombia. El estudio comprende la tensión y la prescripción de los crímenes de lesa humanidad en medio de la justicia transicional en un escenario como el colombiano.

En consecuencia, la investigación está enfocada a examinar la justicia transicional en Colombia y de forma transversal el instituto de la prescripción, y los crímenes de lesa humanidad, lo anterior por cuanto permite así divisar los principales fundamentos para determinar si la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad es o no válida en términos jurídicos, y en especial si está acorde con el principio de legalidad en un contexto de justicia transicional.

Recurre a la historia del principio de legalidad, junto a toda la jurisprudencia y doctrina existente, y de ese modo hacer evidente que la legalidad es un principio de carácter general, por el cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya previsto como tal. En efecto, se estudia en Colombia la legalidad, sus características, clasificación y sus exigencias, limitaciones y prohibiciones que se imponen al Estado para garantizar a los ciudadanos un axioma de valoración de lo justo.

Plantea la aplicación del principio de favorabilidad señalado en el acto legislativo 01 del 4 de abril de 2017, según esta norma las decisiones que tome la jurisdicción especial para la paz adoptarán una interpretación obligatoria del principio de favorabilidad, lo que evidentemente genera tensiones entre prescripción e imprescriptibilidad y entre la

legalidad flexible e inflexible, de ahí que analiza el debate en el ámbito internacional y puntualizando en las sentencias del Tribunal de Justicia y Paz de Bogotá Colombia, en relación a sí la favorabilidad transgrede, o está acorde con el principio de legalidad flexible o extendida.

Se concluye que el principio de legalidad procede anticipadamente de interpretaciones doctrinales y del texto de algunos instrumentos internacionales, siendo utilizado en Colombia, dentro del clásico derecho penal, con buenos fundamentos recogidos de la doctrina y la jurisprudencia, consolidando una postura interna de la legalidad estricta.

Destaca que en un modelo de justicia transicional es importante recoger doctrina y especialmente jurisprudencia del orden internacional, en cuanto a la responsabilidad penal del individuo, para poder llegar a niveles aceptables de justicia; por lo tanto, la investigación no deja atrás los presupuestos y fundamentos tanto de la legalidad estricta como de la extendida.

Culmina destacando que en Colombia se aplica el principio de favorabilidad en un plano de igualdad en el que se utiliza un enfoque diferencial que no atenta contra los derechos de las víctimas. La aplicación de la legalidad flexible o extendida a todos los autores o partícipes de crímenes cometidos por causa, con ocasión y en relación con el conflicto armado no internacional acaecido en Colombia, en ningún caso es atentatorio del principio de legalidad.

Palabras clave: Justicia Transicional, Colombia, Principio de legalidad penal, Derecho Penal internacional, Prescripción.

Abstract

This doctoral thesis carries out a legal-critical analysis of doctrine and jurisprudence on the subject of criminal legality for those who have integrated criminal organizations such as the Revolutionary Armed Forces of Colombia, as well as for State agents, or even civilians who have sponsored or financed the non-international armed conflict that occurred in Colombia. The study includes the tension and the prescription of crimes against humanity in the midst of transitional justice in a scenario such as the Colombian one.

Consequently, the investigation is focused on examining transitional justice in Colombia and, in a cross-sectional manner, the statute of limitations institute, and crimes against humanity, the foregoing inasmuch as it makes it possible to discern the main grounds for determining whether the statute of limitations for crimes of Humanity is or is not valid in legal terms, and especially if it is in accordance with the principle of legality in a context of transitional justice.

He resorts to the history of the principle of legality, together with all the existing jurisprudence and doctrine, and in this way make clear that legality is a principle of a general nature, for which no fact can be considered a crime without a previous law. have planned as such. Indeed, the legality, its characteristics, classification and its demands, limitations and prohibitions that are imposed on the State are studied in Colombia to guarantee citizens an axiom of fairness assessment.

It raises the application of the principle of favorability indicated in the legislative act 01 of April 4, 2017, according to this rule the decisions taken by the special jurisdiction for peace will adopt a mandatory interpretation of the principle of favorability, which obviously generates tensions between prescription and imprescript and between flexible and inflexible legality, which is why it analyzes the debate in the international arena and specifies in the judgments of the Court of Justice and Peace of Bogotá Colombia, in relation to whether favourability transgresses, or is in accordance with the principle of legality flexible or extended.

It is concluded that the principle of legality proceeds in advance from doctrinal interpretations and the text of some international instruments, being used in Colombia,

within the classic criminal law, with good fundamentals gathered from the doctrine and jurisprudence, consolidating an internal position of strict legality .

Stresses that in a model of transitional justice it is important to collect doctrine and especially jurisprudence of the international order, regarding the criminal responsibility of the individual, in order to reach acceptable levels of justice; therefore, research does not leave behind the assumptions and foundations of both strict and extended legality.

It concludes by pointing out that in Colombia the principle of favourability is applied in a plane of equality in which a differential approach is used that does not threaten the rights of the victims. The application of legality flexible or extended to all perpetrators or participants of crimes committed for cause, on occasion and in connection with the non-international armed conflict that occurred in Colombia, in no case is contrary to the principle of legality.

Keywords: Transitional Justice, Colombia, Principle of criminal legality, International Criminal Law, Prescription.

Contenido

	Pág.
Resumen.....	VI
Abstract	VIII
Planteamiento del problema.	8
Hipótesis.....	9
Objetivo general:.....	11
Objetivos específicos:	11
Metodología.....	11
Capítulo. Del estado del arte sobre la legalidad.	15
1.1. Introducción.....	15
1.1.1 La historia de la prescripción y la legalidad.	16
1.1.2 Las exigencias del principio de legalidad.....	28
1.2 Grados de la legalidad.	34
1.2.1 Legalidad procesal y sustancial.....	39
1.3 La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre el principio de legalidad.....	44
1.3.1 Las dos vertientes del principio legalidad, estricto y extendida (amplia-flexible).48	48
1.4 La imprescriptibilidad determinada en tratados y convenios internacionales.....	52
1.4.1 Imprescriptibilidad internacional.	54
1.4.2 La imprescriptibilidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	65
1.4.3 La prescripción y la imprescriptibilidad en el derecho penal internacional.	73
1.4.4 Principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.	79
Capítulo. Teoría de la legalidad en la jurisprudencia y la doctrina colombiana.	91
1.5 Introducción.	91
1.6 Apartado I.....	92
1.6.1 Legalidad en materia penal.	92
1.6.2 Introducción.....	92
1.6.3 Historia del principio de legalidad.	95
1.6.4 El principio de legalidad.....	99
1.7 Apartado II.	109
1.7.1 Teorías sobre la prescripción.	110
1.8 Apartado III.....	121
1.8.1 El principio de legalidad penal desde la normativa y jurisprudencia nacional colombiana: Corte Constitucional y Corte Suprema.	121
1.8.2 Principio de legalidad de acuerdo a la Corte Constitucional.	122
1.8.3 Principio de legalidad y seguridad jurídica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.	129
1.8.4 Legalidad y debido proceso.....	142
1.8.5 La legalidad para la Corte Suprema de Justicia.....	147

1.9	Conclusiones.....	154
Capítulo. El tratamiento penal en la Justicia transicional.		157
1.10	Introducción.....	157
1.11	Justicia transicional.	161
1.12	Delitos políticos y legalidad penal.....	178
1.13	El principio de legalidad en la Jurisdicción Especial para la Paz.	193
1.14	El juzgamiento de los autores y partícipes en justicia transicional.	201
1.15	La favorabilidad en el acto legislativo 01 del 4 Abril de 2017.	201
1.16	El tratamiento penal diferenciado para agentes del Estado.	205
1.17	La imprescriptibilidad de crímenes en justicia transicional.	208
1.18	La Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional colombiana frente a la imprescriptibilidad, perspectiva en justicia transicional.....	214
Validación de los Resultados ¡Error! Marcador no definido.		
1.19	Conclusiones.....	217
1.19.1	Validación de los Resultados.....	217
1.19.2	El principio de legalidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz.	227
1.19.3	El choque respecto a la ley de justicia y paz en Colombia, especial referencia al Tribunal de justicia y paz de Bogotá.	231
1.19.4	El principio de legalidad penal en su sentido laxo o extendido.	234
1.19.5	El principio de legalidad penal internacional.	241
1.19.6	El debate en el Tribunal el de Justicia y Paz de Bogotá, acerca del predominio del derecho internacional frente al derecho interno.	244
1.19.7	Las víctimas como principal rector de la justicia transicional.....	249
Referencias Bibliográficas.....		249

Introducción

Es de aclararse que la legalidad no es exclusiva del derecho penal, no obstante es en ese derecho donde este estudio se centra. La legalidad es un principio de la ley penal al cual debe recurrir el intérprete del derecho penal ya que le sirve de orientación para lograr resultados meritorios en la exégesis y aplicación del derecho penal.

La legalidad referida al campo penal y a las cuestiones que le atañen, son un principio que se fundamenta en la soberanía de la ley, y en consecuencia el Estado tiene la obligación de respetarlo, ya que en suma es demandado por la sociedad, ésta exige la eliminación de posibles arbitrariedades que provengan de sus gobernantes y de las decisiones que en materia penal se tomen. Igualmente, la legalidad proviene del poder legislativo que acepta la demanda social y crea leyes formales, que en últimas aseguran la convivencia pacífica de los coasociados, lo que termina haciendo más sólida la democracia.

Muñoz Conde define legalidad como “la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el “imperio de la ley”, entendida ésta como expresión de la “voluntad general”. Y puesto que se refiere a la intervención del poder punitivo estatal se le puede llamar principio de intervención legalizada¹”. Partiendo de la distinción señalada, se dice que en el principio de legalidad, existe una supremacía de la Constitución y de la ley como expresión de la voluntad general, frente a todos los poderes públicos. En materia penal implica la sujeción de esos poderes a ley penal.

Con el principio de legalidad y su prohibición de irretroactividad de la ley penal se pretende conferir una serie de aspectos que tienen que ver con la certidumbre o certeza de los asociados respecto a la ley penal que los rige, aspecto que hace relación tanto en

¹ MUÑOZ, Conde, Francisco, Introducción al Derecho Penal, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona 1975, pp.79 y 80.

sus normas incriminadoras, como en sus normas de procedimiento penal, y en general a todo el sistema jurídico.

De no ser así, es decir de no existir la legalidad la arbitrariedad es posible bien sea en el proceso de creación (en el legislativo), en la aplicación judicial (Jueces) o en la interpretación que todos los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) le den a la legalidad. Así pues, en una situación dictatorial, déspota o de tiranía, o en gobiernos demócratas en los que se violen derechos humanos o fundamentales la vulnerabilidad se aumenta y es factible hallar inseguridad jurídica lo que termina siendo en ocasiones el generador de brotes violentos de inconformidad.

Cuando el Estado, no cumple su obligación de brindar seguridad jurídica ya sea en la protección de derechos humanos o derechos fundamentales, en procesos de naturaleza penal, ocasiona una pérdida de legitimidad.

Por su parte el principio de legalidad, es uno de los elementos que informan el Estado de Derecho “el cual, evidentemente, tiene una manifestación en el Derecho penal, a través del principio nullapoena sine lege. Sin embargo, el principio de legalidad como manifestación del Estado de Derecho tiene su influjo en todo el ordenamiento jurídico estableciendo a la ley como fuente principal del ordenamiento jurídico, informando la actuación del Estado, subordinándola a ella²”. No obstante, no resulta fácil entender la legalidad, tal como se hace recientemente, en el entendido que se acoge la legalidad flexible.

Estupiñán trayendo a colación a Zugaldía Espinar, argumenta que “el principio de legalidad en la ley penal de los Estados tiene una doble importancia. De una parte, es la garantía más importante de seguridad jurídica para los individuos frente al poder del Estado. De otra parte, la ley penal cumple una función preventiva general de intimidación, para evitar la infracción que describe y el atentado a los bienes jurídicos que protege³”.

² SUÁREZ, López de Castilla C. ¿De qué hablamos cuando hablamos de legalidad procesal penal? Un Concepto Nuevo en el Proceso Constitucional. Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año II, N. ° 3, 2006 p. 185.

³ ESTUPIÑÁN, Silva Rosmerlin. Los Crímenes de Guerra en Colombia. Estudio Desde el Derecho Internacional y Desde el Derecho Colombiano. Departament de Dret Internacional. Universitat de

Al vulnerarse los principios del derecho penal en especial aquellos que tienen mayor raigambre constitucional en consideración a las posibilidades que existen de violar otros derechos fundamentales es necesario recurrir a las posibilidades que dimanen del control de constitucionalidad de las normas. Dicho control está diseñado no solamente para la protección penal, sino que lo es en general.

En Colombia y en su ordenamiento jurídico el principio de legalidad se advierte a nivel constitucional y legal. Específicamente se encuentra consagrado desde el ámbito superior en el artículo 29 de la Constitución Política, así:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Camargo señala que en dicho artículo la presunción de inocencia es taxativamente establecida y allí también se encuentran “otras garantías como la de la legalidad de las penas, la irretroactividad de la ley penal, juez natural, acatamiento irrestricto los procedimientos e instancias que establezca la ley procesal, y el derecho a la defensa⁴”.

Un aspecto de singular importancia que de entrada hay que destacar, es que la legalidad es diferente al principio de legalidad, este último contiene la legalidad, es decir la

València España. Servei de Publicacions. 2011, p. 223. [Consultado el 03 de Abril de 2015] Disponible en Internet. <http://www.tesisred.net>.

⁴ MATYAS, Camargo E. Problemas en la Regulación e Interpretación de la Presunción de Inocencia en la Ley 906 de 2004. Corporación Universitaria Republicana. Revista Republicana. núm. 9. 2010, p. 25.

legalidad hace parte del principio, el género es el principio y la legalidad es la especie. Sin embargo, son inescindibles.

De acuerdo con el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia “*en ningún caso podrá haber... penas y medidas de seguridad imprescriptibles*”, éste aspecto denota que existe la prescripción la que se relaciona con los efectos que produce el tiempo en la extinción de la acción penal, en últimas hay una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundamentada en el paso del tiempo señalado por la ley para ejercer la acción penal (o de la pena, plazo que transcurre un plazo sin que la pena se ejecute), la cual por imperativo del principio de legalidad comienza a contarse desde la fecha de la comisión del delito, o desde el momento de imposición del sentencia condenatoria y va hasta lo determinado en la norma penal.

Mientras que la legalidad es según la Real Academia Española, (RAE) un “principio jurídico en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a las leyes y al derecho⁵”.

La legalidad en el derecho se manifiesta a través de normas, que es el derecho positivo que conforma un Estado, o como señalaba Lacambra “significa existencia de leyes y conformidad a las mismas de los actos de quienes a ellas están sometidos⁶”.

Ahora bien, se tiene que a lo largo de la historia de la humanidad y en especial el derecho desarrollado en la posguerra del siglo pasado ha dado especial importancia al ser humano como benefactor de derechos y especial protección de la ley. En ese sentido el derecho Internacional, ha ido avanzando respecto a la construcción teórica y el mejor entendimiento y respeto del principio de legalidad; es así como, especialmente el derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario han desarrollado una normatividad que busca juzgar aquellos actos de violencia extrema que sean atentatorios no solamente de bienes del ser humano individual, sino de la

⁵ Real Academia Española de la Lengua, 22.ª edición y las enmiendas incorporadas hasta 2012.

⁶ LEGAZ, Lacambra, “Legalidad y Legitimidad”, *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 101, pp. 5-24.1958: 6.

humanidad como sujeto de Derecho⁷, y en ellos es claro que existe una relación conceptual y de interpretación que tiene que ver con el principio de legalidad.

Llegados a este punto en el conflicto armado no internacional sucedido en Colombia y en el posconflicto que le sigue, tiene que haber el gran componente de justicia. No es exagerado decir que todo el andamiaje de los acuerdos de Paz entre el gobierno nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo, en adelante FARC-EP, se fundamenta en que haya justicia y se respete el principio de legalidad y por supuesto los derechos humanos. “El nuevo orden democrático o la superación del conflicto armado que busca instaurar la justicia transicional debe basarse en el respeto a los derechos humanos como requisito de legitimidad”⁸.

Para lograr la consecución de justicia se acoge en Colombia y de conformidad con el Acuerdo gobierno Farc-Ep un enfoque diferencial, este según Arteaga nace “con la pretensión de ofrecer un panorama de restitución de derechos a víctimas del conflicto desde sus particularidades; parte, por tanto, de la noción de diversidad y vulnerabilidad de estas personas, por lo cual, su interés se centra en “devolver derechos” de manera efectiva”⁹.

Por su parte la Corte Constitucional puntualiza el principio de enfoque diferencial como aquel: “que se traduce en la adopción de una serie de medidas encaminadas a enfrentar

⁷Henckaerts y Doswald-Beck, expresan que “el derecho internacional humanitario derivado de tratados está bien desarrollado, pues cubre una amplia variedad de aspectos de la conducción de la guerra, brinda protección a las víctimas de ésta y limita los medios y métodos bélicos permitidos”. Habría que agregar que en ellos e destaca el principio aquí estudiado. Éstos mismos autores declaran que “se acepta, en general, que la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario requiere la presencia de dos elementos, a saber, la práctica estatal (usus) y la creencia de que esa práctica se exige, se prohíbe o se permite, según la índole de la norma, como derecho (opiniojurisnecessitatis).” HENCKAERTS Jean-Marie y DOSWALD-BECK Louise. El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. Comité Internacional Geneve. Vol. 1. 2007. p. 32, 36.

⁸TORRES, Argüelles, Alfredo, Repensando las amnistías en procesos transicionales, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2015, p, 84 y 85.

⁹Arteaga Morales, Blanca Inés, EL ENFOQUE DIFERENCIAL: ¿UNA APUESTA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE PAZ?, en: Identidades, enfoque diferencial y construcción de paz Serie documentos para la paz N° 3, Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2012, p.15.

la situación de vulnerabilidad acentuada de algunas víctimas en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad”. Dicho enfoque también favorece la consecución de la paz, específicamente cuando se trata de favorecer, con sanciones flexibles a los victimarios, sin embargo, esta situación no va en detrimento de las víctimas, al contrario va a favor de ellas, ya que permite que los victimarios digan la verdad.

En esta dirección, el Estado está en la obligación de proteger a todos los miembros involucrados en el conflicto a través de leyes las cuales ofrecen “especiales garantías y medidas de protección, asistencia y reparación a los miembros de grupos expuestos a mayor riesgo de violaciones de sus derechos fundamentales: mujeres, jóvenes, niños y niñas, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, líderes sociales, miembros de organizaciones sindicales, defensores de derechos humanos y víctimas de desplazamiento forzado, y de esta manera contribuye a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes”¹⁰.

En este sentido, es fundamental destacar que la investigación en materia penal, en aras de encontrar la verdad, hacer justicia y reparar a las víctimas dentro de la justicia transicional, es vital. La Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante JEP) es el modelo creado para hacer justicia transicional en Colombia, estará constituido por diferentes salas integrados por magistrados que efectuarán la investigación y juzgamiento de quienes se acojan a la JEP, los magistrados de ese Tribunal Especial para la Paz deberán tener en cuenta, muchos aspectos, entre otros, ¿Qué teorías son las destacadas en el derecho penal internacional?, ¿Qué se considera delito político y sus conexos? ¿Cuándo y, a quien aplicar amnistías e indultos? Todas estas preguntas son propias de un proceso de justicia transicional. Los cuales por supuesto, no están exentos de controversias.

¹⁰Corte Constitucional, Sentencia C-253A/12, 29 de marzo de 2012, M.P. Mendoza Martelo, Gabriel Eduardo.

Para el atento desarrollo de este trabajo investigativo, se ha fraccionado en tres capítulos. En el capítulo uno se alude al Estado del arte dividiendo el trabajo en dos partes la primera sobre la imprescriptibilidad determinada en tratados y convenios internacionales. La segunda sobre la prescripción a nivel general y su relación con el principio de legalidad.

El capítulo dos estudia parte de la teoría del principio de legalidad y luego lo analiza en la jurisprudencia y doctrina colombiana. Este se subdivide en tres apartados el primero de ellos se destaca la legalidad en materia penal; el segundo recoge las teorías existentes en Colombia respecto al principio de legalidad. El tercer apartado habla del principio de legalidad penal desde la normativa y jurisprudencia nacional colombiana: Corte Constitucional y Corte Suprema.

El capítulo tres se efectúa un estudio sobre el principio de legalidad, su relación con la prescripción e imprescriptibilidad, recurriendo a doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera. Tiene en cuenta la aplicación del principio de favorabilidad de conformidad con el acto legislativo 01 del 4 de abril de 2017.

Finalmente se llega a unas conclusiones que validan lo estudiado centrándose en el principio de legalidad en medio de la justicia transicional de Colombia, asentando una posición respecto a la autoría y participación de conformidad con los Acuerdos suscritos entre gobierno y las Farc-Ep, atendiendo al problema de legalidad penal y como aplicando el principio de favorabilidad en todo el sistema que acoge la jurisdicción especial para la paz y por supuesto utilizando la legalidad flexible, el principio de legalidad no tiene mayores inconvenientes en virtud de que no es generador de inseguridad jurídica. Para validar estos aspectos se destaca el estudio de la jurisprudencia de la Sala de Justicia y Paz de Bogotá.

Planteamiento del problema.

Debido a la terminación del conflicto armado no internacional sucedido en Colombia surge la justicia transicional. En ese nuevo escenario las dificultades cuando de analizar el principio de legalidad se trata son importantes.

En la doctrina internacional y en el ámbito interno, suscita controversias la aplicación del principio de legalidad penal, especialmente cuando de aplicar este principio en delitos en los que la imprescriptibilidad está presente. En cuanto a Colombia, aquellos delitos de lesa humanidad cometidos antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, es decir, frente a las conductas cometidas en diferentes periodos de tiempo en donde no existía regulación legal sobre este tipo de punibles, generan dificultades respecto a la legalidad. Ciertamente, nuestro legislador ha tenido en cuenta los mandatos constitucionales y la realidad jurídica y política de nuestro país, con el propósito de no violar garantías fundamentales de los procesados y articularlas con los principios que orientan el derecho penal pero respondiendo a la vez con los compromisos internacionales en materia de impunidad. En el ámbito internacional el tratamiento penal a los autores o partícipes de crímenes dentro de un conflicto armado, ha sido objeto de importante jurisprudencia y objeto de buena parte de la doctrina especializada, específicamente dirigida a no comprometer el principio de legalidad, especialmente en el caso colombiano donde en el acto legislativo 01 de 2017, lo mismo que la Ley estatutaria (en curso en septiembre de 2017 en el Congreso de la República) acoge el principio de favorabilidad como el principal baluarte del cual deben hacer uso los magistrados de la JEP al tomar sus decisiones.

En esa dirección la pregunta objeto de esta investigación es:

¿Dentro del marco de la justicia transicional colombiano, el tratamiento que se otorgue a los ejecutores de crímenes ocurridos dentro del conflicto armado no internacional, debe ser acorde con el principio de legalidad penal estricto o extendido?

Hipótesis.

1.- La implementación de los acuerdos en su componente de justicia tiene que brindar seguridad jurídica a quienes se acojan a la JEP. Esto es posible si se tiene en cuenta el derecho penal interno, el DPI, el DIH y los DDHH de no ser así podría asumir la competencia de estos crímenes la CPI. Todo dentro de un marco aplicación del principio de favorabilidad en perfecta armonía con el principio de legalidad.

2.- En los acuerdos y en la ley, el principio de igualdad propende por un desarrollo de la legalidad extendida. En medio de la nueva justicia transicional y de acuerdo con el tratamiento penal diferenciado la “descriminalización” o “despenalización” es tanto para integrantes de las Farc-Ep como para agentes del Estado; esta diferenciación propende por ser igual para todos los actores armados que cometieron crímenes en desarrollo y con ocasión del mismo.

En la ley estatutaria que se aprobó en el Congreso de la Republica sobre la implementación de la jurisdicción especial para la paz se indica en el artículo 10 el principio de legalidad: “La JEP cumplirá sus funciones garantizando la aplicación del principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política”. Como se puede analizar se tiene en cuenta la Constitución en su artículo 29 de tal manera que el principio de legalidad no sea en ningún momento obviado, aun cuando se pueda afirmar en un modelo de justicia transicional la legalidad puede ser tanto estricta como flexible.

El proyecto de ley estatutaria establece que en las decisiones que se tomen al interior de JEP se tendrá en cuenta el derecho penal interno y en segundo lugar se tendrá en cuenta el Derecho Internacional el DIH y el DIDH todo esto en aplicación del principio de legalidad.

3- El tratamiento penal diferenciado se hace de tal modo que resultan beneficiados todos los autores y partícipes de crímenes cometidos con ocasión y en desarrollo del conflicto, así por ejemplo, respecto a los agentes del Estado que hubieren realizado conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, el tratamiento será simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado y simultáneo. Para los integrantes de las Farc-Ep, se reconocen amplias amnistías e indultos.

En el Acuerdo se revela que “en la implementación se garantizarán las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y se adoptarán medidas afirmativas en favor de grupos discriminados o marginados, teniendo en cuenta el enfoque territorial, diferencial y de género”, esto significa que tanto los victimarios como las víctimas tienen igual trato, lo que convierte como eje central del acuerdo, a las víctimas.

Ahora bien, si a los agentes estatales se les brinda un trato diferenciado, simultáneo, equilibrado y equitativo, el cual como se dijo se basa en el respeto al DIH, no tiene, en una mirada holística, serias implicaciones respecto al principio de legalidad. Esta consideración surge en primer lugar de razonar como legítimas las acciones de los agentes del Estado (especialmente integrantes de la Fuerza pública y de la policía), presunción que en principio, deja ver como legítimas las acciones de estos en un contexto de conflicto; en segundo lugar, en un proceso de justicia transicional no solamente pueden resultar “beneficiados” los integrantes del Farc-Ep sino que deben existir mecanismos para agentes estatales; mecanismos que permitan unas sanciones en igualdad de condiciones; no obstante, estos no son los únicos argumentos.

El argumento más válido de todos, en cuanto a que el principio de legalidad no se vulnera, surge de la interpretación de la Ley estatutaria y del acto legislativo 01 de abril de 2017. En este sentido, siendo que se tiene en cuenta en la JEP el código penal colombiano y el derecho internacional en segundo lugar, aspecto este que consagra la posibilidad real de “favorecer” es decir aplicar el principio de favorabilidad y además en caso de ser necesaria la imposición de sanciones esta será la más favorables que exista, lo cual es a todas luces legal, y acorde con el principio de legalidad, inclusive viéndolo desde la legalidad estricta o rígida. Pero, el análisis se puede hacer más fácil desde la legalidad flexible, toda vez que, como ya se ha dicho, la legalidad puede ser flexible en casos de aplicación de justicia restaurativa, tal como es el caso de la Colombia actual.

4.- Existe una aplicación prevalente del principio de favorabilidad, el que se encuentra al analizar el acto legislativo 01 del 4 de Abril del 2017, este tiene en cuenta en primer lugar el código penal, el derecho Penal Internacional, el DIH, DDHH y las normas operacionales para los integrantes de la Fuerza Pública. En este orden de ideas el Derecho Internacional y el desarrollo jurisprudencial del mismo, ocupa un segundo lugar frente al Derecho Penal interno.

En consecuencia, la aplicación del principio de favorabilidad en nada afecta los derechos de las víctimas, ya que estas tendrán su reparación tal como lo define la ley. Existiendo además la verdad, como el gran componente de la justicia transicional, el cual junto a la justicia, y no repetición son en suma las formas de reparar el daño causado a las víctimas del conflicto armado no internacional sucedido en Colombia.

Objetivo general:

Analizar si dentro del marco de la justicia transicional colombiana, el tratamiento el tratamiento que se otorgue a los ejecutores de crímenes ocurridos dentro del conflicto armado no internacional, debe ser acorde con el principio de legalidad penal estricto o extendido.

Objetivos específicos:

- Determinar en el marco de la justicia transicional el principio de legalidad penal aplicado en Colombia.
- Establecer si en Colombia en crímenes de lesa humanidad se aplica el principio de legalidad penal estricto o extendido.
- Estudiar la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y si este es acorde con el principio de legalidad estricto o extendido.
- Examinar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y Paz de Bogotá relativas al principio de legalidad y su relación con la justicia transicional.

Metodología.

El trabajo investigación tiene un eje estructural el cual es un análisis de la justicia transicional en Colombia y dentro de ese esquema determinar la tensión, la flexibilidad o el acuerdo entre la legalidad como principio, la irretroactividad y la imprescriptibilidad de la acción y de la pena, respecto a los beneficiarios de la justicia transicional en Colombia. En consecuencia se tienen en cuenta aspectos del derecho penal y procesal penal y por supuesto, todo el modelo de jurisdicción y competencia en la justicia transicional.

Fundamentalmente se enfatiza en el estado del arte sobre la legalidad y de la imprescriptibilidad determinada en Tratados y Convenios Internacionales, esto con el fin de darle solidez a toda la investigación, todo acorde con la justicia de transición a aplicarse en Colombia.

Se analiza la irretroactividad de la ley penal, aspecto que es tratado en profundidad, respecto a los delitos objeto que son objeto de amnistías e indultos como aquellos que tendrán algún tipo de penas o sanciones.

Se ha empleado como gran método de investigación la recolección de datos que dieran cuenta del tema principal, esto es la legalidad en medio de la justicia transicional en Colombia; así se seleccionaron los libros, capítulos o revistas más relevantes nacionales y extranjeras, ya fuese por la categoría o reconocimiento de sus autores o por el gran aporte que estos hicieran, a la solución o discusión del problema central aquí estudiado.

En razón a las consecuencias que pueden traer los mencionados temas, se buscó el conocimiento especializado sobre la cuestión de la prescripción y su relación con la seguridad jurídica.

Se privilegió la búsqueda de información en la doctrina y jurisprudencia extranjera, respecto a la legalidad en materia penal en justicia de transición. Se estudió el Acuerdo de Paz suscrito entre el gobierno colombiano y las Farc- Ep, en lo referente al castigo a autores y partícipes en un examen de acuerdo con la ley penal, se analizó todo el acto legislativo 01 del 4 de abril de 2017. Del mismo modo se acudió a la jurisprudencia nacional sobre la justicia transicional. Esta y toda la información disponible sobre los demás temas, fue posteriormente objeto de una lectura holística en la que se extrajeron los elementos más importantes que le darán el soporte a los demás capítulos de esta tesis.

Para el efecto, aquí se desarrolla en sus dos fases fundamentales heurística y hermenéutica, en donde se pretende examinar la legalidad, la imprescriptibilidad y la irretroactividad de la ley penal en un escenario de posconflicto, más concretamente en justicia transicional y el conocimiento que hasta el momento existe del orden cualitativo en Colombia y en el derecho comparado. Un aspecto destacable son los cambios que en materia de conceptualización e interpretación del principio de legalidad se han dado en la doctrina y jurisprudencia nacional permeada desde el plano internacional.

En todo caso, los análisis y las observaciones destacadas son de tipo cualitativo en cada uno de los ejes temáticos: el principio de legalidad, la irretroactividad y la imprescriptibilidad de la acción y de la pena y de forma transversal la justicia transicional.

CAPÍTULO. DEL ESTADO DEL ARTE SOBRE LA LEGALIDAD.

1.1. Introducción.

Para llegar a una formulación satisfactoria de la legalidad y luego de la imprescriptibilidad es fundamental definir los ámbitos en los cuales se ha movido la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera y, por supuesto la jurisprudencia, que desde la República de Weimar ha tenido enorme incidencia desde el desarrollo de la legalidad. Para lo cual Ebert Edo señala que la fórmula del principio de legalidad “la aportó en 1934 Carl Smith al oponer la fórmula del Estado de derecho “nullapoena sine lege” la frase de la justicia “nullum crimen sine poena”, no quedaba así “ningún crimen sin castigo¹¹”.

Con las anteriores consideraciones se pretende en este trabajo desarrollar la fundamentación que rige del tema en cuestión. Siendo el estado del arte el elemento fundamental en la definición y estructuración de la investigación; la elaboración de todos y cada uno de los elementos centrales referidos a la justicia transicional a aplicarse en Colombia e igualmente el principio de legalidad, irretroactividad e imprescriptibilidad obliga a dividir el trabajo en acápites sobre diversos temas que van desde lo conceptual hasta lo teórico en el orden interno e internacional del mismo modo en doctrina y jurisprudencia.

Buena parte de la doctrina en materia penal encaminada a investigar, conceptuar, o analizar etc. la legalidad lo ha hecho a partir de una concepción eminentemente garantista; pero otra corriente lo ha hecho desde el ámbito internacional generando una “supra legalidad” que irradia el derecho penal interno, todo ello dentro del marco del estado derecho y específicamente de una sociedad democrática como la colombiana y en el marco de la justicia de transición.

¹¹ UDOM, Ebert. Strafrecht Allgemeiner. Derecho penal parte general. Traducción: Escudero Irra, Said. Universidad autónoma del Estado de Hidalgo. 2005, p. 8.

La legalidad penal tiene que ver directamente con normas de carácter internacional, por ejemplo, con la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra¹² y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en estos y en muchas otras normas del mismo tenor se reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad. Lo cual conlleva que la elaboración de este trabajo sobre el estado del arte, los incluya. En este sentido y para poder asegurar coherencia, es obligado recurrir a la historia del principio de legalidad y de la legalidad en sí misma y por supuesto la legalidad penal.

1.1.1 La historia de la prescripción y la legalidad.

Doctrina y jurisprudencia han evolucionado la dogmática penal respecto a la prescripción y la legalidad.

Ya Platón decía que: “cuando dictamos Leyes, lo hacemos con la finalidad de que sean útiles para el tiempo venidero, para el futuro”. “Lo general y futuro” es, en palabras de Aristóteles el gran objeto de la Legislación. Así lo recuerda Macho quien agrega que “ambas citas son testimonios escritos de la presencia, en el Derecho griego clásico, del espíritu de la no-retroactividad de las Leyes¹³”. Generalmente diferentes teorías se han inclinado por determinar que el origen de la prescripción se encuentra en el Derecho Romano, no obstante contemporáneamente se ha llegado a estipular que fue en la Grecia Clásica donde se conoció de ante mano esta institución y por tanto admitían la

¹² “Los crímenes de guerra son tan antiguos como la guerra, que fue una de las primeras actividades sociales de la especie humana y será sin duda la última. Y aún si no se acepta que la guerra es un crimen, como pretende el pacifismo radical, hay que admitir que las peores manifestaciones de la barbarie casi siempre tienen lugar como consecuencia o so pretexto de los conflictos armados.” MACCORMACK, Timothy L H. “From Sun Tzu to the Sixth Committee: The evolution of an international criminal law regime”, en: MacCormack & Simpson, The law of war crimes, p. 32.

¹³ MACHO, Pérez, Ana Belén Tesis que presenta para la obtención del grado de Doctor, de la Universidad Pompeu Fabra, España, 2005.

prescripción del delito, sin embargo existían algunos otros de carácter imprescriptibles, todo esto apoyado en escritos de autores de la época como Demóstenes y Lisias¹⁴.

Seguidamente, en el Derecho Romano, no existe una exactitud teórica en cuanto a la prescripción, sin embargo se afirma que dicha institución fue introducida a través de la *Lex Julia Adulteris* está fijaba un tiempo de 5 años para la prescripción en delitos como el estupro y el adulterio luego establecería la prescripción penal para todos los delitos tendrían una prescripción de 20 años con excepción del Parricidio y la Apostasía¹⁵. Medina, trayendo a colación a Vela Treviño dice que “la llamada “*Lex Julia de Adulteris*” que data de tiempo de Augusto en Roma, hacía el año 818 A.C., en ella se consigna un término de 5 años para la prescripción de ciertos delitos como son el adulterio, el entonces llamado “stuprum” y el lenocinio¹⁶”.

Desde el derecho canónico¹⁷ se conoce la prescripción como: “una institución jurídica que regula el tiempo por el cual se faculta al Estado a ejercer la persecución penal, es la

¹⁴ PEREIRA, González, Félix. Breve referencia a la historia de la prescripción de las infracciones penales. especial consideración de la problemática surgida en el derecho romano a través de dos aportaciones fundamentales revista de Derecho UNED, núm. 2, 2007, p. 436.

¹⁵ OGAS, Cabrera, Carolina. Soto Nilo, Alejandra. Amnistía, indulto, prescripción y delitos universales. Universidad de Chile. Facultad de derecho. Santiago – Chile 2007, p. 119.

¹⁶ MEDINA, Otazu Augusto. La Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad y las Obligaciones del Estado Peruano con la Comunidad Internacional. Pensamiento Penal. 2011. p.3.

¹⁷ Se tiene que en el Código de Derecho Canónico “El canon 1362 indica que el delito tipificado en el canon 1395 prescribe a los cinco años; sin embargo, si el delito está reservado a la Congregación para la doctrina de la fe, rigen las normas especiales. La Carta sobre los delitos más graves, como ya sabemos, incluye el abuso sexual cometido por un clérigo sobre un menor de 18 años entre los delitos reservados a ella; en este caso la prescripción es de 10 años, y además la prescripción comienza a correr desde el día en que el menor cumple dieciocho años.” REYES, Vizcaíno Pedro María. El delito de abuso sexual cometido por un clérigo. Disponible en: <https://es.catholic.net/op/articulos/24039/cat/797/el-delito-de-abuso-sexual-cometido-por-un-clerigo.html>.

perención o extinción de la acción criminal o penal por el delito cometido transcurrido un tiempo determinado¹⁸”.

Luego entonces el derecho de perseguir al delincuente o al delito cometido para así infligirle una pena se finiquita pasados tres años puesto que es el tiempo de prescripción de la pena de que se cometió el delito, no obstante otras acciones contienen una prescripción de cinco años para este derecho, tales como el aborto, la vida, la integridad de la persona, entre otros y adicionalmente los delitos reservados contra la llamada Congregación para la Doctrina de la Fe estos solo prescribirán a los diez años¹⁹.

Históricamente en cuanto a este principio se recuerda que surge con la aparición del Estado, del denominado Estado territorial, florece con la presencia de un territorio y de las relaciones sociales complejas en una determinada comunidad humana, esto da la necesidad de crear un ente que contenga una organización permanente y unitaria, a esto se le habrá de llamar Estado. En síntesis el “Estado es un conjunto de individuos asentados sobre un territorio y con un poder de mando en el que coexisten los que mandan y los que obedecen²⁰”.

Para la profesora Carmen Lamarca, el principio de legalidad “surgió en sus orígenes iluministas; la ley, ciertamente, no es una garantía en sí misma, ni asegura la justicia o moralidad del mandato, pero no cabe duda que la legalidad aporta un principio de limitación del poder, en especial si se trata de una legalidad abstracta y general como la postulada por la filosofía del siglo XVIII²¹”.

Históricamente el principio de legalidad proviene de la Revolución Francesa, del cual cabe mencionar la consagración de este principio en la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en su artículo 8.

¹⁸ AZNAR, Gil Federico R. Myriam M. Cortés Diéguez. López Zubillaga, José Luis. El Derecho en la misión de la Iglesia. Biblioteca de autores cristianos. Madrid. 2006, p. 240.

¹⁹ *Ibidem*, AZNAR. 2006, p. 241.

²⁰ GARCÍA, Ricci Diego. Estado de derecho y principio de legalidad. Comisión nacional de los derechos humanos. México. 2011. p. 11

²¹ LAMARCA, Pérez Carmen, Principio de Legalidad Penal. *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*. Nº 1. 2012. p. 157.

Se considera que en los derechos internos estatales el principio de legalidad se caracteriza por los siguientes aspectos:

Primeramente por equipararse con el concepto formal de ley. Seguidamente por utilizar la retroactividad de forma que siempre favorezca al sujeto y de ese modo salvaguardar los derechos fundamentales y finalmente Por imponer límites al legislador con el fin de que exista claridad en las leyes²².

Para Aguirre y Ojeda el principio de legalidad, “surge de la necesidad de reconocimiento de los derechos fundamentales y el respeto de los mismos en un contexto social de marcada desigual, donde una minoría ostentaba el poder, pero que en todo caso sometían y vulneraban los derechos de los oprimidos²³”.

Ciertamente el principio de legalidad avanza de la mano de las ideas racionalistas en el cual se entrelazan conceptos filosóficos del pensamiento de la Ilustración.

Al Barón de Montesquieu se le señala como quien hizo la primera formulación filosófica respecto a la legalidad como principio, no obstante salió a la luz pública gracias al Márquez Beccaria en 1764, de allí surgen varios derechos “erigidos en normas rectoras: el de legalidad de las penas, el juez natural, la prohibición de la tortura, la irretroactividad de las penas²⁴”.

Matyas recuerda que “la Ilustración como movimiento intelectual, político y científico portentoso, trajo la difusión de ideas humanas y racionales, y el advenimiento de nuevas instituciones políticas y jurídicas, entre ellas la consagración del debido proceso en el régimen penal, junto con el principio de legalidad, el de la presunción de inocencia.

²² RAMELLI, Arteaga Alejandro. La jurisdicción y la protección internacional de los derechos. Capítulo XII. Debates sobre el principio de legalidad penal en investigaciones por crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra. Universidad de Medellín. Medellín, Colombia, p. 255.

²³ AGUIRRE, Restrepo Alejandro y OJEDA Omar Ricardo. Vulneración del principio de legalidad en Colombia por parte de la Corte Suprema de Justicia a partir del año 2010 a 2012. Universidad Libre, Seccional Pereira. 2013, p. 16.

²⁴ MATYAS, Camargo E. Problemas en la Regulación e Interpretación de la Presunción de Inocencia en la Ley 906 de 2004. Corporación Universitaria Republicana. Revista Republicana. núm. 9. 2010, p. 15.

Solo a partir de entonces se puede predicar, se establece el proceso penal como un método para establecer si el indiciado es o no culpable de un delito²⁵”.

Quiroga, citando a Hassemer, en cuanto al principio de legalidad, considera que “la legalidad, se recuesta en las teorías absolutas de la pena. Contiene una alta exigen ética consecuente con el Estado de Derecho²⁶”. Y tiene que ser así en la medida en que en el Estado de derecho es primordial la seguridad jurídica.

En lo referente al principio de legalidad en la historia del siglo XX se encuentra que en el código Alemán nazi y en el código Ruso este principio aún no había nacido lo cual género que estuvieran exentos de normativas por encima de los derechos y de la justicia, además en el fondo carecían de las garantías fundamentales universales reconocidas.

Para que un Estado sea considerado un auténtico Estado de Derecho se requiere cumplir con ciertos requisitos, que provienen desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano²⁷. Ese exaltamiento al Estado de Derecho “se traduce en la certeza de que la autoridad estatal sólo podrá actuar con fundamento en algún precepto legal. Por el contrario, un individuo podrá hacer todo aquello que el Derecho no le prohíba. Esto es lo que también se conoce como principio de legalidad²⁸”, es decir lo que no está prohibido está permitido. Para Mejía fue “formulado para limitar las intervenciones del poder penal sobre los ciudadanos, se enmarca en el contexto de la legalidad en sentido amplio, como sujeción del poder a la ley, nota característica esencial del estado de derecho²⁹”.

²⁵ Ibídem, MATYAS, Camargo, p. 17.

²⁶ QUIROGA, Rojas L.F. El Principio de Oportunidad en el Derecho Penal Colombiano. Fundamentos Evolución y Aplicación. Editorial Académica Española. 2013, p. 20.

²⁷ En ella se apuntaba que debía existir: 1) la división de poderes; 2) la garantía de los derechos fundamentales; 3) la primacía de ley por ser expresión de la voluntad general frente a las demás normas jurídicas, y 4) la soberanía nacional.

²⁸ GARCÍA, Ricci, Diego. Estado de derecho y principio de legalidad. Comisión nacional de los derechos humanos. México. 2011, p. 37 Disponible en: <http://www.cdhezac.org.mx/pdfbiblio/44.pdf>.

²⁹ MEJÍA, Luz, María. El debilitamiento del principio de legalidad penal en las decisiones de control de constitucionalidad de la corte constitucional colombiana. Revista Nuevo Foro Penal Vol. 7, No. 78, enero-junio 2012. , Universidad EAFIT, Medellín, p. 112.

Es decir, el principio de legalidad en sentido amplio, “debe entenderse como un ideal jurídico que no hace referencia al derecho que “es” sino al derecho que “debe ser”³⁰. Así pues dentro de los “conceptos básicos de justicia penal tienen un cierto grado de flexibilidad, pero también que siempre tienen la función de limitar el ius puniendi del Estado. Sólo dentro de un enfoque equilibrado entre la espada y el escudo de la función justicia criminal puede ius puniendi del Estado convertido justicia tal como la conocemos³¹”.

Montesquieu consideraba que la legalidad tenía “por finalidad mantener a raya a los jueces, signos visibles de la arbitrariedad del Antiguo Régimen³²”. De allí se recogen los grandes postulados que terminan siendo el principio de legalidad que hoy se conoce y que como tal surgió de un derecho penal al interior del Estado liberal, en ese contexto “concebido como escenario de protección del reo contra la enorme capacidad de discrecionalidad del soberano, proyectando sus alcances a distintas dimensiones de la convivencia, iniciándose una tradición de respeto por los límites al poder del Estado, que con el paso de los siglos ha sido enriquecida y fortalecida, convirtiéndose en pilar fundamental de la filosofía de los derechos humanos y de las constituciones contemporáneas.

Siendo el principio de legalidad hijo de los principios de libertad, igualdad y fraternidad, tiene además la paternidad responsable del llamado Estado de Derecho³³. El conocimiento de lo prohibido es basilar en el entendimiento de la legalidad, en esta perspectiva y desde el punto de vista de la ciencia jurídico penal, el principio de legalidad garantiza “el conocimiento efectivo de los ciudadanos respecto del alcance de lo

³⁰ SALAZAR, Pedro. Una Aproximación al Concepto de Legalidad y su vigencia en México. 1998. Revista Isonomía No 9. 1998. p. 194.

³¹ SERGE, Gutwirth. Et al. Reloading Data Protections Multidisciplinary Insights Contemporary Challenges. Editorial Springer, 2014. p. 127.

³² MONTESQUIEU. Del Espíritu de la Leyes, Libro VI, Capítulos III y IV, pp. 64 y 65.

³³ FERNÁNDEZ, Mejía D. Atipicidad de los Crímenes de Lesa Humanidad, Una Revisión del Caso Colombiano. Opinión Jurídica, Vol. 10, N° 20. 19 Julio-Diciembre de 2011 / 216 p. Medellín, Colombia, p. 93.

prohibido y de su consecuencia penal. Esta garantía sólo puede partir de bases objetivables. Y esto sólo puede ocurrir asumiendo dos puntos de referencia complementarios: la posibilidad de conocimiento de lo prohibido y su consecuencia del ciudadano promedio responsable y la determinación y concreción razonable por parte del juez de lo prohibido por el texto de la ley y su consecuencia punitiva³⁴.

Pero, ¿Cómo surge el principio de legalidad? “El principio de legalidad surge por la necesidad del hombre de lograr la protección de sus derechos, es decir, por el anhelo de ser respetado como persona³⁵”.

El principio de legalidad dogmatiza que la ley penal tiene que ser previa, estricta, formal y escrita. Siendo además una de las características que distingue a las Constituciones contemporáneas establecidas en los países que modernamente conocemos, ya que en ellas esta taxativamente incorporado. La legalidad es una de las máximas garantías dentro del derecho penal liberal en cuanto a que constituye una de las más poderosas limitaciones del poder punitivo. Admite razón afirmar que el principio de legalidad también es conocido como el de reserva legal.

Ahora bien, existe una legalidad de carácter general, y otra que es la que aquí interesa la legalidad en el derecho penal, esta alude al delito, a la pena. Como bien recuerda García “El principio clásico de legalidad no se aplica sólo al delito. Desde su formulación original se refirió además a la consecuencia de éste, la pena, y luego alcanzó al proceso — órganos persecutorio y judicial, debido proceso— y a la ejecución de la sentencia³⁶”.

El aforismo latino “*nullum crimen, nullapoena sine lege*”, es la esencia del principio de legalidad “es la base sobre la que se asienta la seguridad jurídica: gracias a él el

³⁴ MONTOYA, Vivanco Yván. Los Crímenes de Lesa Humanidad y el Principio de Legalidad en la Sentencia Recaída en el Caso Fujimori. Breve Comparación con la Sentencia del Tribunal Supremo en el Caso Scilingo. Derechos Humanos y Lucha Contra la Impunidad. El caso Fujimori. Dykinson. S.L. Madrid. 2011, p. 125.

³⁵ ORDUZ, Barreto Claudia Patricia. El principio de legalidad en la ley penal colombiana. Universidad Autónoma de Colombia. Revista Criterio jurídico garantista. Bogotá. 2010, p.103.

³⁶ GARCÍA, Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, 2a. ed., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, p. 266.

ciudadano sabe qué conductas están castigadas y de qué forma y, en consecuencia, sabe qué conductas debe abstenerse de realizar, y sabe también que no realizándolas no será castigado. Sin esa seguridad, la libertad individual deviene mera ilusión, pues si se ignora qué se puede y qué no se puede hacer, se teme actuar por si al hacerlo se ejecuta una conducta prohibida o que la autoridad desea reprimir en un momento dado, con lo cual se puede acabar no actuando por si acaso³⁷”.

Para Hurtado “el principio de legalidad tal como fue establecido en las declaraciones de los derechos humanos y en los primeros códigos penales, es una conquista de orden político, fruto del proceso que culmina con la conformación de los estados modernos³⁸”. Surge así determinada limitación al *Iuspuniendi*,³⁹ estas pueden ser para el poder legislativo, por cuanto a través del principio de legalidad “se prohíben las leyes ex post facto o su modificación o derogación singular. La legalidad, así entendida, satisface además la función motivadora de las normas penales pues mal se puede motivar desde la inseguridad judicial⁴⁰”. Afirma Villavicencio que “en la actualidad no se acepta un poder absoluto del Estado sobre los particulares, por esta razón el principio de Legalidad cumple un importante rol de garantía para los ciudadanos y se constituye como un límite formal a la función punitiva Estatal, pues le está prohibido imponer penas a conductas

³⁷ GONZÁLEZ, Cussac José L. y Orts Berenguer Enrique. (2004). Manual de Derecho Penal. Parte General (Conforme al Proyecto de Código Penal de la República de Nicaragua de 2003), p. 24.

³⁸ HURTADO, Pozo, J. “Manual de Derecho Penal Parte General I”, 3era Edición. Editorial Grijley, 2005, Lima Perú, p. 50.

³⁹ En lo referente al *Iuspuniendi*, es la facultad o potestad del Estado de imponer sanciones penales, penas o medidas de seguridad por la comisión de delitos, esto es, la potestad de hacer valer su papel de órgano legitimado para solucionar conflictos penales. Al respecto: POLAINO, Navarrete Miguel. Funciones Dogmáticas del Derecho Penal y Legitimación Material del Sistema Punitivo. Universidad de Sevilla España.2006, p. 78.

⁴⁰ LAMARCA, Pérez Carmen, Principio de Legalidad Penal. Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad. Nº 1. 2012, p. 157.

que no hayan sido previamente calificadas en la ley como delictivas. Sólo algunos excesos totalitarios han tratado de desvirtuar este principio⁴¹”.

El principio de legalidad para Piqué, es “uno de los límites más tajantes al poder punitivo del Estado. Nullapoena, nullum crimen sine praevialegepoenali. No hay pena, no hay crimen, sin una ley penal previa. Este aforismo sintetiza el significado del principio de legalidad: el fundamento del castigo solo puede ser una ley en sentido formal, sancionada según el procedimiento, la competencia y el contenido limitado que regula nuestra Constitución Nacional, que este vigente al momento de la comisión del hecho y que prevea como delictiva la conducta reprochada⁴²”.

A lo largo de la historia se han tenido en cuenta diferentes locuciones latinas, “tales como: nullum crimen nullapoena sine lege (no hay crimen ni pena sin ley), nullum crimen sine previa legepenale (no hay delito si no está definido previa y expresamente en la ley penal), nullumpoena sine previa legepenale (no puede aplicarse pena que no esté establecida previamente en la ley penal), nullumpoena sine crimine (no hay pena sino como consecuencia de una infracción penal), y todas éstas implican que las leyes, los delitos y las penas deben ser preexistentes⁴³”.

Estas locuciones hoy rigen el principio de legalidad y se mantienen vivas. Siendo divididas para una mejor comprensión.

Es así como se encuentra que en el siglo XX la originaria expresión latina *nullum crimen sine lege* (nada es delito sin ley preexistente que lo prohíba) es recordada como una máxima al ser expuesta por Ludwig Feuerbach, en razón a que esta no era considerada ni aplicada incluso por los Estados como una norma de derecho internacional con carácter vinculante para sancionar a una persona por cierto delito.

⁴¹ VILLAVICENCIO, T, Felipe, “Lecciones de Derecho Penal” Editorial Cultural Cuzco S.A. Lima-Perú 1990, p. 59.

⁴² PIQUÉ, María L. Principio de Legalidad y de Retroactividad. La Convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección en el Derecho Argentino. Artículo. 9. 2013, p. 167.

⁴³ ORDUZ, Barreto Claudia Patricia. El principio de legalidad en la ley penal colombiana. Universidad Autónoma de Colombia. Revista Criterio jurídico garantista. Bogotá. 2010, p.107.

Contemporáneamente el *nullum crimen, nullapoena sine lege* ha tomado un reconocimiento internacional, dejando de ser un simple principio de justicia. De ahí que el principio de legalidad haya sido tomado como una norma de derecho consuetudinario internacional. Andreu sin embargo dice que si bien en derecho internacional, “el principio de legalidad de los delitos se contrae a la fórmula *nullum crimen sine lege*. No obstante, dado que el principio abarca tanto el derecho nacional como el internacional, y que éste se halla igualmente conformado por el derecho internacional consuetudinario, varios autores consideran que la fórmula *nullum crimen sine iure* refleja más la naturaleza y el alcance del principio de legalidad de los delitos⁴⁴”.

Rodrigo Lledó citando a Cherif Bassiouni explica el tema de la legalidad como “la ausencia de un órgano legislativo internacional”, por lo que plantea que “el principio de legalidad del derecho penal internacional puede ser mejor expresado por la máxima “*nullum crimen sine iure*”, la que es “algo menos restrictiva que las rígidas aproximaciones nacionales positivistas de *nullum crimen sine lege*, que connota una mayor especificidad”. De igual manera el mismo autor afirma que el “*nullum crimen sine iure*” incluye prohibiciones legales que surgen tanto del derecho convencional como consuetudinario, los cuales declaran que ciertas conductas son prohibibles o punibles”.⁴⁵

El derecho penal internacional tiene una amplia gama de posibilidades de aplicación en aquellos crímenes de su jurisdicción⁴⁶ y competencia, por ende, Claus Kress y

⁴⁴ ANDREU, Guzmán, Federico Retroactividad penal de crímenes internacionales. Colección Colombiana de Juristas. Bogotá, Colombia. 2012, p. 16 y 17.

⁴⁵ LLEDÓ, Rodrigo. El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional. The principle of legality in International Criminal Law. Universidad Carlos III de Madrid, España. Eunimía. Revista en cultura de la legalidad ISSN 2253-6655. NUMERO 11, Octubre 2016-Marzo 2017, p. 255.

⁴⁶ A pesar de que dentro de los llamados crímenes internacionales existe una confusión entre estos y los actos ilícitos, de esta discusión toma parte Alicia Gil quine se apoya en Lemkin al declarar que “...su unificación es una rémora de la confusión y ausencia del requerido deslinde entre derecho penal internacional e internacional penal...”. Lemkin, Raphael, “The Acts Constituting a General (Transnational) Danger Considered as Offenses Against the Law of the Nations, 1933”, en <http://www.preventgenocide.org/lemkin/madrid1933-english.htm> (consultada el 3 de noviembre de 2012).

Bassiouni hacen una definición sobre lo que es el Derecho Internacional Penal y recogen “hasta veinticinco categorías de crímenes internacionales, entendiendo como tales los delitos que (i) afectan importantes intereses internacionales o constituyen delitos particularmente graves que menoscaban valores compartidos por los miembros de la sociedad internacional; e (ii) implican a más de un Estado debido a las diferencias de nacionalidad de las víctimas o de los autores, o a los medios empleados, o a que solo pueden ser adecuadamente protegidos por la legislación internacional. En esta amplia definición se incluyen desde el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, hasta el tráfico de material obsceno, la falsificación, los daños a los cables submarinos y la interferencia ilícita con el correo”.⁴⁷

Siendo claro que ese derecho penal internacional recoge la legalidad como un principio que se tiene que cumplir. Dentro de ese principio de legalidad se busca proteger la dignidad de la persona con el fin de que se le preserve siempre su autonomía ética como ser humano, luego entonces los medios que ha de utilizar el legislador no pueden atentar contra la honra y dignidad del individuo puesto que este posee un valor como persona y por ello no puede ser pisoteado ni en contra de él podrán ocurrir arbitrariedades de tal modo que el *iuspuniendise* encuentra sometido a unas limitaciones que buscan prohibir que el Estado cometa algún atentado contra la persona, como ejemplo de ello se encuentra vedado a cometer actos inhumanos, tratos crueles inhumanos y degradantes, desapariciones forzadas, entre otras⁴⁸.

⁴⁷ CLAUS, Kress, International Criminal Law, en Wolfrum, Encyclopedia, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, párrs. 1-14 (Oxford University Press, Oxford, 2008).

⁴⁸ Como bien lo plantea Ambos Kai “un *iuspuniendi* supranacional puede deducirse de una combinación de incipientes etapas de la supranacionalidad de un orden mundial basada y el concepto de una sociedad mundial compuesta de ciudadanos del mundo cuya ley la “ley ciudadano del mundo (Weltbürgerrecht), es derivado de universales, indivisibles e interculturalmente los derechos humanos reconocidos predicadas en un concepto kantiano de la dignidad humana.” AMBOS, Kai. Punishment without a Sovereign? The *Iuspuniendi* Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law. Downloaded from <http://ojls.oxfordjournals.org/>

El constitucionalista español Vives Antón divide el principio de legalidad en tres partes, en primer término, como base de la libertad, en la medida en que presupone que todo lo que no está prohibido está permitido, en segundo lugar como seguridad jurídica, esto es, sobre la posibilidad de calcular con exactitud las consecuencias de los diferentes cursos de acción y en tercer lugar como "principio de principios"⁴⁹.

Por su parte González Cussac reafirma lo señalado por Vives y agrega que "el principio de legalidad constituye la esencia misma del Estado de Derecho" en donde se sabe con exactitud, la línea entre "la esfera pública autónoma e independiente de la moralidad individual, que conlleva delimitar lo que el Estado puede llegar a prohibir." Es así como el mismo González, junto a estas apreciaciones agrega que "el principio de legalidad, como principio de regulación de las conductas humanas por medio de normas, contiene el germen del principio de culpabilidad"⁵⁰.

En este sentido Ferrajoli ha expresado que "Concierno al principio de legalidad en la determinación de lo punible, que aquí ya no es el delito sino el reo, con independencia del delito. La sustancia del principio de legalidad está en la previsión legal como punibles de "tipos de acción" y no de "tipos de autor"; en castigar "por lo que se hace" y no por "lo que se es"; en identificarlas conductas dañosas y no, también, a los sujetos dañosos, más bien tutelados por ese principio en sus diversas y específicas identidades, aunque sean desviadas; en dirigir el juicio a la prueba de los hechos y no la inquisición sobre las personas"⁵¹.

Por su parte Velásquez estima que el principio de legalidad "fue concebido como manifestación de la igualdad, la libertad y la fraternidad. La libertad reflejada en su esencia, en la materialización de lo intangible de su alcance, de manera que el albedrío del hombre lo conduce a la posibilidad de hacer todo lo que se quiera en tanto no esté

⁴⁹ VIVES, Antón Tomás. Principios Penales y Dogmática Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General) Derecho y Cambio Social, p. 1.

⁵⁰ GONZÁLEZ, Cussac José L. El Derecho Penal Frente al Terrorismo. Cuestiones y Perspectivas. Universidad Jaume I de Castellón de la Plana España. 2005, p.12 y 13.

⁵¹ FERRAJOLI Luigi. El Derecho Penal del Enemigo y la Disolución del Derecho Penal. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas. 2007, p.13.

prohibido; también la igualdad en la medida que como la ley contiene un mandato universal e impersonal, tiene como destinatarios a la totalidad de los integrantes del pueblo sin distingo alguno; y la fraternidad proyectada en la aspiración de que el mandato legal conduzca a generar la mayor cantidad de felicidad compartida por el más alto número posible de personas⁵².

Como se analiza el principio de legalidad como limite al *iuspuniendi* y en su condición de principio de principios tiene estrecha relación con la igualdad, la libertad y la fraternidad y específicamente con otros principios del derecho penal.

1.1.2 Las exigencias del principio de legalidad.

Bacigalupo dice que el “contenido del principio de legalidad se expresa en cuatro exigencias: *lexpraevia*, *lexscripta*, *lexcerta* y *lexstricta*. De ellos se derivan igualmente cuatro prohibiciones: está prohibida la aplicación retroactiva de la ley, la aplicación de derecho consuetudinario, la sanción de leyes penales indeterminadas y la extensión del texto legal a situación análoga (en contra del acusado)⁵³. Aunque Gallant disiente bajo el argumento que “sin embargo, la *praevialegescripta* no se aplica como Derecho consuetudinario internacional de los derechos humanos, ni siquiera en el Derecho penal internacional⁵⁴”.

Por su parte Lamarca Pérez en lo referente a las “prohibiciones del principio de legalidad, las ha dividido en “las leyes “*ex post facto*”, es decir la ley debe ser “*lexpraevia*”, o lo que es lo mismo, el hecho ha debido ser declarado delictivo con anterioridad a su realización,

⁵² VELÁSQUEZ V. F. La Flexibilidad del Principio de Legalidad y los Crímenes que Agravan a la Humanidad. Cuadernos de Derecho Penal, 2012, p. 93.

⁵³ BACIGALUPO, E, Principios Constitucionales de Derecho Penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires Argentina, 1999, p. 234.

⁵⁴ GALLANT, Kenneth S. La Legalidad Como Norma del Derecho Consuetudinario Internacional: La Irretroactividad de los Delitos y de las Penas, en: Montiel Juan P. La Crisis del Principio de Legalidad en el Nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o Evolución? Editorial Marcial Pons. Algete Madrid España. 2012, p. 338

si bien es verdad que esta segunda consecuencia se halla modulada por el principio “favor libertatis” que permite la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables⁵⁵”.

Como bien señala Mir Puig, “uno de los requisitos que se deriva del principio de legalidad de un Estado de Derecho es el de *lex certa* que conlleva que las leyes penales deben ser precisas. Dicho postulado da lugar al denominado mandato de determinación, que exige, en lo que aquí interesa, que los tipos tienen que determinar de forma clara y diferenciada las distintas conductas punibles y que no pueden utilizar cláusulas generales absolutamente indeterminadas⁵⁶”.

A su vez la legalidad ya sea como especie o como principio debe contener una gran claridad, respecto al estándar de claridad expresado por Ward. N. Ferdinandusse, basándose en la jurisprudencia del TEDH; señala que la claridad es “la esencia del principio de legalidad, según el cual un individuo no puede ser acusado por acto cuya punibilidad desconocía, requiere que la ley sea tan clara como para que las consecuencias sean previsibles⁵⁷”.

“La lógica de la Ley es que la conformidad vincula en la medida que su contenido sea conforme con la legalidad penal. Establece como presupuesto de la conformidad que su contenido jurídico sea “legalmente correcto⁵⁸”.

Es así como el legislador debe “formular sus normas con tanta precisión como sea posible (*mandato de lex certa*); el legislador y el juez natural no pueden aplicar las leyes en forma retroactiva en perjuicio del afectado, (*prohibición de retroactividad: lex praevia*)

⁵⁵ LAMARCA, Pérez C. Principio de Legalidad Penal. *Economía*. Universidad Carlos III de Madrid. *Revista en Cultura de la Legalidad*. 2012, p. 157.

⁵⁶ MIR, Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Reppertor. 9 Edición. Barcelona España. 2011, p. 113.

⁵⁷ FERDIANDUSSE, *Direct Application of International Criminal law in National Courts*, 2006. Pp. 238 y ss., apoyándose en *G. v Francia*, juicio, CEDH, párr. 24 y ss. (27 de septiembre de 1995), y *Sunday Times v, Reino Unido*, Juicio, CEDH, párr. 48-49 (26 de abril de 1979). Para una clara explicación de la previsibilidad en el contexto de los crímenes internacionales nucleares, véase en general Ferdiandusse, *Direct Application of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Pp. 238 a 248.

⁵⁸ *Ibidem.*, FERDIANDUSSE, p.467.

el juez penal debe contar con una ley escrita para condenar o agravar las penas (prohibición del derecho consuetudinario *lexscripta*) y no puede aplicar el derecho penal en forma analógica en perjuicio del condenado (prohibición de la analogía: *lexstricta*)⁵⁹.

En opinión de Aguirre “el principio de legalidad implica que la ley debe definir de manera precisa y clara el acto, el hecho y/o la omisión que constituye el delito, la pena a imponer por la desacato cometido, el sujeto activo y pasivo, el procedimiento, la autoridad pertinente que deberá adelantar el proceso, quién debe emitir sentencia, qué recursos proceden, ante qué autoridades, entre otros; de no ser así llevando a cabo el proceso sin los requisitos explícitos como lo son quién comete el delito, cómo, cuándo, en contra de qué bien jurídico protegido, cuál es la autoridad competente, las penas, entre otras, se dejaría al arbitrio de la autoridad que conozca del caso estos factores, afectándose derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, como el debido proceso⁶⁰”.

Otro gran componente del principio de legalidad son las prohibiciones, así se encuentra la prohibición de analogía, para González Cussac el principio de legalidad penal “determina que no hay más hechos punibles que los expresamente tipificados en la ley, en materia penal no hay lagunas; de manera que si un suceso no está explícitamente contemplado en una ley, no es constitutivo de delito y no puede ser castigado, siendo ilícito sancionarlo por medio de una norma prevista para sucesos con los que guarda algún parecido. Y, en consecuencia, si no hay lagunas la analogía está erradicada del ordenamiento punitivo, por inútil y por su consustancial inconstitucionalidad, al contradecir el reiterado principio de legalidad⁶¹”.

En este sentido, Lamarca afirma que “el principio de legalidad conlleva entonces dos exigencias o consecuencias jurídicas: de un lado, la prohibición del derecho

⁵⁹ HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de hoy*, traducción de Patricia S. Ziffer, Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998, p, 21, 22.

⁶⁰ AGUIRRE, Restrepo Alejandro. Ricardo Ojeda Omar. *Vulneración del principio de legalidad en Colombia por parte de la corte suprema de justicia a partir del año 2010 a 2012*. Universidad Libre, Seccional Pereira. 2013, p. 63.

⁶¹ Op.Cit. GONZÁLEZ, Cussac y ORTS, Berenguer. p. 34.

consuetudinario, la ley debe ser *lexscripta* y, de otro, la prohibición de la analogía, esto es, el pleno sometimiento del juez al imperio de la ley, o, lo que es lo mismo, la prohibición de cualquier forma de creación judicial del Derecho mediante analogía o interpretación extensiva, la ley debe ser *lexstricta*.”⁶²

Dentro de la prohibición de analogía o el principio de taxatividad se encuentra que “existe otra distinción que es digna de tomarse en consideración para identificar el principio constitucional de legalidad penal, y este consiste en recordar que los tipos delictivos por lo general no están ligados entre sí. Son hechos aislados que el legislador ha escogido para sancionarlos dada la gravedad de los daños materiales o morales que producen”⁶³.

El tratadista Armijo declara que el control de legalidad como fin político criminal es “el principio de legalidad y la prohibición de analogía de la ley penal como garantía y límite de la libertad, sólo queda elaborado con el pensamiento iluminista y, con su vertiente del enciclopedismo (Francia) que se traslada rápidamente a toda la sociedad occidental. Este principio lo encontramos definido a través del aforismo latino “*nullum crimen, nullapoena sine previa legepenale*” En otras palabras, no hay crimen, ni se puede aplicar una pena, sin una ley penal previa que así lo establezca”⁶⁴.

A pesar de lo dicho, durante la primera parte del siglo XX algunos países del civil law aceptaron la creación de delitos “por analogía”, esta fue una técnica empleada para castigar hechos no abarcados por la literalidad de la ley⁶⁵.

⁶²Op.Cit. LAMARCA, Pérez C. Principio de Legalidad Penal. p. 158.

⁶³ ARMIJO, Gilbert. Del Control Político al Control Constitucional: El Principio de Legalidad Penal. 2005, p. 55 y 56.

⁶⁴Op.Cit. Armijo Gilbert. Del Control Político al Control Constitucional. p. 70.

⁶⁵ GALLANT, Kenneth S. La Legalidad Como Norma del Derecho Consuetudinario Internacional: La Irretroactividad de los Delitos y de las Penas. En Montiel Juan P. La Crisis del Principio de Legalidad en el Nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o Evolución? Editorial Marcial Pons. Algete Madrid España. 2012, Pp. 319 y 320.

El *nullum crimen sine praevia lege* es decir el principio de legalidad penal sobrelleva la condición de que ninguna conducta humana puede ser considerada delito sin que la ley anterior lo haya previsto como tal.

Arias citando a Ferrajoli y en lo relativo a la legalidad dice que “supone concebir al principio de legalidad no como límite si no como fundamento de la pena; igualmente, implica el reconocimiento del principio desde un punto de vista formal, como mera legalidad, negando, por tanto, trascendencia a la exigencia de la estricta legalidad⁶⁶”.

Por otro lado, el mismo Arias reconoce que “concebir el principio de legalidad de la pena como límite (como obstáculo) al *ius puniendi* implica entender que este impedirá que se imponga un castigo que no haya sido establecido previamente en una ley, pero no que, una vez consagrado en ella, tal castigo deba imponerse en todo caso⁶⁷”.

Se entiende por pena la que es establecida única y exclusivamente por la ley o un órgano jurisdiccional competente cuando un individuo ha cometido un delito, sirviendo como medida para disuadir a las demás personas con el fin de que no se sigan cometiendo dichos delitos. “Etimológicamente la palabra pena, deriva de la expresión latina poena y ésta a su vez del griego poine que quiere decir dolor y que está relacionada con ponos que significa sufrimiento; y en sentido jurídico es el dolor físico y moral que el Derecho impone como consecuencia inevitable a quien transgrede la ley al incumplir una obligación, cuando con la obediencia de la norma se satisfagan intereses sociales importantes⁶⁸”.

Dentro de lo que es la pena se encuentra que existen dos apogemas una de ellas es el principio de igualdad ante la ley penal y que lo que quiere decir esto es que dichas penas no pueden ser diferentes para la persona bajo ningún concepto por su condición social, la

⁶⁶ ARIAS, Holguín D. P. Proporcionalidad, pena y Principio de Legalidad. Revista de Derecho N.º 38, Barranquilla. Universidad de Antioquia Colombia 2012, p. 154.

⁶⁷ *Ibidem*. ARIAS. 2012, p. 154.

⁶⁸ GARCÍA, Domínguez M.A. Pena, Disuasión, Educación y Moral Pública. Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 107.

otra de ellas es la que tiene que ver con el principio de personalidad de las penas, esto quiere decir que dichas penas no pueden repercutir a personas que no sean culpables.

Existen obligaciones que van dirigidas al legislador, al juez y al intérprete. En medio de las obligaciones impuestas al legislador están las relativas al mandato de certeza, de tal forma que los tipos penales sean redactados en forma clara y precisa de manera tal que el mensaje contenido en ellos sea entendido con facilidad por sus destinados. En este caso, el mandato más fuerte, como bien señala Sarrabayrouse “es el de certeza, sumado a la prohibición de crear leyes penales con efectos retroactivos; para el segundo, la prohibición de aplicar la analogía⁶⁹ y la proscripción de la costumbre como fuente para resolver un caso⁷⁰”.

Ciertamente, indubio pro reo “es el fundamento de la exigencia de certeza de la ley penal, que actúa en caso de que se incumpla ese mandato y que permite, además, resolver a favor del individuo la disputa entre interpretaciones concurrentes⁷¹”. Por su parte las obligaciones encaminadas a la justicia de las que el juez es el director tienen que ver con que la ley debe ser previa, escrita y estricta, todo lo cual constituye un límite para la actividad de los jueces.

Esto que es una cualidad intrínseca del principio de legalidad, es en opinión de Sarrabayrouse no acorde con la realidad jurídica, está en su opinión: “muestra día a día una proliferación de tipos penales redactados con fórmulas ininteligibles e interpretaciones de las leyes alejadas de aquel ideal ilustrado que pretendía vincular al juez a la ley como una consecuencia natural de la división de poderes⁷²”. El indubio pro

⁶⁹ Sobre el contenido de la prohibición de analogía en el Derecho penal, véase VASALLI, “Analogía neldirittopenale”, en *Digesto de Iuridiscipline Penalistische*, t. I, 4.^a ed., t992, pp. 158 a 172. En este tema véase la excelente tesis doctoral de Montiel, *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonampartem en el Derecho penal*, 2009.

⁷⁰ SARRABAYROUSE, Eugenio C. *La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo: una propuesta de integración*, en: Montiel, Juan Pablo (ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, editorial, Marcial Pons, 2012, p.50.

⁷¹ *Ibidem*. SARRABAYROUSE, p.51.

⁷² *Ibidem*, SARRABAYROUSE. p. 3.

reo (idpr), limita por supuesto la actividad creadora de los jueces, así pues “el juez penal no puede elegir cualquier interpretación: debe hacerlo respetando todos los principios que rigen esta rama del Derecho y, entre ellos, *también* se encuentra elidpr⁷³”.

1.2 Grados de la legalidad.

El principio se puede dividir en legalidad y supra legalidad, en ambos casos, se ha definido en la doctrina internacional que el principio de legalidad “constituye una de la garantías más importantes, para quien sea sometido a proceso penal, puesto que de acuerdo con las exigencias de dicho principio, no solo se requiere la consagración en la ley de tipo delictivo, sino que también debe estarlo, el procedimiento aplicable para establecer la responsabilidad penal y la sanción correspondiente, al caso en concreto⁷⁴”.

Buena parte de la doctrina asevera que existen ciertos grados dentro del principio de legalidad, uno que sería una legalidad supra legal establecida en tratados y convenios internacionales; otra que se puede denominar legalidad suprema o de orden constitucional; y una legalidad penal. Todas “legalidades” están incluidas en el principio de legalidad. Este es el pilar fundamental del Estado de derecho, de manera que conlleva de manera implícita la aplicación de la norma superior⁷⁵, siendo un producto del pensamiento filosófico europeo conocido como la ilustración constituye el fundamento jurídico en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a la Constitución y a la ley, es decir, al Estado de Derecho.

Ahora bien, la doctrina establece discusiones que se enfrentan debidos, en algunos casos, a la ausencia de penalidades en los instrumentos internacionales, esto en concepto Andreu “no vulnera el principio de legalidad de los delitos en el ámbito del derecho internacional. Desde los estatutos de los tribunales de Núremberg y de Tokio,

⁷³ *Ibidem*, SARRABAYROUSE. p.51.

⁷⁴ CORNIELES, Cristóbal y MORAIS María G. Segundo Año de Vigencia de la Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente. Universidad Católica Andrés Bello, p. 162.

⁷⁵ ORDUZ, Barreto Claudia Patricia. El principio de legalidad en la ley penal colombiana. Universidad Autónoma de Colombia. Revista Criterio jurídico garantista. Bogotá. 2010. P.100.

pasando por los tratados internacionales contra el terrorismo, la Convención contra el Genocidio, las convenciones sobre tortura o sobre la desaparición forzada de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, casi la totalidad de los tratados de derecho penal no prevén las penas específicas para los delitos que tipifican⁷⁶”.

En materia de legalidad penal, y de acuerdo a investigaciones realizadas sobre la comisión de crímenes internacionales, se presentan dos puntuales controversias en cuanto al tema. *La primera* de ellas refiere a que aquellos cargos que se pretenden imputar debido a que ha existido ocasiones en las que han configurado acciones como delitos crímenes de lesa humanidad aun cuando estos no se encontraban tipificados en el orden interno para el momento en que se cometieron. *La segunda* discusión se da en cuanto a que para el momento en que se cometió el delito, el ordenamiento interno no tipificaba todos los elementos para ser considerados crímenes internacionales, controversias que amplían su radio de discusión cuando se trata de crímenes como desaparición forzada, el desplazamiento, o reclutamiento de menores⁷⁷. En torno a esta discusión, Ramelli determina que “cuando se pretenda imputar delitos, no previstos en la legislación interna al momento de su comisión se deberá probar la existencia previa de la prohibición en la legalidad internacional⁷⁸”.

A pesar de esto y siguiendo a Abreu, “el principio de legalidad en el derecho penal internacional parte de una distinción fundamental entre la norma de comportamiento y la norma de represión. La costumbre puede dar nacimiento a la norma de comportamiento:

⁷⁶ ANDREU, Guzmán, Federico. Retroactividad penal de crímenes internacionales. Colección Colombiana de Juristas. Bogotá, Colombia. 2012, p. 18.

⁷⁷ RAMELLI, Arteaga, Alejandro. La jurisdicción y la protección internacional de los derechos. Capítulo XII. Debates sobre el principio de legalidad penal en investigaciones por crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra. Universidad de Medellín., Medellín, Colombia. 2011, p. 253.

⁷⁸ *Ibidem*. RAMELLI. 2011, p. 254.

un comportamiento se convertirá en algo prohibido porque la mayoría de los Estados se abstienen con la conciencia de ejecutar así una obligación jurídica⁷⁹”.

Aun por encima de estas discusiones, y de manera supra legal el principio de legalidad se encuentra establecido en numerosos tratados y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por Colombia. Aunque si bien es cierto, la prescripción no está establecida de manera directa en esos tratados o acuerdos, si lo está la imprescriptibilidad, lo cual convierte ese tema, en un asunto bien importante cuando se habla de legalidad.

Rebollo expresa “la eficacia de la supra legalidad material de la Constitución respecto de la ley, máxima expresión normativa, necesitaba otra técnica, en la medida en que la ley es inmune al control del juez ordinario. Una técnica que garantizara la supra legalidad de la Constitución; Supra legalidad que significa no solo que esta es inviolable a través de la ley ordinaria, sino que también que la ley únicamente adquiere su valor en la medida en que no se oponga a la Constitución.”⁸⁰ Este criterio de supralegalidad “comienza a tener no sólo aplicación internacional, sino también contra-posición con el derecho nacional, en particular con la legalidad interna, asunto que se deriva en primer lugar, del contenido del Art. 5º del Estatuto de Roma (crímenes de genocidio; lesa humanidad; de guerra y el crimen de agresión). A través de dicha cláusula, se desarrollan las conductas que deben existir y coincidir en el derecho interno, para que sean puestas bajo el conocimiento del tribunal internacional referido⁸¹”.

Buena parte de la jurisprudencia constitucional colombiana, al igual que algunos autores, apuntan a la legalidad suprema o de orden constitucional. En este orden de ideas, la Constitución de Colombia está basada en un modelo de Estado Social de Derecho, e igualmente se integró a través del Artículo 93 de la Constitución, el bloque de

⁷⁹ ANDREU, Guzmán, Federico. Retroactividad penal de crímenes internacionales. Colección Colombiana de Juristas. Bogotá, Colombia. 2012, p. 17.

⁸⁰ REBOLLO, Luis Martin. Constitución, Derecho Administrativo y Estado Autonomico. Asamblea Regional de Cantabria. 1990, p.22.

⁸¹SANDOVAL, Meza, Jaime Alberto. Jurisdicción universal y legalidad del estatuto de roma, frente al derecho interno. Revista Prolegómenos - Derechos y Valores. Bogotá, D.C. Colombia. 2010, p. 207.

constitucionalidad. El que permite un respeto por los derechos humanos, y la adaptación de normas internacionales en el ordenamiento jurídica interno.

El artículo 29 Constitucional prescribe que toda persona que habite o se encuentre dentro del territorio colombiano tiene derecho a un debido proceso. De este derecho fundamental se desprenden garantías para quien está siendo procesado entre ellas en *primer lugar* el principio de legalidad. En *segundo lugar*, como garantía que tiene la persona que está siendo juzgada por un tribunal penal en Colombia, es que la nueva legislación penal que expida el legislador no podrá ser aplicada a un caso en donde no se había dado la vigencia de esa nueva normatividad. Principio que va de la mano y podría decirse que son inescindibles con el de la legalidad en materia penal.

Por último la misma Constitución garantiza que la ley favorable prevalecerá sobre la desfavorable y que dicha prevalencia estará a favor de la persona que está siendo juzgada.

Analizado así el principio de legalidad es considerado como un derecho fundamental, según Moreno es “un derecho fundamental entendido como aquel derecho humano positivizado en una norma fundamental como es la Constitución o un Tratado Internacional, necesita para su plena eficacia una serie de instrumentos normativos que hacen eficaz su establecimiento en un ordenamiento jurídico (Garantías)⁸²”.

Múltiples han sido las interpretaciones que han tenido dichos principios en especial en el desarrollo de la sentencia C-578 de 2002, en cuyos argumentos se estudió la constitucionalidad del tratado de Roma para Colombia, así como las diferentes sentencias de Constitucionalidad que han analizado las diferentes reformas penales.

También se tiene que el artículo 28 inciso final de la Constitución Política prohíbe que existan penas y medidas de seguridad imprescriptibles, con lo cual a priori se podría afirmar que sería inaplicable el principio de imprescriptibilidad en el Estado colombiano dado que el carácter de norma superior de la Constitución no permitiría dar una interpretación diferente a su postulado.

⁸² Op. Cit. SANDOVAL, 2010, p. 51.

Molina dice que “en Colombia y España, el respeto a la legalidad es la opción legítima; ello es, la selectividad debe conducirse por los cauces que el sistema penal traza dentro de la legalidad⁸³”.

Es criticable que existan posibilidades de que se vulnere un derecho fundamental como cuando se agrede el principio de legalidad, pero sucede lo mismo cuando el legislador no crea normas claras con conceptos precisos “evitando términos vagos o confusos, asimismo estableciendo en el propio tipo penal la consecuencia de la comisión del delito evitando el reenvío o normas sin sanción⁸⁴”.

Es así como Sandoval afirma que “lo más importante de esta doctrina se resume en la estructuración del ordenamiento jurídico y en la consagración de la norma fundamental. Precisamente a partir de esta serie de categorías normativas se establecieron los principios de coacción que hacen parte de principios tan importantes en materia penal como el principio de legalidad; ámbito que se desarrolla tanto para la pena como para los delitos, su justificación normativa y su fuente legítima de aplicación por parte del Estado⁸⁵”.

De conformidad con lo expresado se puede sostener la constitucionalización del principio de legalidad en Colombia.

La legalidad entendida como principio se halla descrita con carácter previo y dada la condición de derecho público interno, tanto en sus conductas como en sus penas; en el código penal colombiano se encuentra de dos formas, por un lado, a través del derecho procesal penal el cual regula el proceso penal desde su inicio hasta su fin, siendo así respetuosa del orden legal, lo cual significa que existe un predominio del principio de legalidad. La legalidad así concebida se encuentra establecida en el artículo 6 del código de procedimiento penal, “Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley

⁸³ MOLINA, López R. El debido proceso penal en Colombia y España. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 40, No. 112. Medellín. Colombia. 2010, p. 24.

⁸⁴ MORENO, Melo M. El Principio de Legalidad en Materia Penal Implicaciones Teóricas y Prácticas. Artículo Publicado en Foro Jurídico. 2015, p. 50.

⁸⁵ SANDOVAL, Mesa J.A. Del Principio de Legalidad Penal a la Persecución de Crímenes Internacionales y de Supralegalidad Contemporánea. Revista Iusta. Universidad Santo Tomas. 2012, p.180.

procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.

La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. Y por otro lado desde el ámbito propiamente de la legalidad descrita en la ley penal, la cual se localiza en el artículo 6 del código penal, “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas”.

1.2.1 Legalidad procesal y sustancial.

Existen grandes líneas teóricas que están dirigidas a considerar la prescripción como un tema procesal; las hay también que justifican la prescripción con la función que se asigna a la pena, igualmente existen otras teorías que tienen en cuenta el punto de vista social.

Al analizar estas teorías se encuentra lo siguiente:

Primera teoría: Tiene como factor preponderante la dificultad de probar la existencia de la conducta y sus autores o partícipes en la medida en que avanza el tiempo. Esto se puede dar por que las pruebas desaparecen o son alteradas.

Segunda teoría: Consideran que la función de la pena, es inocua si la pena no se cumple o no se puede hacer cumplir en un término razonablemente rápido, si es muy posterior a su imposición, la sanción carece de sentido.

Tercera teoría: Analizan la prescripción en directa relación con la función del derecho penal, es decir el derecho penal como control social. La prescripción surgiría del hecho que el contenido perturbador del delito no es estático y luego de transcurridos ciertos años se desvanece hasta olvidarse. La conmoción quedaría cubierta por la sombra del olvido, no formando parte en la memoria de las nuevas generaciones que dejan de ver como peligroso el determinado fenómeno, perdiéndose la necesidad de sancionar un ilícito ya olvidado.”

Por supuesto la aplicación retroactiva de la ley penal en materia de acciones penales, penas, o medidas de seguridad, desde el aspecto procesal penal, afecta el tema de las sanciones a imponer, además limita las posibilidades de defensa y en últimas determina el quantum punitivo, que habitualmente es en detrimento del reo.

Milanovic dice que “con respecto al principio de legalidad y dado a que hay muy pocas resoluciones con respecto al tema de la legalidad procesal se puede decir que no es muy utilizado en cuanto a lo que tiene que ver al ámbito jurisdiccional. Consecuencialmente, se considera que no fue sino hasta después de los hechos del presente caso, que la ley internacional estableció las reglas del jus in bello con suficiente precisión⁸⁶”.

Siendo un aspecto relativo al derecho procesal, el sustantivo es muy importante al respecto Bardales afirma que “para todo el proceso penal bajo el principio de legalidad le viene bien la fundamentación y motivación sustantiva, por ello, la teoría del caso es el momento en que converge el derecho sustantivo en el derecho adjetivo⁸⁷”.

En otros países como España o Argentina, la doctrina considera la legalidad como “un instituto de orden sustantivo, por considerar que sus normas son asimilables a aquellas que deben considerarse para la determinación de un delito y para la aplicación de la pena; esto, a diferencia de ordenamientos como el alemán, donde predominan las teorías que le atribuyen una naturaleza procesal carente de todo fundamento político-penal⁸⁸”.

Respecto al principio de legalidad en Colombia, se dice que este principio ciertamente debe ser analizado desde un punto de vista meramente taxativo, es una “garantía de la libertad” de manera que siempre este a conocimiento de todos lo que se puede y no se puede hacer, por tanto se considera importante conocer que prohibiciones contienen como sanción una pena. Así el principio de legalidad cumple con evitar la arbitrariedad

⁸⁶MILANOVIC, Marko. Was Nuremberg a Violation of the Principle of Legality? Blog of the European Journal of International Law. 2010. Disponible en: <http://www.ejiltalk.org/was-nuremberg-a-violation-of-the-principle-of-legality/>.

⁸⁷ BARDALES, Lazcano E. Guía Para el Estudio del Sistema Acusatorio en México. Tercera Edición. Magister, México. 2002.

⁸⁸ FERNÁNDEZ, Neira, Karinna. la prescripción gradual, aplicada a los delitos de lesa humanidad. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago, Chile 2010, p. 18.

del Estado mediante el uso del poder público quien ejerce la jurisdicción penal frente al ciudadano. “En nuestro ordenamiento se encuentra definido en los Artículos 6º y 8º de la Ley 599 de 2000 es el que tiene su primera consecuencia, si se observan los desarrollos de la adopción del Estatuto de Roma de 1998 y su influencia en tales normas⁸⁹”.

Sandoval siguiendo la postura de Fernando Velásquez señala que el principio de legalidad estipula siempre que no puede existir tipo penal, ni pena, medida de seguridad sin que exista una ley escrita, estricta, cierta y previa. Este principio rige tanto en el derecho interno como en el Estatuto de Roma (Arts. 22 a 24) como límites del *ius puniendi*, tanto nacional como internacional⁹⁰.

De manera que si no existe una ley escrita no se puede acudir al mecanismo del derecho consuetudinario para crear un nuevo tipo penal y mucho menos imponer la costumbre para ello. Tampoco se permite utilizar la analogía para llenar vacíos normativos en la determinación de un tipo penal a excepción de “la *aplicación in bonam*” parte a favor del reo, por mandato exclusivo del artículo 6º del Código penal Colombiano. Esta prevención puede ser contenida en el literal 2º del Artículo 22 del Estatuto de Roma. Frente a este principio de legalidad, persiste con respecto al Estatuto de Roma, lo señalado en definiciones indeterminadas derivadas del Art. 22.3 Estatuto de Roma. Así como la establecida en el literal K del Artículo 7º Estatuto de Roma, relativa a otros actos inhumanos de carácter similar⁹¹”.

En Colombia “el desarrollo social, de principios del siglo XX, demostró que el principio de legalidad era insuficiente para garantizar los derechos de todas las personas. Las situaciones de desigualdad resultaron notorias. El Estado, se creyó entonces llamado a intervenir en el mundo de lo económico, lo político y lo social, con el fin de corregir las

⁸⁹SANDOVAL, Mes Jaime Alberto. Jurisdicción universal y legalidad del estatuto de roma, frente al derecho interno. Revista Prolegómenos - Derechos y Valores. Bogotá, D.C. Colombia. 2010, p. 211.

⁹⁰ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Naciones Unidas 1998. Arts. 22 a 24.

⁹¹SANDOVAL, Mes Jaime Alberto. Jurisdicción universal y legalidad del estatuto de roma, frente al derecho interno. Revista Prolegómenos - Derechos y Valores. Bogotá, D.C. Colombia. 2010, p. 214.

desigualdades y los problemas presentes en la sociedad.”⁹² En una sociedad en permanente conflicto armado interno, la sola existencia de una corriente defensora de la legalidad no es suficiente para mejorar la democracia y hacer mejor el derecho penal.

Cuando la doctrina se refiere a la prescripción en asuntos penales en Colombia, específicamente en lo que tiene que ver con delitos, esta señala que la prescripción opera en relación con la cantidad de la pena determinada en el tipo penal, pero también de acuerdo con el tipo de delito, o si es un delito o una contravención. Así pues es necesario diferenciar entre distintos supuestos en función de las penas de cada delito.

Como bien apuntaba Londoño, el fenómeno de la prescripción “se presenta cuando por negligencia de Estado o por otras diversas razones, transcurrido cierto tiempo debe cesar toda actividad procesal contra el acusado”⁹³.

Junto a esta apreciación, el respaldo de la prescripción radica en que si en el transcurso del tiempo no hay interés estatal en la persecución del delito “las pruebas pierden consistencia; el delincuente ha olvidado más o menos el delito, siendo frecuente que se haya regenerado y haga vida honrada, por lo que la condena muchos años después de la comisión del delito se acarrearía daños casi siempre irreparables”⁹⁴.

La prescripción tiene incidencia en la indagación de un crimen ya que esta se inicia con la noticia criminal y “puede extenderse hasta la prescripción de la acción penal, en tanto no hayan surgido elementos materiales probatorios que permitan individualizar los autores o partícipes del hecho en averiguación y aparezcan los suficientes para formular imputación en su contra, o se actualice una de las causales de extinción de la acción penal o de archivo de las diligencias”⁹⁵. El Código penal colombiano señala en el artículo 88 que: Son causas de extinción de la sanción penal.

⁹² QUIROGA, Rojas L.F. El Principio de Oportunidad en el Derecho Penal Colombiano. Fundamentos Evolución y Aplicación. Editorial Académica Española. 2013, p. 14.

⁹³ LONDOÑO, Jiménez, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I. Bogotá: Ed. Temis. 1989, p. 117.

⁹⁴ SERRANO, Gómez, Alfonso. Prescripción de delitos. Boletín de la facultad de derecho. núms. 8-9,1995, p. 427.

⁹⁵ Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio. Fiscalía General de la Nación. 2009. p.29.

- 1.- La muerte del condenado
- 2.- El indulto
- 3.- La amnistía impropia
- 4.- La prescripción
- 5.- La rehabilitación para las sanciones privativas de derechos cuando operen como accesorias
- 6.- La exención de punibilidad en los casos previstos en la ley
- 7.- Las demás que señale la ley

Y puntualmente el artículo 89, señala q el término de prescripción de la sanción penal, así: "...La pena privativa de la libertad, salvo lo previsto en tratados internacionales debidamente incorporados al ordenamiento jurídico, prescribe en el término fijado para ella de la sentencia o en el que falte por ejecutar, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años.

La pena no privativa de la libertad prescribe en cinco (5) años.

Y el artículo 90, expresa como se interrumpe. Interrupción del término de prescripción de la sanción privativa de la libertad.

"...El término de prescripción de la sanción privativa de la libertad se interrumpirá cuando el sentenciado fuere aprehendido en virtud de la sentencia, o fuere puesto a disposición de la autoridad competente para el cumplimiento de la misma...". La Corte Suprema de Justicia colombiana entiende la prescripción de la acción penal como "una garantía constitucional que le asiste a todo ciudadano de que se le defina su situación jurídica, pues éste no puede quedar sujeto perennemente a la imputación que se ha proferido en su contra. Por lo tanto, el Estado no puede ejercer de forma perpetua el ius puniendi contra una persona que ha sido vinculada a un proceso penal⁹⁶".

López para el caso colombiano señala que las únicas excepciones a la prohibición de la retroactividad de la ley penal se presentan cuando la nueva ley es más favorable al reo o sentenciado, "Nuestra Constitución, en el artículo 29.2, y nuestros Códigos Penales de 1980 y de 2000, en los artículos 1º y 10 y 6.1, respectivamente, prohíben la retroactividad de la ley penal, es decir, su aplicación a hechos cometidos con anterioridad a su entrada

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. La protección de los derechos humanos a través de la jurisprudencia penal. 2008, p. 89-90.

en vigencia, legislación que se encuentra acorde con los artículos II de la declaración Universal de los Derechos Humanos; 15.1, del Pacto de Nueva York (ley 74 de 1968); 9º, de la Convención de San José de Costa Rica (ley 16 de 1972) y la Parte Tercera del Estatuto de Roma, que consagra los principios generales del derecho penal a los que se sujeta la Corte Penal Internacional (ley 742 de 5 de junio de 2000)⁹⁷”.

1.3 La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre el principio de legalidad.

El tratamiento dado al tema de la prescripción en la Corte Constitucional colombiana, ha sido muy desarrollado desde la sentencia hito C-133 de 1999,⁹⁸ allí señaló que "el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos por cuanto les permite conocer cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sean privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma, toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas⁹⁹". Ahora bien, la legalidad vista como principio ha sido objeto de análisis en las siguientes sentencias:

En la Sentencia C-559 de 1999 de Corte Constitucional.¹⁰⁰ Se acusa el Artículo 68 en sus incisos 1º y 5º de la Ley 488 de 1998 puesto que el demandante considera que esta norma viola los artículos 83 y 29 de la Carta, tales acusaciones prosperaron y se declaró la inconstitucionalidad de dos tipos penales en razón de *"la ambigüedad de la descripción penal"*.

Una decisión similar se tomó en la sentencia C-843 de 1999.¹⁰¹ Que halló contraria a la Constitución artículo 26 de la Ley 491 de 1999, "Por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el código penal y se dictan otras disposiciones", pues ella no

⁹⁷ LÓPEZ, Claudia, en: Ambos, Kai, Desaparición forzada de personas Análisis comparado e internacional (Coordinador), Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH. Primera edición: julio de 2009, p. 95.

⁹⁸ Corte Constitucional Sentencia C-133 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁹⁹ Ibídem. Sentencia C- 133 de 1999.

¹⁰⁰ Corte Constitucional Sentencia C-559 de 1999. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰¹ Corte Constitucional Sentencia C-843 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

predeterminaba claramente las conductas punibles, las sanciones y el procedimiento para imponerlas.

También en la sentencia C-739 de 2000¹⁰². En que la Corte declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 6 de la Ley 422 de 1998, que tipificaba el delito de acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones, en razón de que contenía algunas normas demasiado amplias y equívocas.

Y en la Sentencia C-710 de 2001.¹⁰³ En la cual se demanda por inconstitucionalidad el párrafo 3 del artículo 85 de la Ley 99 de 1993. La Corte determinó que el principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Concluyendo exequible el texto acusado.

En la Sentencia C-200 de 2002¹⁰⁴. La Corte reitera los anteriores planteamientos en torno al entendimiento que en el ordenamiento jurídico debe darse al artículo 29 de la Constitución, al hacer hincapié en los principios de reserva legal y de tipicidad o taxatividad de la pena.

En la decisión indicada, la misma Corporación citó la sentencia C-578 de 2002¹⁰⁵. en la cual examinó la previsión contenida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de ese Tribunal, disposición que "... consagra un tratamiento diferente al previsto en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 28 de la Carta, y que el mismo, que fue expresamente autorizado por el constituyente derivado a través del Acto Legislativo No. 02 de 2001, sólo será aplicable por la Corte Penal Internacional cuando ejerza su competencia complementaria para investigar y juzgar cualquiera de los crímenes previstos en el Estatuto, así la acción penal o la sanción penal para los mismos haya prescrito según las normas jurídicas nacionales".

¹⁰² Corte Constitucional Sentencia C-739 de 2000. M. P. Fabio Morón Díaz.

¹⁰³ Corte Constitucional Sentencia C-710 de 2001. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰⁴ Corte Constitucional Sentencia C-200 de 2002. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁰⁵ Corte Constitucional Sentencia C-578 de 2002. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

En la sentencia C-205 de 2003¹⁰⁶. La Corte declaró la inconstitucionalidad de una disposición que preveía la sanción penal de quien comerciara con autopartes usadas de vehículos automotores y no demostrara su procedencia bajo el delito de receptación. A juicio de esta Corporación resultaba vulnerado el principio de legalidad, puesto que la tipificación no era suficientemente específica.

La corte en Sentencia C-592 de 2005¹⁰⁷ analizó una demanda presentada, entre otras, en contra de la expresión: "Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia", contenida en el tercer inciso del artículo 6º de la Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

En otra decisión la Corte analiza si vulneraba los principios de favorabilidad y de legalidad, puesto que con la disposición atacada impedía la aplicación del nuevo procedimiento penal a procesos que ya venían en curso, a pesar de ser más favorable. Finalmente la corte declara exequible la norma acusada. En este sentido, en Sentencia C-897 de 2005.¹⁰⁸ Se declara inexecutable el artículo 12 de la Ley 890 de 2004, que introdujo un segundo inciso en el artículo 454 del Código puesto que la norma atacada desconoce el principio de legalidad, siendo demasiado vaga e imprecisa. Esta característica acarrea que la norma vulnere el principio de legalidad, el cual, como se ha señalado, se aplica en forma más estricta en el derecho penal, lo cual genera su inconstitucionalidad.

Y en la Sentencia C-144 de 2010¹⁰⁹. En la que se presenta demanda de inconstitucionalidad contra varios de los artículos la Ley 906 de 2004, "por la cual se expide el Código de procedimiento penal". Señala la Corte que tales conceptos jurídicos indeterminados ordenan correctamente y sin vulnerar el principio de legalidad requerido para esta clase de actuaciones (art. 6º, 29 CP), además el ejercicio excepcional de la

¹⁰⁶ Corte Constitucional Sentencia. C-205 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰⁷ Corte Constitucional Sentencia. C-592 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁰⁸ Corte Constitucional Sentencia. C-897 de 2005 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰⁹ Corte Constitucional Sentencia. C-144 de 2010. M. P. Juan Carlos Henao.

facultad reconocida al juez. En consecuencia, no existe violación del principio de legalidad y en ese sentido los apartes acusados de los artículos 17 y 454 del CPP, serán declarados exequibles.

En Sentencia de la Corte Constitucional C-401 de 2010¹¹⁰. Se dijo“... de manera excepcional, en armonía con determinados instrumentos internacionales, pueden encontrarse hipótesis en las que la acción penal puede ser imprescriptible. Así por ejemplo de conformidad con el artículo 7° de la Convención Internacional sobre Desaparición forzada de Personas, adoptada en la legislación interna por la Ley 707 de 2001, que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-580 de 2005¹¹¹.

Hasta aquí es claro que tanto la acción penal como la pena por el delito de desaparición forzada son imprescriptibles, salvo que una norma fundamental del Estado parte disponga lo contrario, caso en el cual la prescripción será igual a la del delito más grave previsto dentro de la legislación interna de la parte. La Corte, en el análisis de constitucionalidad de las anteriores prescripciones, particularmente a la luz de lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución, concluyó que ‘...la regla de imprescriptibilidad de la acción penal por el delito de desaparición forzada, contenida en el inciso primero del artículo 7 de la Convención, no resulta contraria a la Carta Política...’ y que, por consiguiente, ‘el legislador, al adecuar el ordenamiento interno al presente tratado, puede establecer la imprescriptibilidad de la acción para dicho delito’.

Agregó la Corte que, sin embargo, ‘(...) si el delito está consumado, los términos de prescripción de la acción empezarán a correr una vez el acusado haya sido vinculado al proceso¹¹²”.

¹¹⁰ Corte Constitucional Sentencia. C-401 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹¹¹ Corte Constitucional Sentencia. C-580 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹¹² *Ibidem*. Sentencia. C-580. Del 2005.

1.3.1 Las dos vertientes del principio legalidad, estricto y extendida (ampliable).

De acuerdo con lo aquí investigado, es manifiesto que el principio de legalidad tiene dos vertientes, una que analiza el principio de legalidad en sentido estricto y otra que lo analiza en sentido amplio. En el primer caso “(en sentido estricto) se enuncia de la siguiente manera: “todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado en el derecho en vigor”. Es decir, que todo acto de la autoridad pública debe tener fundamento en una norma legal vigente y, más allá, dicha norma legal debe encontrar su propio sustento en una norma superior¹¹³”.

En cuanto al principio de legalidad “en sentido amplio, debe entenderse como un ideal jurídico que no hace referencia al derecho que “es” sino al derecho que “debe ser”. Así las cosas, el concepto de legalidad adquiere una dimensión más amplia en la medida en la que tiende a garantizar determinados principios dentro del contexto social en el que tiene vigencia. En un Estado de Derecho moderno, no basta con la existencia de normas jurídicas y con el apego a las mismas por parte de quién(es) detenta(n) el poder político sino que es necesario, para garantizar efectivamente el imperio de la legalidad, que esas normas cuenten con una serie de características en su origen y estructura (aspecto estático del derecho¹¹⁴”.

El principio *nullum crimen, nullapoena sine lege* en el derecho internacional, es laxo, quizás por la naturaleza misma de los crímenes que se cometen en el mundo y que son de su competencia. Al igual que por la creciente corrupción mundial y la consecuente impunidad frente a crímenes como los de lesa humanidad y otros. Para Kai Ambos, un crimen de lesa humanidad “puede ser entendido como un crimen de Estado en el sentido de la “inversión sistemática” de los poderes que justifiquen la existencia del Estado¹¹⁵”.

¹¹³ SALAZAR, Pedro. Una aproximación al concepto de legalidad y su vigencia en México. Instituto Tecnológico Autónomo de México. Isonomía No. 9. 1998, p. 193-194.

¹¹⁴ *Ibidem*. SALAZAR, p. 194-195.

¹¹⁵ *Op.Cit.* KAI, Ambos. p. 7 y 8.

Igualmente existe una interpretación estricta o rígida del principio de legalidad. Esta última es una técnica normativa que modernamente en el mundo trata de asegurar que nadie pueda ser castigado por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por la ley, siendo esta entendida como una taxatividad penal, o mejor aún una legalidad estricta. Luego, emana del principio de legalidad, el denominado por Castiñeira “mandato de precisión” o “principio de taxatividad”, según el cual las leyes penales deben de ser precisas, es decir, deben permitir al ciudadano conocer que comportamientos están prohibidos u ordenados y las consecuencias de su incumplimiento¹¹⁶”. Al respecto Uranga ha señalado que el principio de taxatividad “se nos presenta como enemigo de un Derecho Penal flexible, abierto al futuro y capaz de adaptarse a las situaciones cambiantes como las que nos presenta la biotecnología, en la que como consecuencia de los continuos adelantos científicos se nos exige una adecuada respuesta jurídica que en muchos casos resulta difícil poder darla debido a la taxatividad de los términos utilizados¹¹⁷”.

Al no respetarse la taxatividad, ente otros aspecto de la legalidad, es posible no solamente poder violar la norma en sí, sino también principios jurídicos de rango constitucional, todo lo cual termina, sin lugar a equivocarse comprometiendo directamente su legitimidad jurídica. El concepto de legalidad tiene una doble dimensión político-jurídica. Desde la perspectiva de la ciencia política, la legalidad es un requisito y un atributo del poder que supone ciertos límites al ejercicio del mismo. Un poder legal y actúa legalmente en la medida en que se constituye en conformidad con un determinado conjunto de normas y se ejerce con apego a otro catálogo de reglas previamente establecidas. Bajo esta óptica el concepto de legalidad está estrechamente relacionado con el de legitimidad el primero se refiere en ejercicio de poder y el segundo a la titularidad del mismo. Un poder es legítimo en sentido estricto cuando en su titularidad

¹¹⁶ CASTIÑEIRA, Teresa M. y Otros. Terminología y Derecho Complejidad de la Comunicación Multilingüe. Edicions a Petició. S.L. 2006. p. 72.

¹¹⁷ URANGA, Martín, A. La Discusión Actual Sobre la Función del Derecho Penal. En Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón. Universidad de Deusto. 2006. p. 322.

tiene un sustento jurídico y es legal cuando los actos de autoridad que de él emanan se adaptan a las leyes vigentes¹¹⁸.

De ahí que autores como Velázquez¹¹⁹ se encuentren en desacuerdo con “rígido principio de legalidad” puesto que este no impone unos límites claros, idóneos, precisos y ciertos, si no que pasaran a un segundo plano debido a que lo que interesa es la protección ética y de la dignidad humana del individuo sin importar que haya una informalización. Aunque es destacable que parece predominar un análisis amplio del mencionado principio “las normas de competencia de los poderes públicos y las que rigen las relaciones de los gobernantes con los gobernados y de estos entre sí, cumplen con el principio de legalidad en sentido amplio¹²⁰”.

Muchos crímenes hoy son perseguibles y evitan la impunidad de los mismos ejerciendo la imprescriptibilidad, aunque de este modo el principio de legalidad se flexibilice o se amplíe, dado que algunos crímenes de naturaleza internacional, por ejemplo, como “el crimen del genocidio y otras atrocidades, incluso la tortura y la violación sexual masiva con fines políticos, son castigables según el derecho internacional. Pero no sólo castigables: el principio de legalidad del derecho penal en el plano nacional se tradujo también en el internacional en el principio de la persecución obligatoria de estos crímenes, el cual quedó explícitamente establecido desde la Convención contra el Genocidio.

La responsabilidad personal y la obligación de perseguir (y castigar) son dos lados de la misma moneda¹²¹”. Al respecto, en Colombia señala Huertas que la Corte Suprema mediante auto 33.039 del 16 diciembre 2010, (M.P. Leónidas Bustos Martínez),

¹¹⁸ SALAZAR, Ugarte P. Legalidad. Léxico de la Política. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Editorial Fondo de Cultura Económica. México D.F. 2000, p. 389.

¹¹⁹ VELÁSQUEZ, V Fernando. El derecho ante la globalización y el terrorismo: "Cedant arma togae": actas del Coloquio Internacional Humboldt. Montevideo. 2003, p. 15.

¹²⁰ SALAZAR, Pedro. Una aproximación al concepto de legalidad y su vigencia en México. Instituto Tecnológico Autónomo de México. Isonomía No. 9. 1998, p. 201.

¹²¹ HUHLE, Rainer. De Núremberg a la Haya. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia. Problemas, avances y perspectivas a los 60 años del Tribunal Militar Internacional de Núremberg. Revista Análisis Político N° 55, Bogotá, septiembre-diciembre, 2005, p. 26.

“flexibilizó el principio de legalidad en materia penal cuando admitió la imputación de delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, propios de la ley 599, en contra de los desmovilizados que se acogieron al proceso de la Ley de Justicia y Paz de 2005. De esta manera, para la alta corporación, el principio de legalidad penal, cuando se trata de crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y de agresión traídos por el estatuto de Roma de 1998, “se redefinen en función de las fuentes del derecho, ampliándolas en los términos del artículo 38 del reglamento la Corte Internacional de Justicia, a los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina internacional¹²²”.

En cuanto a la estricta legalidad, y citando nuevamente a Ferrajoli el autor italiano señala que “habrá que decir que es una garantía dirigida al legislador, dado que le demanda el empleo de técnicas legislativas que aseguren la creación de normas penales (tipos y penas) taxativas, en las que puedan ser verificables las garantías de lesividad, proporcionalidad, presunción de inocencia defensa etc.¹²³”.

La legalidad entonces, puede ser y de hecho es entendida de forma estricta o de forma flexible, incluso hay quienes creen que está desapareciendo. Respecto a la legalidad de forma estricta, hay que indicar que, mientras el axioma de mera legalidad se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (nulla poena, nullum crimen sine lege), el principio de estricta legalidad exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione)¹²⁴.

En este sentido Milanovic afirma que “ha habido siempre una tensión en Derecho Penal Internacional entre el requerimiento de estricta legalidad y consideraciones de justicia sustantiva. Una y otra vez, el derecho positivo se ha mostrado insuficiente precisamente cuando más se necesitaba.

¹²² HUERTAS, Díaz, Omar, Tensiones Entre el Principio de Legalidad Penal y el Discurso de los Derechos Humanos. Número II. Grupo Editorial Ibáñez. 2013.

¹²³ *Ibidem*. HUERTAS. p. 155.

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal. Editorial Trotta, Madrid, 1997 (2a.ed.), p. 95.

Esto, a su turno, lleva a los jueces a degradar el *nullum crimen* a un mero "principio de justicia", como discutiblemente lo hizo el TMI, que sería satisfecho inclusive mostrando que el autor de actos atroces conocía que lo que hacía estaba mal -si bien no era ilegal- o para "descubrir" creativamente la ley pre- existente que llene el vacío entre lo fáctico y lo normativo, como fue hecho en muchas ocasiones por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY). Y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. (TPIR)¹²⁵.

1.4 La imprescriptibilidad determinada en tratados y convenios internacionales.

En este apartado se va a señalar la opinión de la doctrina y la jurisprudencia sobre la imprescriptibilidad y sobre la irretroactividad de la ley penal. Vale la pena decir tal como lo entiende Martínez "que la irretroactividad más que un principio es una excepción a la posibilidad lógica y axiológica que tiene la ley de ser retroactiva. En conclusión, cabe decir que la regla general es la retroactividad de las normas, y esta afirmación se apoya en dos criterios, uno fáctico y otro axiológico"¹²⁶.

No existe una definición clara de imprescriptibilidad en materia penal, lo imprescriptible es lo que no prescribe, entonces hay que buscar la definición de prescripción para determinar luego lo que es imprescriptibilidad. La prescripción entonces, es "un concepto que abarca dos aspectos de la realidad. Por un lado, la prescripción de la acción pública: es decir, el vencimiento de cierto plazo tras la comisión de un delito y que constituye un obstáculo para el ejercicio de la acción penal pública, para el enjuiciamiento, y la eventual condena. Y por otra parte, la prescripción puede referirse también a las sanciones (o

¹²⁵ MILANOVIC, Marko. ¿Fue Núremberg una violación al principio de la legalidad? Blog of the European Journal of International Law. 2010. Disponible en: <http://www.ejiltalk.org/was-nuremberg-a-violation-of-the-principle-of-legality/>.

¹²⁶ MARTÍNEZ, Marulanda Diego. Fundamentos Para Una Introducción al Derecho. Editorial Universal de Antioquia. 2007, p. 178.

penas) aplicadas a los responsables de un tipo penal: el vencimiento de cierto plazo constituye un obstáculo para la ejecución de una condena penal¹²⁷”.

Por su parte Villanueva, estima que la prescripción es una figura jurídica cuya incorporación al código penal cumple con la función de identificar la extinción de la acción penal así como ejecutar las penas y medidas de seguridad producidas en el decurso de tiempo, no obstante el Estado continúa con su deber de garantizar una debida procuración e impartición de justicia¹²⁸. Del mismo modo Daza la entiende como “una institución jurídica de regulación legal, en virtud de la cual se adquieren o se extinguen derechos por haberse agotado el término fijado por la ley”¹²⁹. Zambrano por su parte amplía este concepto afirmando que “la prescripción es un mecanismo de contención para evitar el abuso del poder punitivo en un Estado de Derecho. La prescripción entonces es una institución jurídica que regula el tiempo por el cual se faculta al Estado a ejercer la persecución penal¹³⁰”.

La prohibición de la retroactividad o irretroactividad de la ley penal ha estado siempre ligada al principio de legalidad ya que se rige por la existencia y exigencia de una ley previa, presentando ésta, como una garantía ante el poder punitivo del Estado de derecho, por tanto concurre con una seguridad jurídica puesto que toda acción prohibida ha de estar tipificada en el ordenamiento gozando de total vigencia con anterioridad al momento en que ocurrió. De manera que refiere a todos los preceptos de índole sancionadora que pueden ser perjudiciales o desfavorables y restrictivas de derechos individuales, por ello la irretroactividad afecta todas que aquellas normas que deriven una

¹²⁷BERNALES, Rojas, Gerardo, La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos. Revista Ius et Praxis, 13 (1): 245 - 265, 2007.

¹²⁸VILLANUEVA, Plascencia Raúl. Análisis del nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM. México. 2003, p. 169.

¹²⁹ DAZA, Márquez, Tania Milena. La imprescriptibilidad de la acción y la sanción disciplinaria por graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario Revista Estudios Socio-Jurídicos. 2010, p. 436. (Enero-Junio): [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2015] Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo>.

¹³⁰ ZAMBRANO, Pasquel, Alfonso. La prescripción de la acción penal. Revista jurídica online. México, p. 265.

condena, más profundamente la irretroactividad se presenta en aquellas normas que son perjudiciales para el individuo puesto que contiene una condena y una puntual gravedad, sin embargo tal prohibición de retroactividad tiene una excepción aplicable cuando la norma es más favorable al sujeto¹³¹.

1.4.1 Imprescriptibilidad internacional.

En la línea argumentativa que se viene trabajando, Fajardo hace referencia a los documentos que contemplan los siguientes principios del Derecho Internacional:

1. Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad ONU, 1973.
2. Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg, ONU, 1950.
3. Conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, ONU, 2005.
4. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, ONU, 2007.
5. Principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional, ONU, 2002¹³².

En Colombia se encuentra que no existe una normativa interna que como tal tipifique el crimen de genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad y su imprescriptibilidad, es así como Fajardo, trae a colación tres problemas desde su punto de vista:

¹³¹ IGLESIAS, Río Miguel Ángel. Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal. a propósito de las últimas reformas del código penal. Revista jurídica de castilla y león. Nº 6. Universidad de Burgos. 2005, p. 18.

¹³² FAJARDO, Arturo, Luis Andrés. Efectos del Bloque de Constitucionalidad en Materia de Prescripción de la Acción Penal en Colombia. Universidad Sergio Arboleda. Civilizar 9 (17): 65-78. 2009, p. 72.

- “1. La inviolabilidad del principio de legalidad en materia penal, en el entendido de que aplicar una regla de prescripción inexistente violaría el principio de la ley previa en materia penal.
2. La inviolabilidad del principio de favorabilidad en materia penal o la prioridad de una norma de Derecho Internacional frente al principio, y, finalmente.
3. La temporalidad a partir de la cual se puede admitir una regla de Derecho Internacional sobre imprescriptibilidad, teniendo en cuenta que la figura del Bloque de Constitucionalidad nació en la Constitución de 1991¹³³”.

Esta imprescriptibilidad es un principio del derecho internacional reconocido y proviene del mismo *iuscogens*, por ende forma parte de aquellas normas superiores las cuales no pueden ser derogadas salvo por otras que contengan su mismo carácter y además, cada Estado debe reconocerles, aplicarlas y hacerlas cumplir efectivamente. *Iuscogens* establecido en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, allí se indica que es el conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, establecidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Por otro lado las normas de *iuscogens* lógicamente no pueden ser derogadas, salvo que sean por otra norma del mismo rango.

Ambos y Malarino dicen que “los temas principales en los que el DPI y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) han tenido relevancia son la imprescriptibilidad, los límites a las amnistías e indultos, la proscripción de los tribunales militares y el derecho a la verdad¹³⁴”. Imprescriptibilidad que cubre la acción y la pena, tal como recuerda Torres que el Estatuto de la CPI “reza en el artículo 28 que los crímenes

¹³³ FAJARDO, Arturo Luis Andrés. Efectos del Bloque de Constitucionalidad en Materia de Prescripción de la Acción Penal en Colombia. Universidad Sergio Arboleda. *Civilizar* 9 (17): 65-78. 2009, p. 66.

¹³⁴ AMBOS, KAI Malarino Ezequiel. *Jurisprudencia Latinoamericana Sobre Derecho Penal Internacional*. Con Informes Adicionales de España e Italia. Georg-August-Universität-Göttingen. Editorial, Konrad Adenauer Stiftung. 2008, p. 21.

de la competencia de la Corte no prescribirán¹³⁵". No fue rápida la inclusión de la imprescriptibilidad en el plano internacional "En 1968, la Asamblea General de las Naciones Unidas sancionó la convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad, referida a la prescripción tanto de la acción pública como de la pena (artículo 4). La convención, empero, no fue ratificada por una gran cantidad de países: al contrario, la mayoría de los Estados la criticaron durante, sobre todo a causa de su aplicabilidad a los crímenes cometidos antes de su entrada en vigor (artículo 7)¹³⁶".

La imprescriptibilidad, tiene una vocación universal todo ello mediante tratados internacionales, declaraciones y resoluciones contempladas en el derecho consuetudinario, o más aun en la Asamblea General de las Naciones Unidas, o en la Comisión de Derecho Internacional, así como otros órganos jurídicos de índole nacional e internacional. De algún modo es una suprallegalidad la que impera, la cual en el ámbito internacional, es por supuesto acorde con todos, o al menos la mayoría e tratados o acuerdos internacionales que obligan a los Estados.

Cuando se habla de la imprescriptibilidad, el artículo II de la convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, traído a colación por Arlettaz se asegura que "la imprescriptibilidad se aplica tanto a los autores como a los cómplices e instigadores de los delitos enumerados; también a quienes conspiran para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, o toleren su perpetración. La imprescriptibilidad alcanza tanto a los particulares como a las autoridades del Estado, salvo respecto de la tolerancia en la perpetración, caso este último sólo referido a las autoridades estatales¹³⁷".

¹³⁵TORRES, Vásquez Henry. La extraterritorialidad de la ley penal: el principio de la justicia universal, su aplicación universal en Colombia. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 16, 31, 99-115, 2013, p.107.

¹³⁶ CASSESE, Antonio. Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales. Grupo Editorial Norma. 2004, p. 333.

¹³⁷ ARLETTAZ, Fernando. Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad: Una Perspectiva Latinoamericana. Jornadas Derechos Humanos y Memoria Histórica. Universidad de Zaragoza. 2012, p. 6.

La imprescriptibilidad en el derecho penal internacional, no está claramente establecida como concepto, no obstante tiene relación directa con los delitos contra la humanidad, estos “se perfeccionaron por medio de la figura del genocidio, el cual surgió luego de la segunda guerra mundial y se precisó en los tribunales de Núremberg como el hecho de exterminar a una raza o a un grupo humano. Por su parte la Imprescriptibilidad tiene origen en el derecho anglosajón clásico donde la regla de derecho estaba expresada por *nullumtempusoccuritregis*(el tiempo no corre para el Rey), esto quiere decir entonces que la acción podía iniciarse en cualquier momento después de la comisión del delito que no prescribía¹³⁸”.

De este modo ha ido evolucionando el derecho internacional de tal manera que hoy existen una gran cantidad de tratados generales que estipulan la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, tales como: Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg, Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y Castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad. Convención para la Prevención y Sanción del Delito de genocidio, Los Convenios de Ginebra. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad, Convención Americana sobre Derechos Humanos, y por último el Estatuto de Roma¹³⁹.

También se destaca en este estado del arte, la legalidad señalada en el Pacto de San José en el artículo 9º se consagra el principio de legalidad “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el

¹³⁸LA ROSA, M. La prescripción en el Derecho Penal. Fundamentos. Prescripción de la acción penal y de la pena. Imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad. Suspensión e interrupción del plazo. Jurisprudencia. Buenos Aires: Astrea. 2008.

¹³⁹ FERNÁNDEZ, Neira K. C. La prescripción gradual, aplicada a los delitos de lesa humanidad. La experiencia jurisprudencial chilena. Editorial Académica Española. 2012.

derecho aplicable¹⁴⁰". Y lo indicado por su parte en la Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su artículo 11.2 que "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito¹⁴¹".

La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad ha presentado diversas controversias teóricas, pues algunos autores han formulado teorías en las que consideran que estas violan los principios de legalidad y de irretroactividad siendo esta última una expresión de la primera, luego entonces están los que se contraponen a esas teorías afirmando que aunque efectivamente existe un conflicto entre los límites del ius puniendi y la imprescriptibilidad de algunos crímenes siendo que esta representa que se amplíe los límites del ius puniendi sin embargo este último no representa peligro alguno para los derechos fundamentales sino que por el contrario es un protector y garante de los mismos.

En esta misma dirección Gallant recuerda que "todos los miembros de las Naciones Unidas (menos dos) aceptan la irretroactividad general de los delitos y las penas mediante su Constitución, su legislación, tratados (el PIDCP y/o los tratados regionales de derechos humanos), o alguna combinación de estas tres fuentes del Derecho. Los países que en sus Constituciones nacionales prohíben la irretroactividad de los delitos y de las penas constituyen una mayoría significativa. Más de cuatro quintas partes de los miembros de las Naciones Unidas (162 de 192, alrededor del 84 por 100) reconocen en sus Constituciones la irretroactividad de los tipos penales (nullum crimen)." Más de tres cuartos (147 de 192, alrededor del 76 por 100) reconoce la irretroactividad de la agravación de la pena a través de sus Constituciones (nulla poena)¹⁴².

¹⁴⁰ Pacto de San José de Costa Rica 1969. Artículo 9º.

¹⁴¹ Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948. Artículo 11.2.

¹⁴² GALLANT, Kenneth S. La Legalidad Como Norma del Derecho Consuetudinario Internacional: La Irretroactividad de los Delitos y de las Penas. En Montiel Juan P. La Crisis del Principio de Legalidad en el Nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o Evolución? Editorial Marcial Pons. Algete Madrid España. 2012, p. 320 a 322.

Es de tal tenor su reconocimiento que de acuerdo con la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año de 1968 y con entrada en vigor en el año de 1970, son imprescriptibles aquellos delitos que sean atentatorios de la humanidad tal y como los describe este instrumento Internacional. Estas normas, permiten que determinados delitos puedan ser enjuiciados por tribunales de muchos Estados. Pero no es la única obligación que dimana del derecho internacional en esta materia, los Estados Parte de esta Convención están obligados a adoptar las medidas de acoplamiento de ese instrumento internacional a su legislación Interna.

La Corte Constitucional en su sentencia C-578/02 tiene como precedente el Estatuto de Roma el cual "[...] determina la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional y guarda silencio respecto a la prescripción de las penas [artículo 27 del Estatuto de Roma]. La Constitución Política, en el artículo 28 establece que no podrá haber penas ni medidas de seguridad imprescriptibles y calla con respecto a los delitos. Aunque las normas en estudio se refieren a fenómenos diferentes, persiste la duda sobre una posible discrepancia constitucional entre la norma del artículo 27 del Estatuto y la Carta Política¹⁴³".

De tal manera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad se basa en que el sistema jurídico no puede perdonar algunas fallas del mismo, grandes lesiones a los derechos humanos no pueden dejar su vigencia de sanción y por ello deben ser investigados siempre en razón del principio de justicia universal, la justicia interna y además de ello la competencia de la Corte Penal Internacional como Tribunal de "reserva".

En este orden de ideas, el 3 de diciembre de 1973 la Asamblea General de la ONU aprobó los principios concernientes a la colaboración internacional para la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad.

¹⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-578/02 de 30 07 de 2002. M.P. Cepeda Espinosa, Manuel José.

Ahora bien, para hablar de imprescriptibilidad es necesario pensar en aquellos principios que regulan la relación de los Estados en lo referente a los delitos cometidos a nivel interno y externo como por ejemplo los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra, etc. y todos aquellos crímenes que atenten contra cualquiera de los bienes jurídicos establecidos en la ley nacional e inclusive internacional como necesarios para mantener en armonía una sociedad. Bienes jurídicos que el Estado está en la obligación y el deber de garantizar para mantener la seguridad de sus asociados; ya que si hay una violación de estos bienes, el Estado tiene el absoluto deber de perseguir, juzgar y condenar a los autores de esta clase de delitos.

Tanto en los Tribunales de Nüremberg como el de Tokio, se cuestionó y crítico dicho proceso por parte de la “doctrina por tratarse de jurisdicciones creadas por los vencedores del conflicto para juzgar los crímenes de las potencias vencidas. Se considera que durante el procedimiento no fueron respetados los principios de imparcialidad y objetividad del debido proceso, ya que los jueces eran exclusivamente nacionales de las Potencias vencedoras. Mientras que otros sostuvieron que los resultados respondían a una necesidad de justicia material que no se hubiera producido de haber dejado el castigo por parte de Tribunales nacionales. Otras de las objeciones que se le hicieron a dichos tribunales fueron la vulneración a los principios de legalidad (falta de leyes penales internacionales propiamente dichas anteriores a la comisión del delito), irretroactividad de la ley penal, falta de tipicidad (imprecisión del concepto y contenido de los crímenes de guerra, contra la paz y contra la humanidad) y el principio del juez natural, que establece que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces naturales designados por la ley antes del hecho de la causa¹⁴⁴”.

Todos estos aspectos sin lugar a dudas han servido para consolidar el cuerpo normativo y jurisprudencial que cada vez sea tan utilizado como de obligatorio cumplimiento. La imprescriptibilidad que conlleva para algunos inseguridad jurídica, fue en 1997 nuevamente estudiada, así pues la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, fue

¹⁴⁴ ARELLANO, Ortiz F. El Estatuto de Roma. La Corte Penal Internacional. [Consultado el 14 de Abril de 2015] Disponible en Internet. www.conteudojuridico.com.br.

analizada en detalle en el “caso de Priebke el Tribunal Militar de Roma del 22 de julio de 1997 y de la Corte Militar de Apelaciones de Roma del 7 de marzo de 1998 se aborda la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra como en el caso a Priebke se le atribuía el delito de homicidio (delito contra las leyes y usos de la guerra), artículo 185 del CPMG¹⁴⁵”. Y en esa decisión, se encuentra que “el Tribunal Militar de Roma negó la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y también la posibilidad de lograr tal consecuencia a través de calificar a los hechos como crímenes de lesa humanidad, categoría dentro de la cual incluyó al genocidio, pues a ello se opondría el principio de legalidad penal. Al hacer esto, el Tribunal dejó en claro que el principio irretroactividad de la ley penal también rige en el juzgamiento de crímenes internacionales¹⁴⁶”.

Sin embargo Gallant ha indicado que “la irretroactividad de los delitos y las penas se ha convertido en una norma del derecho consuetudinario internacional¹⁴⁷”. Esta situación permite que se puedan iniciar procesos penales por fuera del Estado en que se cometió el delito siendo posible la aplicación del Principio de Justicia Universal del cual Torres Vásquez ha dicho cualquier país tiene la competencia penal para investigar, juzgar, condenar y hacer cumplir la condena allende sus fronteras, señalando así la extraterritorialidad de la ley penal en algunos eventos¹⁴⁸. “La demostración de que la irretroactividad del Derecho penal es Derecho consuetudinario internacional proviene no sólo de la práctica interna de los Estados y de la DUDH, sino también del Pacto Internacional en Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁴⁹”.

¹⁴⁵ Tribunal Militar de Roma del 22 de julio de 1997 y de la Corte Militar de Apelaciones de Roma del 7 de marzo de 1998. caso de Priebke.

¹⁴⁶ EMANUELA, Fronza. En Kai Ambos, Malarino Ezequiel. *Jurisprudencia Latinoamericana Sobre Derecho Penal Internacional. Con Informes Adicionales de España e Italia*. Georg-August-Universität-Göttingen. Editorial, Konrad Adenauer Stiftung. 2008, p. 464.

¹⁴⁷ Op. cit., GALLANT. 2012, p. 316.

¹⁴⁸ TORRES Vásquez, Henry. La extraterritorialidad de la ley penal: el principio de la justicia universal, su aplicación universal en Colombia. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 16, 31, 99-115, 2013.

¹⁴⁹ *Ibidem*, GALLANT. p. 327.

Respecto a la jurisdicción en delitos de lesa humanidad, Sosa Mesa dice que “a diferencia de una jurisdicción focalizada internacional, la jurisdicción universal depende estrictamente de la conexidad en los delitos en los que se involucre a personas nacionales de un país que han sido víctimas de delitos de lesa humanidad fuera de su territorio. En esa línea de ideas, hay que señalar que organismos tales como la Corte Penal Internacional, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Internacional de la Haya son administraciones de justicia que focalizan la competencia de acuerdo al contenido de las convenciones, pactos y tratados que se encargan de vigilar¹⁵⁰”.

Existen además organismos de naturaleza supranacional los cuales tienen competencia que de manera directa o indirecta hacen relación al derecho penal y al principio de legalidad. Así por ejemplo, “la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene competencia exclusivamente sobre las violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos y al Pacto de San Salvador; por su parte la Corte Europea de Derechos Humanos, sobre las violaciones que se produzcan a la Convención Europea de Derechos Humanos y sus pactos adicionales, la Corte Internacional de la Haya, solo tiene competencia para juzgar las violaciones a los tratados que se produzcan entre países en el marco del sistema de protección de las Naciones Unidas¹⁵¹”.

De manera que una de las principales críticas y debates que se formulan frente a la legalidad se encuentra en que se considera que esta vulnera principios como la legalidad, y la irretroactividad de la ley penal, cuestionando en un primer plano el que, cuando se cometa cierta conducta punible si esta no se encontraba tipificada normativamente como un delito de lesa humanidad entonces no podrá juzgarse ya que se estaría vulnerando el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal, de tal modo que no se podría aplicar la imprescriptibilidad. Montiel trae a colación a la convención de los derechos del niño en su Artículo 40 2. A “Brunei y Bhutan aceptan la

¹⁵⁰ SOSA, Meza J. Jurisdicción Universal, Corte Penal Internacional y Delitos de Lesa Humanidad. Derecho Penal Internacional. p. 225 y 226.

¹⁵¹ Ibidem., SOSA, p. 225 y 226.

irretroactividad de los delitos cometidos por menores, a través de la Convención de los Derechos del Niño¹⁵²”.

En un segundo punto de controversia se encuentra que cuando se han cometido violaciones a derechos humanos y estos al momento de realizarse no se encontraban tipificados como tal en el ordenamiento interno entonces se estaría contraponiendo al principio de legalidad, ya que la imprescriptibilidad solo aplica para conductas tipificadas como delitos de lesa humanidad en el momento en que se cometió dicha conducta.

Esta consideración no es propiamente nueva “Después de la Declaración de Moscú de 1943, los gobiernos de Estados Unidos de América, de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, de Gran Bretaña y el gobierno provisional de la Republica de Francia, firmaron el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, mediante el cual se creaba un Tribunal Militar Internacional. Este tribunal se establecía de acuerdo con su artículo 1º, para juzgar a los criminales de guerra “cuyos crímenes de localización gráfica precisa, ya sea que fueren acusados individualmente, o en su capacidad de miembros de organizaciones o de grupos, o bajo esta doble capacidad¹⁵³”.

El principio de legalidad y su tensión frente a la irretroactividad de la ley penal, conlleva una clara controversia con el principio de legalidad. Aunque, es lógico pensar que debido al posicionamiento del derecho penal internacional, no está exento de críticas, específicamente el proceso de Núremberg lo fue. Y como dice Torres “debido a que estuvo alejado de la legalidad; sin embargo, fue necesario. Quizá hoy no sería posible la persecución a ciertos tipos de crímenes y de criminales de distintos países, si no hubiese sido por los distintos procesos en contra de criminales nazis entre 1945 y 1946¹⁵⁴”.

A partir del Estatuto de Núremberg de 1945 las normas del Derecho internacional son vinculantes para los Estados no para los Individuos. No obstante, los Estados acordaron

¹⁵² Op. Cit., SOSA. p. 325.

¹⁵³ Los Procesos de Nuremberg y Tokio, Precedentes de la Corte Penal Internacional. Publicado en *Ars Iuris*, Número 29, Universidad Panamericana, 2003, p. 752.

¹⁵⁴ TORRES, Vásquez H. La Persecución al Terrorismo frente a los derechos humanos. Una mirada desde el derecho penal internacional. Corporación Universitaria Republicana. Revista Republicana. núm. 9, p. 144. 2010.

que los responsables de trasgredir algunos de estas leyes podían ser castigados, al menos por los tribunales penales Internacionales.

Es importante concretar el proceso por el que una norma de Derecho consuetudinario se metamorfosea en prohibición penal, y determinar en ese proceso el punto de inflexión a partir del cual surge la responsabilidad penal. La razón es la norma de no retroactividad, comúnmente expresada con la frase latina *nullum crimen sine lege*: por horrorosa que sea una conducta no es ilegal a menos que exista una ley penal en su contra que esté en vigor en el momento en que se incurre en ella.

Para que un tribunal Internacional reconozca un nuevo delito sin infringir el principio *nullum crimen*:

- a) los elementos del delito han de ser claros y acordes con principios fundamentales de la responsabilidad penal;
- b) ha de ser posible verificar que la conducta en cuestión equivalía a un delito según el Derecho internacional en el momento en el que fue cometido;
- c) deben existir, al menos pruebas que permitan inferir que existe acuerdo general en la comunidad internacional en que la infracción implicaría hoy una responsabilidad penal para los perpetradores, además de la obligación normativa de los estados de prohibir la conducta en cuestión en sus propias leyes internas¹⁵⁵. En igual sentido, Luban,¹⁵⁶ explica de forma muy precisa esta clase de delitos, sus rasgos jurídicos distintivos, que pasa con la política, explica la crítica de la demonización de Schmitt, la jurisdicción, la justicia natural y aporta algunas definiciones al delito de genocidio. Según la carta de Núremberg crímenes contra la humanidad como el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra toda población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución de o en conexión con cualquier crimen de competencia del tribunal, constituyan o no violaciones del derecho doméstico del país donde fueron cometidos.

¹⁵⁵ROBERTSON, Geoffrey, Crímenes contra la humanidad. La lucha por una justicia global, editorial siglo XXI. 2008.

¹⁵⁶LUBAN, D. j. *Una teoría de los crímenes contra la humanidad*. Bogotá: Temis. 2011.

Gallant, citando un artículo del código penal italiano 1, 2. De 1931 expresa que “para el final de la segunda Guerra Mundial sólo una minoría de Estados contaba con la irretroactividad de los delitos y las penas como norma constitucional. Otros la tenían como norma legal¹⁵⁷”.

Bajo las premisas anteriores hay que concluir con Aguirre cuando trae a colación a Moto Salazar y señala que “la retroactividad puede ser considerada retroactividad positiva o retroactividad negativa. La retroactividad negativa es la que no permite su aplicación en perjuicio de persona alguna. La retroactividad positiva es aquella que está permitida en su aplicación y viene a constituir una obligación para el juzgador, por ser más beneficiaria al inculpado. A partir de esta afirmación radica la discusión frente al problema planteado¹⁵⁸”.

1.4.2 La imprescriptibilidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Instituciones como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) han analizado y por consiguiente establecido la vigencia y la necesidad del respeto del principio de legalidad, García y Morales expresan que existe una distinción entre “el principio de legalidad, en general, y de legalidad penal, en particular, ha sido ampliamente interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se analiza el principio de legalidad desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y dentro del sistema interamericano de protección de derechos humanos¹⁵⁹”.

La CIDH ha abarcado en numerosas jurisprudencias el tema del principio de legalidad y por medio de las cuales se “ha establecido que en un Estado de Derecho “los principios de legalidad e irretroactividad presiden de la actuación de todos los órganos del Estado”,

¹⁵⁷ Op. Cit., GALLANT, p. 319.

¹⁵⁸ AGUIRRE, Restrepo Alejandro. Ricardo Ojeda Omar. Vulneración del principio de legalidad en Colombia por parte de la corte suprema de justicia a partir del año 2010 a 2012. Universidad Libre, Seccional Pereira, 2013, p. 65.

¹⁵⁹ GARCÍA, Ramírez S. y Morales Sánchez J. Consideraciones Sobre el Principio de Legalidad Penal en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Núm. 24, Enero-Junio 2011, p. 195.

pero adquieren especial importancia cuando se ejerce el poder punitivo de éste sobre los gobernados¹⁶⁰”.

La CIDH ha resaltado la importancia de la irretroactividad de la ley penal, es así como en “la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana viene aplicando figuras de derecho penal internacional tales como la irretroactividad, la cooperación judicial entre Estados y la nulidad de amnistías ante crímenes internacionales, así como límites al non bis in ídem y a la irretroactividad de la ley penal. Salvo en el caso de este último, los demás son principios claramente aplicables al Estatuto de Roma¹⁶¹”.

En el caso *Baldeón García Vs Perú*, Silva recuerda en un análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que “el recurso efectivo del artículo 25 de la Convención debe tramitarse conforme a las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8 de ese tratado. De éste, se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación¹⁶². Cuando estos derechos no se garantizan, el Estado tiene responsabilidad por la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial consagrados en la Convención Americana.¹⁶³

¹⁶⁰ *Ibidem.*, GARCIA. p. 215.

¹⁶¹ HERENCIA, Carrasco Salvador. En Kai Ambos, Malarino Ezequiel. *Jurisprudencia Latinoamericana Sobre Derecho Penal Internacional. Con Informes Adicionales de España e Italia.* Georg-August-Universität-Göttingen. Editorial, Konrad Adenauer Stiftung, 2008. p. 237.

¹⁶² CASO, Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.

¹⁶³ En lo referente al tema, Silva afirma que “el Estado no ha proporcionado a los familiares del señor XimenesLopes Vs Brasil, un recurso efectivo para garantizar el acceso a la justicia, la determinación de la verdad de los hechos, la investigación, identificación, procesamiento y, en su caso, la sanción de los responsables y la reparación de las consecuencias de las violaciones. Por lo tanto, el Estado tiene responsabilidad por la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos" Vs Perú del 14 de marzo de 2001 y la de 18 de setiembre de 2003, caso Bulacio, contra Argentina estableció que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humano¹⁶⁴”.

Para el caso Bulacio Vs Argentina, Silva afirma que “En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno, este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial, consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana (Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100; Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211)¹⁶⁵”.

relación con el artículo 1.1 de ese mismo tratado, en perjuicio de las señoras Albertina Viana Lopes e Irene XimenesLopes Miranda”.

SILVA, García Fernando. *Jurisprudencia Interamericana Sobre Derechos Humanos y Criterios Esenciales*. México Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura. 2011, p. 474 y 475.

¹⁶³ Sentencia del caso Barrios Altos Vs Perú. Párrafo 41.

¹⁶⁴ *Ibidem*, Sentencia del caso Barrios Altos Vs Perú. Párrafo 41.

¹⁶⁵ SILVA, García Fernando. *Jurisprudencia Interamericana Sobre Derechos Humanos y Criterios Esenciales*. México Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura. 2011, p. 265.

El análisis de los problemas derivados de la aplicación de la imprescriptibilidad está sujeto a la aplicación en el sistema penal interno de normas destinadas a extinguir la responsabilidad penal, es claro que las altas Cortes al igual que la doctrina nacional y extranjera señalan que la prescripción opera solamente para delitos consagrados en el código penal interno y que no tengan la característica esencial, de poder ser perseguidos en aplicación del derecho penal internacional, es decir aquellos crímenes que comprometen la responsabilidad del Estado de forma directa.

Bien sea por la vía de la Corte penal internacional o por la aplicación del principio de Justicia universal, de tal modo y en concepto de Torres “un Estado puede conocer de un crimen, puede juzgar y ejecutar lo juzgado, siempre que quien cometa un crimen determinado como grave, que tenga que ver con bienes jurídicos necesarios de protección en el ámbito universal y en el Estado en donde se perpetraron los crímenes, o en su país de origen no sea procesado, o no se asuma el caso, o no puedan ser juzgados o no se pueda ejecutar la condena ya sea porque el Estado no quiere o no puede investigar, juzgar y condenar, o bien cuando se hace una burla a la justicia; en esos eventos cualquier país del mundo puede hacer justicia, siempre que lo haga bajo los postulados de la buena fe, la cual se encuentra determinada en el principio 1.5 de los denominados Principios de Princeton¹⁶⁶”.

En opinión de Valencia Villa “el principio de jurisdicción universal consiste en que cualquier Estado tiene autoridad judicial para perseguir, procesar y castigar a los individuos que resulten responsables de graves crímenes internacionales o contra el derecho internacional, incluso aquellos cometidos fuera de su jurisdicción territorial o sin relación alguna con la nacionalidad de los acusados o de las víctimas, puesto que tales delitos, por su atrocidad intrínseca, ofenden a la humanidad entera y desquician el orden público de la comunidad mundial¹⁶⁷”.

¹⁶⁶TORRES, Vásquez H. La extraterritorialidad de la ley penal: el principio de la justicia universal, su aplicación universal en Colombia. Revista Prolegómenos. Derechos y Valores, 2013. 16, 31, 99-115.

¹⁶⁷ VALENCIA Villa H. El genocidio y los crímenes de lesa humanidad ante la nueva Corte Penal Internacional. Uniandes Revista número 7. 2000.

La prescripción de la acción penal produce efectos es así como “impide establecer la responsabilidad penal en la comisión de un ilícito, y la prescripción de la pena produce el efecto de extinguir la responsabilidad penal ya establecida”.¹⁶⁸ Esta cuestión, se ve supeditada a que si se declara la conducta o el delito como imprescriptible la prescripción en ningún caso opera y este como se ha denotado aquí, es un problema debido a la inseguridad jurídica que ocasiona.

Las barreras internas de las acciones penales hechas o iniciadas en contra de los autores de delitos graves como los de desaparición forzada de personas también como de brindar todos los elementos necesarios para las víctimas de dichos crímenes y su reparación.

Un aspecto de singular significado es que tanto la irretroactividad de las leyes en materia penal, lo mismo que el principio de vigencia temporal son dos aspectos que están en coherencia permanente. En España, por ejemplo, la Constitución en su artículo 9. 3 con respecto a los Principios constitucionales, señala que “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”¹⁶⁹ Esto significa que la ley española no puede regular ni tampoco aplicarse sino a aquellos hechos cometidos bajo su período de vigencia temporal (*tempusregitactum*)¹⁷⁰.

Del Río Ferretti afirma que “en cuanto al principio de legalidad se suele decir que la consecuencia penal por la comisión de un delito está prevista en la ley y es a ésta a la que se debe atener el juzgador a la hora de imponer la pena, y no a los actos de

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ, Neira K. C. La prescripción gradual, aplicada a los delitos de lesa humanidad. La experiencia jurisprudencial chilena. Editorial Académica Española. 2012, p12- 13 y 20.

¹⁶⁹ Constitución Española Artículo. Principios Constitucionales. 9. 3.

¹⁷⁰ RUIZ, Antón L. F. El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y la Jurisprudencia. Universidad de Extremadura. 1989. p. 153.

pretensión del acusador. La legalidad de la pena se expresa en que la medida de la misma encuentra su limitación máxima en la ley, y no en actos de “pretensión penal¹⁷¹”. El artículo 787.2 de la ley de enjuiciamiento criminal española traído a colación por Del Río Ferretti, dice que “Si a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el Juez o Tribunal entendiere que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación, dictará sentencia de conformidad¹⁷²”.

La calificación y la correspondiente pena a aplicar debe pasar por un control sobre su legalidad, de hecho es habitual que existan normas que así lo exijan “a través de esta norma se establece un control judicial de legalidad sobre la calificación jurídica y la pena. Dicho control se ejerce sobre los contenidos jurídicos de la conformidad, con independencia de su carácter favorable o desfavorable al acusado, ya que la Ley no distingue ni limita en este aspecto el examen de legalidad, de modo que cabe concluir que el Juez o Tribunal debe verificar en todo caso si la calificación y la pena se corresponden con la legalidad penal, tanto in bonam como in malam partem¹⁷³”.

En esta dirección, como está establecido en Chile, “el principio de legalidad se ha consagrado, otorgándole carácter constitucional. Antiguamente se encontraba consagrado de manera parcial en el artículo 11 de la Constitución de 1925, donde se señalaba: “nadie puede ser condenado si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio¹⁷⁴”.

La retroactividad de la ley penal en concepto de Caballero puede ser favorable debido a que “es un principio general del derecho penal integrado del bloque constitucional de derechos fundamentales. Su eficacia no sólo se agota en el cambio favorable que se pudiere derivar de una ley, en sentido técnico formal, sino que se extiende también a las

¹⁷¹ DEL RÍO, Ferretti Carlos. La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Estudio Comparado del Derecho Español con el chileno. Departamento de Derecho Administrativo y Procesal. Valencia España 2007. p. 316. [Consultado el 02 de Abril de 2015] Disponible en Internet. <http://www.tesisenred.net>.

¹⁷² *Ibidem.*, DEL RÍO. p. 469.

¹⁷³ *Ibidem.*, DEL RÍO. p. 469.

¹⁷⁴ NÁQUIRA, R. J. Principios y Penas en el Derecho Penal Chileno. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. 2008, p. 2.

valoraciones favorables que pudieren surgir en el ordenamiento jurídico cuando tuvieran su origen en una sentencia (del TC) estimatoria de inconstitucionalidad¹⁷⁵”.

Mientras que Náquira citando a Politoff, y otros afirma que en Chile “El principio de legalidad es reconocido en la constitución y leyes. Por su parte, la doctrina nacional lo ha definido como aquel por el cual no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando exista una ley que incrimina el hecho respectivo, estableciendo además, la clase de castigo a que se encuentra sometido¹⁷⁶”.

Del mismo modo, Albán Alencastro afirma que “recientemente en el Ecuador se ha instalado un debate muy importante sobre la imprescriptibilidad de ciertos crímenes que constituyen graves violaciones a los derechos humanos como las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada y la tortura”.

De la misma forma Albán, declara que “hay que destacar que con dicho tratado internacional, el principio de imprescriptibilidad sólo se positivó (se codificó en un texto), no se enunció, ya que la regla de imprescriptibilidad operaba para esa fecha como derecho consuetudinario internacional y de hecho, ya había alcanzado el estatus de norma imperativa (*iuscogens*). Por ende, las disposiciones de prescripción establecidas en la ley interna no podrían aplicarse a aquellos delitos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, con independencia de la fecha en la que se hubiera suscrito o ratificado el tratado antes mencionado o cualquier otro que aborde la misma materia, puesto que tales tratados únicamente codifican una regla de costumbre internacional preexistente, en tal virtud, al invocarse el carácter de imprescriptibles de estos crímenes no se está realizando una aplicación retroactiva de la ley¹⁷⁷”.

¹⁷⁵ CABALLERO, Brun Felipe. Derecho penal sustantivo y efectos en el tiempo de la sentencia del tribunal constitucional que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal. *Revista de derecho (Valdivia) versión On-line. Artículo disponible en: <http://www.scielo.cl>.*

¹⁷⁶ *Ibíd.*, CABALLERO. p. 5.

¹⁷⁷ ALBÁN, Alencastro J. P. Sobre la Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Casos de Graves Violaciones a los DDHH. Pro Homine, Blog de Derechos Humanos y Derecho Internacional. 2013.

Desde otro punto de vista, Albán dice que “en el plano doméstico, la Constitución ecuatoriana que entró en vigencia el 10 de agosto de 1998 ya determinaba en su artículo 23 numeral 2 que “[l]as acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, serán imprescriptibles” (la referencia a esta regla consta todavía en el cuarto inciso del artículo 101 de nuestro Código Penal); y la constitución en vigencia contiene una regla similar en su artículo 80 que establece que “[l]as acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de 58 agresión a un Estado serán imprescriptibles¹⁷⁸”. Además, a partir de la reforma introducida en el año 2010 al código penal ecuatoriano “se incluyó en dicho cuerpo normativo la siguiente disposición: “Art... (114.8) Imprescriptibilidad.- Las acciones y penas previstas para los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, tortura, o crímenes de agresión a un Estado son imprescriptibles¹⁷⁹”.

De otra parte en Perú en el caso seguido contra el dictador Alberto Fujimori, la defensa planteo, “la nulidad de la sentencia entre otros argumentos en razón de haberse violado el principio de legalidad por haberse calificado los hechos como crímenes de lesa humanidad¹⁸⁰”. Por esta razón dicho argumento no fue acogido por el tribunal.

Igualmente, en otro país latinoamericano, específicamente en Venezuela constitucionalmente se “declara que son imprescriptibles las acciones de los “delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra” (artículo 29), Brasil contempla la imprescriptibilidad del crimen de racismo (Constitución Política, artículo 5, inciso XLII) y, en El Salvador, los Códigos penales de 1998 introdujeron la imprescriptibilidad de la acción penal de los siguientes delitos: tortura, actos de terrorismo, secuestro, genocidio, violación de las leyes o costumbres de guerra, desaparición forzada de personas, persecución política, ideológica, racial, por sexo o

¹⁷⁸ *Ibidem.*, ALBÁN. 2013.

¹⁷⁹ *Ibidem.*, ALBÁN. 2013.

¹⁸⁰ FLORABEL, Quispe Remón, Reynaldo Bustamante Alarcón. Derechos humanos y lucha contra la impunidad: El caso Fujimori. Librería-Editorial Dykinson, 2012, p. 118.

religión (arts. 99 del Código penal y 34 del Código procesal penal). Pero, en todos los textos legales en coherencia con los principios que guían e inspiran el Derecho penal de acto, el plazo de prescripción depende de la gravedad del hecho cometido, sin tener en cuenta las características personales del autor¹⁸¹.

Mientras que en México, no solo existe un cuerpo normativo claramente definido y con un aceptable grado de estabilidad, en el cual la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contempla puntualmente los aspectos más trascendentes de todo Estado del derecho moderno. Y los mexicanos lo plasma el principio de legalidad (en sentido estricto) y en consecuencia se encuentra contemplado en los artículos 103 y 107 de la Constitución¹⁸².

1.4.3 La prescripción y la imprescriptibilidad en el derecho penal internacional.

En España el principio de legalidad es concebido como fundamental en el Estado de derecho el mayor garante es el Tribunal Constitucional, y aunque “evidencia el carácter no auto aplicativo (non selfexecuting) de las normas incriminatorias del Derecho penal internacional. Incluso frente a las perspectivas modernas (no hay interpretación literal) se está afectando el núcleo fundamental del principio de legalidad¹⁸³”.

Marín trayendo a colación a La Corte Suprema de Justicia de Argentina la cual “señaló que los delitos de lesa humanidad “nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino”. Cabe recordar que el tribunal se estaba refiriendo a normas legales que justamente contradecían la imprescriptibilidad de tales normas, esto es, el tribunal afirmó, justamente que no importa la normatividad interna,

¹⁸¹ FERNÁNDEZ, Neira, Karinna. La prescripción gradual, aplicada a los delitos de lesa humanidad. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago, Chile 2010, p. 12.

¹⁸² SALAZAR, Ugarte P. Legalidad. Léxico de la Política. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Editorial Fondo de Cultura Económica. México D.F. 2000. p. 392.

¹⁸³ *Ibidem.*, SALAZAR, p. 127 y 128.

tales crímenes, por ser prohibidos por medio de normas de iuscogens siempre fueron imprescriptibles aún desde la perspectiva jurídica interna¹⁸⁴.

Esta posición sobre la prescripción de delitos de lesa humanidad la justicia Argentina es contraria a lo que piensa algún sector doctrinal colombiana. Por ejemplo, para Camacho el cual hace énfasis con “respecto de la prescripción de la acción y de la pena que, si de atenernos a los estándares del Derecho Internacional actuales, supondría acciones y penas imprescriptibles para el genocidio y los más graves crímenes de guerra o de lesa humanidad, de modo tal que no sería suficiente para cumplirlos el aumento previsto en la legislación colombiana interna. Entonces se diría que aún hace falta más para “ponernos a tono¹⁸⁵”. Con el Derecho Internacional, también pasando por remover el obstáculo constitucional.

Este mismo autor opina que si la comunidad internacional o los tribunales internacionales o en los convenios o tratados se opta por un determinado régimen de penas, por ejemplo, cadena perpetua e imprescriptibilidad de acciones y penas, esas son decisiones que se toman en ese ámbito, el del Derecho Internacional, pero no obligan, ni siquiera como recomendaciones a los Estados, que conservan su soberanía y la libertad de configurar su derecho interno como a bien tengan. Por eso, es posible, sin que signifique ningún incumplimiento, que en Colombia la prescripción se regule por el derecho interno según la tradición que prohíbe acciones y penas imprescriptibles, a la vez que el lapso máximo se prevé para los delitos valorados como más graves¹⁸⁶. Como se puede colegir para este Camacho el derecho penal internacional no obliga en absoluto al derecho penal interno.

¹⁸⁴ MARÍN, Ortiz I. La norma obligatoria e inderogable de reconocer y garantizar los derechos humanos es exigible al poder constituyente. *Revista In merito a questarivista*. Editorial Universidad del Rosario. *Estud. Socio-Juríd.*, Bogotá (Colombia), 12(1): 305-336, enero-junio de 2010, p. 331 y 332.

¹⁸⁵ CAMACHO, Flórez J. *Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Penal Interno*. *Revista Iusta*, Número 38 Gennaio, Universidad Santo Tomas. 2013, p. 90.

¹⁸⁶ *Ibidem*. CAMACHO, p. 90.

En la doctrina se encuentra que a nivel internacional, por ejemplo en la legislación penal ecuatoriana no se “refleja internamente los tratados internacionales que ha ratificado. Esto se manifiesta en la insuficiente tipificación de crímenes internacionales como genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra¹⁸⁷”. E igualmente, se señala que, “el genocidio no está tipificado en el ordenamiento jurídico penal pero se consagra la imprescriptibilidad de la acción y de la pena para este crimen en la Constitución. En lo que concierne a los crímenes de lesa humanidad, solamente la detención arbitraria y la tortura tienen cierto desarrollo normativo.

El caso del asesinato y algunos crímenes de violencia sexual son especiales, puesto que fueron adoptados como delitos comunes, sin tomar como base los tratados internacionales sobre la materia ni mucho menos emplear el concepto de sistemático o generalizado propio de los crímenes de lesa humanidad bajo el Estatuto de Roma¹⁸⁸”. Este mismo autor, señala con acierto que, “Ecuador es el único país de la región andina que en su Constitución Política contempla explícitamente figuras como la imprescriptibilidad y la nulidad de amnistías para crímenes internacionales como el genocidio y algunos de lesa humanidad, consagradas en el artículo 23.2. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional solamente ha hecho referencia a la figura de la imprescriptibilidad con respecto al plazo que se tiene para entablar una acción de inconstitucionalidad de una norma, figura propia del derecho constitucional¹⁸⁹”.

En Bolivia y desde el 5 de mayo de 1999 este país “ratificó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la cual consagra la imprescriptibilidad de la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas¹⁹⁰”. De este modo se ve que el Estado tiene la obligación tanto de eliminar Las barreras internas de las acciones

¹⁸⁷ HERENCIA, Carrasco Salvador. En Kai Ambos, Malarino Ezequiel. *Jurisprudencia Latinoamericana Sobre Derecho Penal Internacional. Con Informes Adicionales de España e Italia.* Georg-August-Universität-Göttingen. Editorial, Konrad Adenauer Stiftung. 2008. p. 226.

¹⁸⁸ *Ibidem.*, HERENCIA, p. 227.

¹⁸⁹ *Ibidem.*, HERENCIA, p. 232.

¹⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C. Número 92. (p. 31 y 32).

penales hechas o iniciadas en contra de los autores de delitos graves como los de desaparición forzada de personas también como de brindar todos los elementos necesarios para las víctimas de dichos crímenes y su reparación.

Los tribunales internacionales de carácter permanente solo han existido hasta nuestros tiempos, al menos, descontando que existe el principio de justicia universal, es con la aparición del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Es a partir de ahí, el momento en el que nace lo que probablemente sea un tribunal que acate y haga respetar el principio de legalidad, el cual teóricamente no se violará. Al respecto Cáceres analiza que “el Estatuto de Roma funcionara primordialmente respecto de aquellos estados que lo firmen y ratifiquen o se adhieran a él. Además de esta vía estrictamente consensual, existe una vía de atribución de jurisdicción extraordinaria, en el supuesto de que el Consejo de Seguridad transmita una situación concreta al conocimiento de la Corte, en cuyo caso no se exige ningún requisito de consentimiento por parte del Estado o Estados afectados¹⁹¹”.

Según Córdoba Triviño¹⁹², aproximadamente desde el año 1990 empezó a darse un renacimiento de los esfuerzos codificadores de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, esto como consecuencia de las discusiones que se presentaron desde 1948 y sobre la base de los proyectos de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954, 1991 y 1996, comenzó a tomar fuerza la creación del Tribunal Internacional, el cual presentó un documento final en abril de 1998 para que fuera discutido por la reunión de plenipotenciarios en los meses de junio y julio en 1998, en la ciudad de Roma, en Italia. Este proyecto de creación de este organismo de Justicia Internacional contó con la aprobación de 120 países, entre los cuales se encuentra el Estado Colombiano y con 20 abstenciones de países como los Estados Unidos, China, India, Israel, Sudán, Libia y Qatar.

¹⁹¹ CÁCERES, Ruiz Luis. La Corte Penal Internacional: el Estatuto de Roma. Editorial Visión Net. Madrid España. p. 28.

¹⁹² CÓRDOBA, Triviño, J. Derecho Penal Internacional. Estudio de los delitos de genocidio, lesa humanidad y de los crímenes de guerra. Con referencia al nuevo Código Penal. Bogotá, Ibáñez. 2001. pp. 59-60.

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. Sin embargo, 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. Ya desde la Segunda Guerra Mundial la Comisión de Derecho Internacional intentó en varias ocasiones, todas frustradas, la Codificación mediante un Código de estos crímenes de lesa humanidad¹⁹³. Sin embargo, esto se logró en el Estatuto de Roma al definir de manera completa este delito internacional.

Finalmente, el 17 de julio de 1998 se adoptó en el pleno, con 120 votos a favor, el Estatuto de Roma, 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)¹⁹⁴.

Por tanto, el Estatuto es el documento central del derecho penal internacional en el cual se formulan los principios jurídicos [del sistema], desarrolla un novedoso derecho procesal Werle,¹⁹⁵ y amplía el ámbito de regulación más allá de los fundamentos jurídico-materiales a otras zonas accesorias del Derecho Penal (Derecho sancionatorio,

¹⁹³ GARCÍA, Sánchez M.B. Los Crímenes Contra La Humanidad: Regulación Española Ante la Adopción del Estatuto de Roma de 1998. Vol. 12. p. 8.

¹⁹⁴ HUERTAS, Díaz Omar. El Debate de la Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad en Colombia. Derechos Humanos Democracia y Ambiente. 2013. p. 21.

¹⁹⁵ WERLE, G. Tratado de Derecho Penal Internacional. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2005, pp. 67, 70-72, 74.

ejecución penal, cooperación internacional y asistencia judicial) y a cuestiones de organización judicial¹⁹⁶.

Con la entrada en vigor del Estatuto de Roma el 1 de julio de 2002 y la institución de la Corte Penal Internacional (CPI), 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 CPI.

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.

¹⁹⁶ AMBOS, K. La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática. (E. Malarino, Trad.) Bogotá: Temis.2006, p. 20.

1.4.4 Principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

En este trabajo se encuentran una serie de concepciones sobre los efectos de la imprescriptibilidad de la acción o de la pena en materia penal en la doctrina y sobre todo en las decisiones judiciales en materia penal en el derecho contemporáneo.

La discusión se puede centrar a que se acepten los efectos de la imprescriptibilidad, para conductas cometidas con anterioridad a la fecha de la ratificación del Estatuto de Roma. Es tan cierto que en la doctrina internacional, no existe límite para la utilización del principio de imprescriptibilidad, así pues es posible sancionar conductas por crímenes de naturaleza internacional aun cuando no estuviesen previstos con anterioridad en el derecho penal interno, pero si en tratados o acuerdos internacionales suscritos o ratificados por Colombia.

Es destacable que el artículo 29 del Estatuto de Roma consagre 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”. Desde esta perspectiva, 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, y que son fundamento del derecho penal.

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 parte¹⁹⁷. Por otro lado para Gamboa “La Corte Penal Internacional es la encargada de garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera, cuando los Estados concernidos no quieran o no puedan juzgar a los responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o agresión.

¹⁹⁷Op.Cit., WERLE, 2005, pp. 138-141.

En esta dirección continua diciendo que, “los crímenes de lesa humanidad son crímenes que se originan en la vulneración consiente, sistemática y masiva de los derechos humanos de la población civil¹⁹⁸”. Sandoval Mesa trae a colación a Rodríguez y Prieto los cuales “advirtieron en primer lugar, que en el Estatuto de Roma se verifica el gran paso en cuanto al respeto de la garantía fundamental del principio de legalidad. En su criterio, quizás ello se debe a una evolución desde la conceptualización del tipo penal como un simple elemento determinante de la competencia material, hacia la proclamación de una garantía penal, es decir de normas penales que satisfagan la garantía criminal de la ley escrita, previa y taxativa de la conducta incriminada.” Vale aclarar que también que en el Estatuto de Roma se desconoce por completo el principio de legalidad penal y criminal puesto que se permite que los delitos considerados de Lesa Humanidad y la persecución a los mismos se realicen según Gómez “bajo el contexto de conductas que no están descritas de manera estricta, previa y cierta¹⁹⁹”.

Va quedando claro que es a través de la CPI que se ve menos resquebrajada la legalidad como principio, esta cuestión se da en la medida que, y tal como lo recuerda Botero “en suma, la CPI es competente para conocer de la comisión de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y agresión en aquellos casos en los cuales el sistema judicial es incapaz de operar; cuando el Estado no puede o no quiere inicial la acción penal; o, cuando el proceso judicial es adelantado con el propósito real de dejar en la impunidad los crímenes cometidos. Esto se puede producir bien por la existencia de leyes de amnistía parcial o total, por indultos propios o impropios, o por la falta de voluntad o de capacidad del Estado para adelantar procesos de responsabilidad penal, de conformidad con los estándares mínimos internacionales²⁰⁰”. El aspecto de evitar la impunidad no es únicamente el loable fin de la CPI, lo es también que sea competente

¹⁹⁸ GAMBOA, Tapias C. Justicia Transicional Justicia y Praxis. Botero Marino C. Derecho penal internacional y justicia de transición ¿Estamos condenados a repetir incesantemente la historia trágica de la muerte y la doncella? Editorial Universidad del Rosario. 2006, p. 300.

¹⁹⁹ GÓMEZ, J.O. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Bogotá, Colombia. Ediciones doctrina y ley LTDA. 2001, p. 698.

²⁰⁰ Op.Cit., GAMBOA. 2006, pp. 302 y 303.

para juzgar crímenes que en definitiva son definir con meridiana claridad la legalidad. Así sucede por ejemplo en cuanto a los crímenes de lesa humanidad.

Para un mejor entendimiento de los crímenes de lesa humanidad y su evolución en medio del derecho penal, hay que señalar que estas construcciones conceptuales, en principio de carácter académico y doctrinal, fueron incluidas en los tratados y acuerdos internacionales, que han tenido en como fin “la penalización dentro de la esfera universal, de cierto tipo de conductas que puedan ser perseguidas por distintas jurisdicciones, bien sea nacionales o internacionales, con el objeto de evitar la impunidad de estos delitos. La idea fundamental que sustenta estos delitos perseguidos internacionalmente reside en la creación de una jurisdicción internacional, que permite a un Estado perseguir al culpable fuera de su jurisdicción nacional, pero al mismo tiempo facilitar a otro estado socio en el tratado perseguirlo en su territorio, evitando así la impunidad que caracterizó una buena parte de estos delitos en el siglo XX²⁰¹”.

Se hablaba en el apartado anterior los crímenes de lesa humanidad, estos son para algunos autores definidos por el cumplimiento de cierto requisitos, esos elementos esenciales para la definición de crimen contra la humanidad son “en primer lugar: *un criterio de orden material*, que es la comisión, en el marco de un ataque masivo o sistemático contra la población civil, de uno de los crímenes enumerados; en *segundo término*, un criterio de orden moral: la consciencia de participar en tal ataque²⁰²”.

En opinión de Bolívar “los crímenes de lesa humanidad son crímenes internacionales, pero en el fondo son delitos comunes, como el homicidio, la tortura, la privación ilegal de la libertad, entre otros, siempre punibles por la legislación interna de cada Estado²⁰³”. Es claro que el concepto de crímenes de lesa humanidad “surge en la forma de una noción suplementaria a la de los crímenes de guerra, pues según el Acuerdo de Londres de

²⁰¹ SAINZ, Borgo J.C. Lesa Humanidad y la Práctica del Estado Venezolano. Centro de Estudios de Derechos Humanos Universidad Central de Venezuela, 2007. p.4 y 5.

²⁰² LÓPEZ, Díaz C. y Otros. Jurisprudencia Internacional aplicable en Colombia. Ediciones Uniandes Bogotá, 2011 p. 271 y 272.

²⁰³ BOLÍVAR, Mojica E. Crímenes de Lesa Humanidad en el Derecho Penal Internacional. Universidad Santo Tomas. Revista Principia Iuris N°.15, 2011, p. 161 a 163.

1945 sólo podría hablarse de crímenes de lesa humanidad cuando ellos estuviesen en conexión con crímenes de guerra y en los casos en que la víctima fuera un nacional de Alemania o de un país neutral²⁰⁴. Así mismo agrega, que para estos delitos en cuanto se refiere a su juzgamiento, “rige el principio de la “jurisdicción universal”, y la regla *autdedere, autjudicare* –juzgar o entregar para que otro juzgue-, dado que es aceptado que el crimen tiene a la humanidad entera como víctima, y da lugar a que cualquier estado, a través de sus tribunales nacionales, juzgue los hechos, satisfaciendo de esta manera la expectativa que la comunidad internacional tiene en que los autores sean efectivamente juzgados y penados²⁰⁵.

El principio *autdedereautjudicare*, significa que se investiga o extradita, este principio obliga al Estado colombiano (o cualquier Estado), porque si no tiene capacidad el Estado colombiano de investigar o si bien, no está en la capacidad de hacer justicia, ya sea porque no puede o porque no quiere, o hace un remedo de justicia, tal cual como se hizo con la ley 975 de 2005, cualquier tribunal, juez o fiscal del mundo puede hacer justicia, fundamentando en el principio de justicia universal²⁰⁶. Para Ambos, los crímenes de lesa humanidad “intentan proporcionar una protección penal en contra de la transgresión a las leyes más básicas para la protección de nuestra individualidad como seres políticos y nuestra sociabilidad como miembros - de nuevo - de las comunidades políticas²⁰⁷”. En este sentido, se puede decir que durante el transcurso de los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, y particularmente, “los años siguientes a los Juicios de Núremberg, ha habido una tendencia generalizada a reiterar y fortalecer la práctica de los Estados en relación con el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

²⁰⁴ OCHOA, Sánchez Juan Carlos. Un análisis crítico de cómo opera el derecho de los derechos humanos. Universidad Javeriana. Ciencias Jurídicas. Bogotá. 2011, p. 115.

²⁰⁵ *Ibidem.*, BOLÍVAR, p. 161 a 163.

²⁰⁶ Al respecto véase: HUERTAS, Díaz Omar, Torres Vásquez Henry, El principio de jurisdicción o justicia universal. Instrumento jurídico para combatir la impunidad de delitos de extrema gravedad en el ámbito internacional, editorial Ibáñez. 2011.

²⁰⁷ AMBOS, Kai, Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional. Revista General de Derecho Penal, 2012. p.5.

Es claro que ha habido un enorme impacto en el transcurrir de los derechos humanos y que del mismo modo, ha sucedido una evolución y un desarrollo normativo, tanto internacional como nacional, del principio de imprescriptibilidad²⁰⁸.

En el artículo 28 sobre el Derecho de los Tratados de 1969 se señala que: “Irretroactividad de los tratados. Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.” Aunque puede suceder que algunas conductas ya estuvieran tipificadas en el derecho penal interno y no en el derecho internacional o que lo haya estado en el derecho internacional y no en el derecho interno con lo cual en ambos casos es factible demandar la imprescriptibilidad. Para Ferreira “La imprescriptibilidad surge históricamente como intento de evitar la impunidad de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia de un vasto movimiento de opinión mundial que, a partir de la década del 60, comenzó a bregar para que no se aplicaran los plazos de prescripción común en tales supuestos²⁰⁹”.

Como se sabe la Imprescriptibilidad de los delitos de Lesa Humanidad parten de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los crímenes de Lesa Humanidad, la cual fue celebrada en el año 1968, en donde en dicho convenio se establece que los todas esas acciones que permitan la comisión crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz tienen el carácter de imprescriptibles.

Es importante hacer mención que históricamente la imprescriptibilidad tiene su génesis en el derecho anglosajón clásico, en este el derecho se expresaba que mediante el aforismo *nullumtempusoccuritregis* que significaba que el tiempo no marchaba para el

²⁰⁸ AGUILAR, Cavallo G. Crímenes Internacionales y la Imprescriptibilidad de la Acción Penal y Civil: Referencia al Caso Chileno. *Ius et Praxis* v.14 n.2 Talca. 2008.

²⁰⁹ FERREIRA, Marcelo. Crímenes de Lesa Humanidad: Fundamentos y ámbito de validez. 2007, p. 27

Rey; no obstante ello tampoco permitía que en cualquier momento podía iniciarse una acción con el fin de sancionar un delito de carácter imprescriptible. Así mismo, se obliga a que los Estados Parte de esta Convención deberán adoptar las medidas de acoplamiento del instrumento internacional a su legislación interna

También es de tenerse en cuenta que el bien jurídico tutelado según López y otros “es aquel se debe identificar cuál es el bien jurídico amparado por los crímenes de lesa humanidad no es tarea sencilla. En efecto, es preciso partir de la constatación de que bajo tal denominación se suele incluir una notoria diversidad de comportamientos (verbigracia, asesinato, exterminio, violación, desaparición forzada, apartheid, tortura, etcétera), que en los respectivos derechos penales internos atentan contra distintos bienes jurídicos tutelados, tales como la vida y la integridad personal, la libertad sexual, la libertad personal, la igualdad y la dignidad humana, entre otros. Igualmente es de aclarar que “si bien cada uno de los comportamientos que pueden llegar a ser calificados o rotulados como “crimen de lesa humanidad” vulnera uno o varios bienes jurídicos desde la perspectiva del derecho interno del respectivo país donde se cometieron, lo cierto es que se entiende que, igualmente, vulneran bienes jurídicos amparados por la legalidad internacional, y en consecuencia, la víctima no sería el ser humano considerado aisladamente, sino la humanidad²¹⁰”.

Esa vulneración complica por supuesto hablar de legalidad absoluta ya que permite una laxa interpretación del bien jurídico protegido. Delgado y Martínez, trayendo a colación y siguiendo la doctrina de Robinson, “reconoce que los elementos definitorios de este concepto (de crímenes de lesa humanidad) hacen referencia a los siguientes aspectos: a.- La ausencia del requisito de la conexión con un conflicto armado; b.- El carácter generalizado o sistemático del ataque contra una población civil; c.- La ausencia del requisito de la existencia de motivos discriminatorios; y d.- El elemento subjetivo del conocimiento de dicho ataque²¹¹”.

²¹⁰ LÓPEZ, Díaz C, Cardona Chaves J.P, Guerrero Torres A, y Otros. (2011) Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable en Colombia. Ediciones Uniandes. p. 285.

²¹¹ LIROLA, Delgado Isabel y Martínez Magdalena Martín. La Corte Penal Internacional, Justicia versus Impunidad. 1º edición– Barcelona, España: Editorial Ariel S.A., 2001, p. 39. (p. 149, 150).

La irretroactividad de las leyes penales y el principio en vigencia temporal deben operar como dos reglas necesitadas de coordinación. Para Vives Antón, su plena correspondencia es privativa de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 de la Constitución). En los dos casos la ley no puede regular ni tampoco aplicarse sino a aquellos hechos cometidos bajo su periodo de vigencia temporal. (*tempus regit actum*)²¹².

El principio de irretroactividad en opinión de Ruiz “supone admitir el pleno efecto de la ley más benigna, incluso aunque este derogada, tanto si los hechos se cometieron estando en vigor, como si las consecuencias que generó o pudo generar su aplicación son más beneficiosas frente a la ley posterior más severa. De otro modo resulta inevitable pensar el espectro de un legislador que modifica expresamente y con carácter agravatorio la ley sin respetar los dogmas de seguridad y generalidad.

Este autor agrega que este principio “está vedado aplicar una ley desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, al mismo tiempo expresa que los efectos de una ley perjudicial cesan cuando ha terminado su imperio, bien porque en una sucesión de leyes se contempla la situación más benignamente o porque deja de contemplarse sin más²¹³”.

En concepto de Mejía se debe aplicar la ley más favorable como corolario “del principio de mera legalidad es la irretroactividad de la ley penal, pues los actos cometidos con anterioridad a la vigencia de una ley que posteriormente los consideró como delitos, no transgredieron en su momento ninguna ley. Sin embargo, nada se opone a la aplicación de la ley más benigna a los actos cometidos con anterioridad a su vigencia, pues la función de garantía del principio de legalidad penal en el estado constitucional de derecho, opera es como un límite al poder penal, -cuando se va a imponer pena o más

²¹² RUIZ, Antón Luis F. El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y la Jurisprudencia. Universidad de Extremadura, 1989. p. 153.

²¹³ *Ibidem.*, RUIZ, 1989. p. 154.

pena, no cuando se va a absolver o no se va a imponer pena-, y no, como una obligación de penar²¹⁴”.

Es así como dentro del principio de irretroactividad lo que busca es beneficiar al acusado, imputado o condenado imponiéndole la pena más favorable inclusive cuando el acto delictivo se haya cometido con anterioridad y el tipo penal haya sido derogado por una ley posterior y de esta forma aplicarle la normativa que le sea más beneficiosa. Se considera la *retroactividad de la ley penal favorable* como un principio y no como una excepción a la general irretroactividad que se acostumbra a predicar de las leyes penales. “Ello por cuanto estimamos que –frente al problema de la sucesión temporal de leyes susceptibles de ser aplicadas en el juzgamiento penal de un hecho– la solución derivada del *bloque constitucional de derechos fundamentales* es siempre la aplicación de aquella norma que resulte más favorable para el destinatario de la sanción (independientemente de su vinculación temporal, anterior o posterior, con la comisión o del hecho).

De este modo la *retroactividad de la ley penal favorable* se convierte en una institución mucho más relevante que una mera excepción a la irretroactividad; y, por lo tanto, pasa a constituirse en la base fundamentadora que guía de modo general las respuestas constitucionalmente posibles de ser ensayadas en los problemas de intertemporalidad que se presentan en el derecho penal²¹⁵”.

En cuanto a lo que tiene que ver con el principio de retroactividad favorable este no alcanza a entrar en pugna con la seguridad jurídica; porque en los casos a los cuales se aplica la retroactividad (favorable) la seguridad jurídica ha dejado de ser necesaria, carece de finalidad protectora.

²¹⁴ MEJÍA, Luz María. El debilitamiento del principio de legalidad penal en las decisiones de control de constitucionalidad de la corte constitucional colombiana. Revista Nuevo Foro Penal Vol. 7, No. 78, Universidad EAFIT, Medellín, 2012, p. 116-117.

²¹⁵ CABALLERO, BrunFelipe. Derecho Penal Sustantivo y Efectos en el Tiempo de la Sentencia del Tribunal Constitucional que Declara la Inconstitucionalidad de un Precepto Legal. Revista de Derecho, Valdivia. Volumen. XIX N°2, 2006, p. 163 y 164.

La seguridad jurídica esta directamente relacionada con derechos fundamentales “en todo caso obsérvese que la configuración del principio de legalidad penal y su consiguiente característica general de irretroactividad, en esencia, pretende también seguridad jurídica. Busca proteger al ciudadano respecto del ejercicio sorpresivo del *ius puniendi*. Esta función de la seguridad jurídica –inherente a la prohibición de retroactividad de las normas penales– pierde su razón de ser cuando se quiere impedir que se sigan restringiendo los derechos fundamentales de los ciudadanos en los casos en que el ordenamiento jurídico-penal ya no lo considera necesario, o que subsistan sanciones cuya gravedad ha sido cuantitativa o cualitativamente disminuida²¹⁶”.

Igualmente, “se ha sostenido que si lo que el principio de irretroactividad de la ley penal busca es evitar que los ciudadanos se vean sorprendidos por actuaciones imprevistas e imprevisibles de los poderes del Estado, resulta absolutamente exigible su extensión a las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo²¹⁷”.

Además de lo dicho, también se encuentra que existe otra excepción al principio de irretroactividad la cual ocurre cuando, durante el proceso se dicta una ley más gravosa para el imputado en cuyo caso la ley derogada mantiene su vigencia por ser más benigna. A esto último se lo denomina Ultra actividad de la ley penal. “El principio de irretroactividad alcanza también a los efectos o consecuencias generados por la aplicación de la ley más favorable aunque efectivamente se produzca estando ya en vigor la más gravosa²¹⁸”.

²¹⁶ CABALLERO, Brun. Felipe. Derecho Penal Sustantivo y Efectos en el Tiempo de la Sentencia del Tribunal Constitucional que Declara la Inconstitucionalidad de un Precepto Legal. Revista de Derecho, Valdivia. Volumen XIX- Nº 2. 2006. p. 177.

²¹⁷ OLIVER, Calderón G. ¿Irretroactividad de Jurisprudencia Penal? Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIV Valparaíso, Chile. 2003, p. 362.

²¹⁸ RUIZ, Antón L. F. El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y la Jurisprudencia. Universidad de Extremadura. 1989, p. 155.

La irretroactividad también ha pasado a ser parte de ese Derecho consuetudinario internacional en tanto que se encuentra descrita en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En la permanente evolución de la interpretación del principio legalidad, este ha sido analizado en el derecho penal interno e inclusive en el derecho penal internacional se asume que el principio de legalidad “no queda completamente satisfecho con la existencia, previa al hecho, del delito de secuestro de persona o de los diferentes delitos que la jurisprudencia aplica conjuntamente para construir el delito de desaparición forzada²¹⁹”. Aun así no es el único caso en el que desde el ámbito internacional se alusión a la legalidad.

Se argumenta que se ha ido flexibilizando el principio de legalidad como tal “la experiencia más temprana de la flexibilización o redefinición del principio de legalidad a escala internacional se vivió en los procesos de Núremberg, regidos por unos principios, el primero de los cuales advierte: “Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción”. Y en el principio II se estipula que: “El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.”

Por su parte, en los “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad” se leen lo siguiente:

1. Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes

²¹⁹ MALARINO, E. El Crimen Contra la Humanidad de Desaparición Forzada de Personas en la Jurisprudencia Argentina: Algunos Problemas en Relación con el Principio de Legalidad Penal. Perspectiva iberoamericana Sobre la Justicia Penal Internacional. Publicado por el Instituto Iberoamericano de la Haya. 2014, p. 138.

serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.

2. Todo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad²²⁰. Los crímenes contra la humanidad 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, impide la formación de la memoria, la cual no tiene función esencial regodearse en el pasado, sino alimentar el presente y preparar el futuro²²¹.

En opinión de la tratadista mexicana Rosario Bailón “la acción penal es la facultad que la ley concede al Ministerio Público para acudir a los tribunales para pedir la aplicación de la ley penal a un caso concreto²²²”.

Describiendo entonces que tanto la prohibición de la acción como la sanción máxima que habrá de imponerse deberá conocerse y aplicarse en el momento en el que se cometió el ilícito. Por tanto estipula que una acción no puede ser delito si este no está contenido como tal en el Derecho Internacional al momento en que se llevó a cabo.

No obstante cuando así se considera se da una versión diferente del principio de legalidad, luego entonces esa acción podrá ser sancionada con una ley posterior que abarque y/o alcance la pena que se tenía para el momento en que el que se cometió el delito.

²²⁰ VELÁSQUEZ, V F. La Flexibilidad del Principio de Legalidad y los Crímenes que Agravan a la Humanidad. Cuadernos de Derecho Penal, 2012, p. 95 y 96.

²²¹ GARCÍA, a. M. & López D. Coord. Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El caso Pinochet. Valencia, España. Tirant lo Blanch. 2000, p. 49.

²²² BAILÓN, Valdovinos Rosario. Derecho Procesal Penal. México. Editorial Limusa. S.A.2003. p. 49.

Igualmente, las diferentes interpretaciones del derecho consuetudinario y del common law han permitido castigar delitos que no habían castigados ni condenados anteriormente siempre cuando sí, y solo si, el autor de la conducta delictiva puede prever que dicha conducta tenía tal connotación de acuerdo al common law y/o al Derecho internacional vigente para el momento en que la cometió.

CAPÍTULO. TEORÍA DE LA LEGALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA COLOMBIANA.

1.5 Introducción.

En primer lugar, de acuerdo con el análisis realizado en el capítulo anterior, se conoce de antemano que un Estado Social y Democrático de Derecho debe garantizar que el principio de legalidad penal tenga prevalencia dentro del ordenamiento jurídico, en razón a que es un principio constitucional y garante de los elementos más importantes de la ley penal; así como del derecho fundamental a un debido proceso en el cual se debe evitar la arbitrariedad de toda la maquinaria punitiva en una posible utilización de leyes imprecisas o aplicadas de forma retroactiva.

En segundo lugar, teniendo en cuenta lo ya mencionado, cabe resaltar que en el presente capítulo se ahonda en las excepciones o principales contraposiciones al principio de legalidad penal; (sin embargo, el tema específico del principio de legalidad en justicia transicional será objeto de estudio del capítulo tres); este es un compendio teórico, doctrinal y jurisprudencial en el cual se pretende estudiar el principio de legalidad penal desde la óptica nacional y extranjera para ello y, especialmente, con el fin de continuar con el eje transversal del trabajo se analizan sus elementos, (*scripta, certa, praevia, stricta*), en el ya indicado ámbito nacional e internacional. Todo lo cual tiene como objetivo el conocer de forma adecuada la importancia que tiene el principio de legalidad penal, pero esencialmente la manera en cómo está compuesto e interpretado y aplicado en la Cortes Colombianas, de la misma forma en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo anterior permite determinar las posiciones teóricas, las armonías o coincidencias y las posibles tensiones de diferentes órganos judiciales, esto último imprescindible cuando se desea conocer todas las posturas en cuanto a este tema. Siendo trasversal a estos temas al justicia transicional aplicada en Colombia. Según Uprimny existen cuatro modelos de transición que son: “el de perdones amnésicos, el de transiciones punitivas, el de perdones

compensadores y el de perdones responsabilizantes²²³". Al efecto se trae a colación a Uprimny quien afirma que: "la justicia transicional para agentes estatales solo es posible en el marco de una negociación global de paz y tiene que estar cuidadosamente diseñada para que no se convierta en una autoamnistía frente a crímenes graves, ni desconozca los deberes especiales que los agentes estatales tienen frente a los derechos humanos²²⁴".

Así las cosas, el contenido de este capítulo es un compendio de cuatro apartados que en su conjunto determinan una exploración al principio de legalidad desde la óptica de las teorías existentes en torno al tema.

Bajo esos parámetros un acápite va encaminado a estudiar la doctrina tanto nacional como extranjera; otro a las teorías existentes, del mismo modo un tercero, analiza la jurisprudencia nacional y un cuarto está destinado a la jurisprudencia internacional.

Cada uno de estos acápites tiene referencias a la más docta base científica en el ámbito interno y externo, respecto al derecho penal contemporáneo, el cual se adelanta es profundamente detallado a lo largo del presente trabajo.

1.6 Apartado I

1.6.1 Legalidad en materia penal.

1.6.2 Introducción.

Cuando se alude al derecho penal se encuentra que está compuesto de una fuerte carga emotiva, moral, social etcétera; empero, la ley establece y contiene lo que es delito, y no la moral, o la costumbre, o los actos emanados de otra autoridad diferente a la competente para hacer las leyes cumpliendo así una función de garantía, es decir "el

²²³Uprimny Yepes, Rodrigo, Justicia para la paz crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada, Editorial Colección de justicia, Bogotá 2014, p. 92.

²²⁴ Ibídem. Uprimny. 2014, p.148.

principio de mera legalidad, asociado con la vigencia de la ley, enunciado por el axioma, funciona como un primer grado de garantía de la ley penal en el estado constitucional de derecho, que vincula al juez, obligándolo a considerar como delito únicamente lo que la ley dice que es delito²²⁵.

Uno de los principales problemas del derecho penal y concretamente del principio de legalidad de esta rama del derecho, y que por supuesto es importante entender que no hay mayores teorizaciones así sean de carácter general en las cuales se tenga “en cuenta el significado jurídico-político de la legalidad en el actual diseño institucional. Igualmente, las pretendidas interpretaciones del principio de legalidad, orientadas a los fines del Derecho penal, han sido insuficientes para explicar la aglomeración de problemas que involucra al principio de legalidad en relación a los tipos penales y a las eximentes²²⁶”. Esta situación, no es por supuesto ajena a otros principios del derecho penal, sin embargo dado su carácter, invita a elaborar investigaciones que sirvan de reflexión sobre el tema en cuestión. Barbosa señala que en el principio de legalidad, en su concepción original, hay “separación de derecho y moral, reconocimiento de la dignidad humana, la igualdad de todas las personas ante la ley, sometimiento de todos a la ley -incluido el Estado y los gobernantes-, separación de los poderes públicos, etc²²⁷”.

Por esta razón, es importante destacar a Vives quien trayendo a colación a Von Listz, afirma que el Código Penal además de ser “la Carta Magna del delincuente”, tiene una aplicación *erga omnes*, es decir, con efectos para todos los ciudadanos, siendo imprescindible que se realice una interpretación sumamente rigurosa respecto a ésta con

²²⁵ MEJÍA, Luz María. El debilitamiento del principio de legalidad penal en las decisiones de control de constitucionalidad de la corte constitucional colombiana. Revista Nuevo Foro Penal Vol. 7, No. 78, Universidad EAFIT, Medellín, 2012, p. 116.

²²⁶ MONTIEL, Fernández, Juan Pablo. Fundamentos y límites de la analogía *in bonam partem* en el derecho penal. Universitat Pompeu Fabra. Departament de Dret Barcelona. 2008, p. 12.

²²⁷ BARBOSA, Castillo Gerardo. Principio de legalidad y proceso penal. Versión resumida de la conferencia en las XVII Jornadas Internacionales de derecho Penal, Universidad externado de Colombia. Bogotá, 2005, p. 123

el fin de que se apliquen efectivamente las garantías de las que goza²²⁸, en especial lo referente al principio de legalidad.

Desde el ámbito superior se encuentra en el artículo 29 de la Carta Política de Colombia, así: “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso²²⁹”.

Este artículo que destaca un derecho fundamental, no es exclusivo de la Constitución; igualmente se coincide con Camargo, quien señala que “la presunción de inocencia ha sido discutida como parte del debido proceso el cual está taxativamente establecido en el artículo 29 de la Constitución colombiana allí también se encuentran “otras garantías como la de la legalidad de las penas, la irretroactividad de la ley penal, juez natural, acatamiento irrestricto de los procedimientos e instancias que establezca la ley procesal, y el derecho a la defensa²³⁰”. Desde el ámbito legal se encuentra en los artículos 6 del código penal y 6 del código de procedimiento penal. Demostrándose así que del principio

²²⁸ VIVES, Antón Tomás. Principios Penales y Dogmática Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General) Derecho y Cambio Social, p. 3.

²²⁹ Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

²³⁰ MATYAS, Camargo E. Problemas en la Regulación e Interpretación de la Presunción de Inocencia en la Ley 906 de 2004. Corporación Universitaria Republicana. Revista Republicana. núm. 9. 2010, p. 25.

de legalidad surgen obligaciones de aplicación tanto en lo sustantivo como en lo procesal y de ejecución penal.

En consecuencia en esta apartado se alude a al principio de legalidad, a la postura que al respecto tiene la doctrina y a la división del mencionado principio. De acuerdo con esto, a continuación se realiza un recorrido histórico del principio de legalidad para tener en cuenta la importancia en la sociedad y para el derecho penal de la evolución del mismo.

1.6.3 Historia del principio de legalidad.

Para llegar a una formulación satisfactoria y para poder asegurar coherencia, es obligado recurrir a la historia del principio de legalidad y de la legalidad en sí misma. Una vez analizada ésta, es indispensable estudiar la imprescriptibilidad, además es fundamental definir los ámbitos en los cuales se ha movido la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera en los últimos años y a partir de allí, desarrollar la fundamentación que rige el tema investigado.

Cabe mencionar así, que el principio *nulla poena sine lege*, hace parte fundamental del principio de legalidad y de la misma evolución del derecho escrito, tal como lo recuerda Velásquez en el “epílogo del Código de Hammurabi (año 1700 a. C. aprox.) se encuentran sorprendentes consagraciones, muy próximas a la actual concepción del derecho, según las cuales se asegura “la protección de los ciudadanos a partir de un derecho escrito y accesible a todos²³¹”.

Así pues, se enfatiza que el principio de legalidad tiene su mayor desarrollo durante el Estado feudal, en este régimen coexistió una participación conjunta de diferentes grupos e instituciones y grupos tradicionales que poseían cierto poder en el sistema. En consecuencia de ello existía una soberanía fragmentada la cual conllevó a generar un ambiente propicio para una crisis de índole social, política y económica.

No obstante, fue precisamente durante la época feudal en donde se produjo uno de los documentos más trascendentales para los derechos humanos y para la limitación del

²³¹ VELÁSQUEZ, Velásquez Fernando. “Derecho penal subjetivo y sus límites”. En: Derecho penal parte general. Comlibros, Bogotá, 2009, p. 173.

poder del rey, en Inglaterra la llamada “Carta Magna de 1215 de Juan Sin Tierra”. Dicha Carta fue firmada por los señores feudales y el soberano Juan sin tierra; y dio inicio al reconocimiento de derechos que debían estipularse y respetarse como “el debido proceso, la libertad, la propiedad, entre otros, permite colegir cómo el hombre, representado en ese momento por quienes ostentaban la calidad de hombres libres, empieza a limitar el poder del monarca y a consagrar derechos que debían ser respetados por los intervinientes en el acta suscrita²³²”. Específicamente el artículo 39 del documento en mención se indicaba:

“Ningún hombre libre, será arrestado, o detenido en prisión, o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado o molestado de alguna manera y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país”.

A pesar de la crisis anteriormente mencionadas del sistema feudal, no fueron estas un retroceso fatal, sino que por el contrario generó que se creara un nuevo sistema económico de mercado “capitalista”, esto de la mano de una también reciente clase social que se denominó la burguesía, clase que tomaría una gran importancia, pues fueron quienes empezaron a cuestionar el régimen feudal ya que su nuevo modelo económico eliminaba la servidumbre y por tanto, se aniquilaba la base del sistema feudal²³³, a partir de lo cual se dio una repercusión política y de esta manera surge el Estado absoluto.

²³² ORDUZ, Barreto Claudia Patricia. El principio de legalidad en la ley penal colombiana. Universidad Autónoma de Colombia. Revista Criterio jurídico garantista. Bogotá. 2010, p.103.

²³³ GARCÍA, Ricci Diego. Estado de derecho y principio de legalidad. Comisión nacional de los derechos humanos. México. 2011, p. 12.

De esta forma, el Estado absoluto florece como una respuesta a la crisis social, política y económica desarrollada durante todo el régimen feudal; este tipo de Estado, sin embargo no respondió a las necesidades políticas ni sociales, puesto que se caracterizó por el despotismo de las monarquías: Todo el poder se encontraba en el rey y el derecho fue un mecanismo en gran medida precario en cuanto a limitar esa soberanía del monarca. De tal manera que la creación de leyes residía en el rey, no obstante este no se encontraba sometido a ellas, tan solo los gobernados.

Muestra de lo anterior fue la existencia de los pactos, leyes y costumbres, esto es, derechos que hacían valer los otros grupos de poder; de la organización judicial creada por la propia autoridad real y del derecho antiguo y la costumbre de las que el propio rey era parte, lo que permitía abusos que se cometían por parte de las monarquías.

Es así que se empieza a cuestionar el origen “divino” de las leyes y surge entonces el pensamiento filosófico de la ilustración el cual consiste en “un articulado movimiento filosófico, pedagógico y político, que va seduciendo de manera gradual a las clases cultas y a la activa burguesía en ascenso²³⁴”. En tal período se pensó que uno de los mejores instrumentos para finiquitar la arbitrariedad del rey era supeditar y limitar el poder a un ordenamiento de derecho positivo; se da entonces un cambio integral del mundo político, de las estructuras sociales y de las concepciones jurídicas, por tanto se puede decir que la Ilustración no es como tal un punto de partida, por el contrario es la consecuencia de una serie de postulados a través de los diferentes pensadores de la época²³⁵, lo que dio las bases para el origen de un nuevo Estado.

De manera que el principio de legalidad es también fruto de este pensamiento liberal, a su vez “responde al principio político de la separación de poderes, erigido como postulado garantizador de la vigencia del contrato social (teoría contractualista)²³⁶”.

²³⁴ GIOVANNI, Reale, ANTISERI. Darío, Historia Del Pensamiento Filosófico y Científico, Volumen 3 Herder, Editorial S.A. 1992, p. 102.

²³⁵ BARBOSA, Castillo Gerardo. Principio de legalidad y proceso penal. Universidad externado de Colombia. Bogotá. 2005, p. 110.

²³⁶ Op.cit., VELÁSQUEZ. 2009, p. 179-180.

En este orden de ideas, se argumenta que el principio de legalidad en materia penal, como lo recuerda Barbosa, en su texto “principio de legalidad y proceso penal” citando a Welzel, “no es un legado del derecho romano y sus instituciones; ni siquiera hace parte de la tradición jurídica germana antigua.

Lo que genéricamente denominamos principio de legalidad es producto de la Ilustración, convertido, o mejor, reducido a un aforismo latino por Feuerbach, en su tratado de 1801. Se trata, por lo tanto, de un postulado de origen político más que jurídico, o, sin eufemismos, de una de las conquistas del pensamiento liberal, que vino a concretarse en contenidos jurídicos²³⁷. A pesar de que Feuerbach determinó los parámetros más importantes del principio de legalidad, es cierto que este principio ha ido evolucionando, dice Velásquez que “hoy, el postulado cobija no solo los privilegios penales, procesales, sino también de ejecución penal; se extiende no solo a los delitos y a las contravenciones penales –la otra modalidad de conducta punible que prevé el C. P., aunque llamada a quedarse en el papel–, sino a las penas y a las medidas de seguridad²³⁸”.

Becaria en 1764 en su libro de los Delitos y de las Penas determinó que “sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos, y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad, unida por un contrato social”.²³⁹ Luego, en 1789 surge la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el cual también se hallaba la legalidad, en ese contexto Bourgeois afirma que “este principio expresa el lado formal de la libertad, reivindicada como el derecho fundamental de todo hombre²⁴⁰”.

²³⁷ Ibidem., BARBOSA. 2005, p. 109.

²³⁸ Ibidem., VELÁSQUEZ. 2009, p. 181.

²³⁹ La importancia de este aporte doctrinario radica, entre otros aspectos, en reconocer que el principio de legalidad tiene su fundamento jurídico-político en un contrato social celebrado entre el rey y el pueblo; teoría denominada el contractualismo”. REY Cantor, Ernesto. Principio de legalidad y derechos humanos. Análisis desde la perspectiva del derecho constitucional procesal. Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México. 2002, p. 565.

²⁴⁰ BOURGEOIS, Bernard. Filosofía y Derechos del Hombre: Desde Kant Hasta Marx. 2003. p. 85.

Así las cosas, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que fue aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, es una de las máximas conquistas constitucionales del siglo XVIII, de esta forma, y en virtud de la razón la ley, adquirió su primacía frente al fragmentado derecho medieval, pues fue capaz de garantizar tanto la libertad como la seguridad jurídica, con lo que se convirtió en el instrumento para imponer orden y limitar el poder en el Estado liberal. Se dibuja así la idea de que el Derecho puede funcionar como un mecanismo para imponer límites a la autoridad estatal, con lo cual se da inicio a uno de los principales fundamentos del principio de legalidad. Luego entonces, la división de poderes de Estado liberal de Derecho y su modelo de organización política considera la legalidad y más concretamente el principio de legalidad en materia sustantiva y procedimental como una necesidad para la convivencia pacífica.

1.6.4 El principio de legalidad.

Respecto al principio de legalidad, como ya se dijo consecuencia de los postulados de la ilustración representados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano sumado a el aforismo de Feuerbach se determina que existen dos concepciones fundamentales y rectores del mismo en el derecho penal: *no hay delito sin ley, y no hay pena sin ley.*

Estos aspectos conllevan a un análisis de la aplicación retroactiva de la ley penal, en la cual se dan variados casos. Distintos son las circunstancias que se pueden presentar cuando de aplicar retroactivamente se trata.

Al respecto, la irretroactividad de la ley penal se fundamenta, concibe o prohíbe ciertas acciones judiciales, lo anterior se ve representado en tres aspectos, en primer término, cuando en la nueva ley nueva se considera una conducta como delito, situación que en la anterior no lo era, en este evento la ley nueva no puede tener efectos retroactivos. En segundo lugar cuando en la ley nueva se acrecientan las consecuencias, en este evento tampoco hay retroactividad, ya que a la conducta se le sigue aplicando la ley anterior. Tercero, cuando en una ley nueva una conducta deja de ser delito, o mejora las condiciones o es menos severa que la ley anterior, casos en los cuales si hay un efecto retroactivo. Igualmente hay que analizar los efectos retroactivos los que necesariamente

tienen que ver con las conductas que están pendientes de ser juzgadas, las que ya han sido juzgadas y sentenciadas y aquellas en las que ya se está cumpliendo la condena impuesta.

De manera que, para que un hecho pueda ser punible es necesario que dé ante mano haya existido una ley que así lo tipificara, es decir que antes y durante el ilícito este tiene que estar tipificado como una conducta punible: *nullum crimen sine praevia lege penale*. Luego entonces si la tipificación de tal conducta ocurre luego de cometerse, el proceso no prospera y en consecuencia de ello ha de ser nulo. "A nadie puede atribuírsele la voluntad de violar una ley que no existe. Por tanto, no puede ser delito una acción si no ha sido expedida y promulgada la ley que la prohíbe²⁴¹".

Para una mejor comprensión, en lo que sigue se razona la división del principio de legalidad.

El principio de legalidad de los delitos y de las penas hace parte de la aplicación de la ley nacional e internacional. Guzmán afirma que "más allá de una regla de derecho comparado, el principio *nullum crimen sine lege* es un principio del derecho internacional, que se refiere tanto al derecho nacional como al derecho internacional. "Si bien el principio de legalidad de los delitos se ha traducido en los sistemas penales nacionales de tradición jurídica de derecho continental en la fórmula *nullum crimen sine lege*, en los sistemas jurídicos del Common Law éste se tradujo bajo la fórmula *nullum crimen sine iure*²⁴²".

Hay que coincidir con Montiel cuando señala que "las propiedades de *praevia*, *certa*, *stricta* y *scripta* se predicán justamente de la ley. Dicho en términos semejantes, la ley debía ser previa al hecho cometido, cierta, estricta y escrita para que se legitimara la

²⁴¹ JARAMILLO, Cadavid Mauricio. Algunas consideraciones sobre el debido proceso. consagrado en el artículo 29 de la constitución nacional. Facultad de derecho, Universidad de Antioquia, p. 168.

²⁴² ANDREU, Guzmán Federico. Retroactividad penal de crímenes internacionales. Comisión Colombiana de Juristas. Bogotá, Colombia. 2012, p. 16.

amenaza e imposición de una pena²⁴³". Cabe igualmente especificar que de conformidad con la jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) los requisitos de la *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex stricta* hacen parte tanto de la accesibilidad como de la previsibilidad "que caracterizan al principio *nullum crimen sine iure* en los Sistemas Universal y Europeo de Protección de los Derechos Humanos".²⁴⁴ La accesibilidad y la previsibilidad, siendo un aspecto trascendental en el principio estudiado, guarda una mayor relación con la imprescriptibilidad, por esta razón en el capítulo III de este trabajo se trata ese tema.

Las características del principio de legalidad, aquí detalladas, han sido analizadas por Náquira (citando a Politoff y otros) este autor asevera que:

"1.-En primer lugar, que sea una ley previa, implica una prohibición de retroactividad, que limita las facultades del legislador.

2.- En segundo lugar, que sea una ley escrita, conlleva que sólo puede ser fuente legal la ley propiamente tal, dejando de lado los reglamentos, decretos con fuerza de ley, decretos leyes u otros que no tienen el carácter de ley, o sea aquellas fuentes que no tienen forma de ley de conformidad a la constitución. Este principio, que significa una importante limitación al juez, ya que no podría buscar más allá de lo permitido por la ley para sancionar una conducta, también lo es para el poder ejecutivo, ya que no podría crear delitos mediante reglamentos o decretos con fuerza de ley.

3.- En tercer lugar, que la ley sea estricta, hace alusión a la prohibición expresa de analogía. No se le permite al juez recurrir a ninguna clase de normas que no esté contenida en la ley. No puede a través de un razonamiento analógico crear un tipo para una conducta atípica a partir de otra típica que se le parece. También se suele exigir

²⁴³ MONTIEL, Fernández J.P (Fundamentos y Límites de la Analogía, ímbonam parte, En el Derecho Penal. Tesis Doctoral. Barcelona España. 2008. p. 18. [Consultado el 02 de Abril de 2015] Disponible en Internet. <http://www.tesisenred.net/handle/10803/7304>.

²⁴⁴ OLÁSOLO, Héctor. El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo, Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP, vol. 1, 2013, p. 32-33.

redacción precisa, buena parte de la doctrina nacional considera esta exigencia implícita en “estricta”²⁴⁵.

Esta división del principio de legalidad, es ciertamente una serie de exigencias de las cuales dimanan prohibiciones, Bacigalupo dice que el “contenido del principio de legalidad se expresa en 4 exigencias: *lexpraevia*, *lexscripta*, *lexcerta* y *lexstricta*. De ellos se derivan 4 prohibiciones: está prohibida la aplicación retroactiva de la ley, la aplicación de derecho consuetudinario, la sanción de leyes penales indeterminadas y la extensión del texto legal a situación análoga (en contra del acusado)²⁴⁶. Aunque Gallant disiente bajo el argumento que “sin embargo, la praevialegescripta no se aplica como Derecho consuetudinario internacional de los derechos humanos, ni siquiera en el Derecho penal internacional²⁴⁷”.

A continuación se estudian cada uno de estos componentes del principio de legalidad en materia penal.

La LexPraevia como fundamento del principio de legalidad penal, es traducido en la prohibición de la retroactividad de la ley penal, además, vela por la seguridad jurídica y por ende requiere que el individuo conozca con anterioridad que conductas se hallan prohibidas e igualmente que sanción tienen las mismas, de ahí que se prohíban las leyes con efectos retroactivos desfavorables, limitando de esta manera la potestad del legislador, en consecuencia significa que una acción que no se consideraba delictuosa para el momento de su comisión, posteriormente no podrá considerarse como tal, de igual forma está prohibido la agravación penal de la conducta. En definitiva no se permite una aplicación de la ley retroactiva de forma tal que le esa desfavorable, tan solo cuando sea en beneficio del reo puede considerarse acorde con el principio de legalidad.

²⁴⁵ NÁQUIRA, R. J. Principios y Penas en el Derecho Penal Chileno. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. 2008, p. 8.

²⁴⁶ BACIGALUPO, E. Principios Constitucionales de Derecho Penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires Argentina, 1999, p. 234.

²⁴⁷ GALLANT, Kenneth S. La Legalidad Como Norma del Derecho Consuetudinario Internacional: La Irretroactividad de los Delitos y de las Penas. En Montiel Juan P. La Crisis del Principio de Legalidad en el Nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o Evolución? Editorial Marcial Pons. Algete Madrid España. 2012, p. 338

Ciertos inconvenientes plantea respecto a la legalidad, el hecho de no estar descritos plenamente los tipos penales, lo que permite al intérprete ampliación o adecuación y por supuesto interpretación extensiva de una conducta o del mismo tipo penal, con la consecuente posibilidad de violación al principio de legalidad. La *lex certa* también se denomina como el principio de certeza jurídica, de tal manera que “el principio de legalidad, constriñe u obliga al legislador que crea la ley, para que este observe al momento dictarla el contenido de la misma. Ello con el objeto de que los jueces también se limiten a ese contenido y no actúen de manera discrecional o arbitraria en su aplicación al caso concreto²⁴⁸”.

Igualmente el requisito de *lex certa* propugna porque la ley ha de ser precisa, es un “mandato de determinación” por el cual se exige que el tipo penal deba estipularse de forma clara y de manera diferentes a las otras conductas delictivas, razón por la cual se prohíben disposiciones que puedan considerarse como indeterminadas²⁴⁹.

El principio *lex stricta*, establece la prohibición de la analogía, ésta consiste en “aplicar una norma jurídica referente a un caso concreto, a otro semejante, no regulado por la ley²⁵⁰”.

De igual modo, fundamentalmente el requisito de *lex stricta* corresponde a la prohibición de la analogía, es entonces una obligación del juez imponer sanciones a aquellas conductas que se encuentren taxativamente prohibidas por la ley, impidiendo así que en su labor interpretativa recurra a casos no expresados en los tipos penales, del mismo modo “se entiende que el mandato de *lex stricta* proscribire el uso de la analogía in malam partem²⁵¹”.

²⁴⁸ Ibidem., BAEZA. 2008, p. 85.

²⁴⁹ LLOBET, Anglía Mariona. Terrorismo y “guerra” contra el terror. Tesis doctoral UPF/2008. Universidad Pompeu Fabra. 2008, p. 181. (Consultado 10/06/2015)

²⁵⁰ Ibidem., BAEZA, p. 85.

²⁵¹ MONTIEL, Fernández J.P (Fundamentos y Límites de la Analogía, ím bonam parte, En el Derecho Penal. Tesis Doctoral. Barcelona España. 2008. p. 17. [Consultado el 02 de Abril de 2015] Disponible en Internet. <http://www.tesisenred.net/handle/10803/7304>.

La analogía que es aceptada por la mayoría de la doctrina es la analogía *in bonam partem*, ya “que la prohibición de la analogía sólo rige cuando se trate de la llamada analogía *in malam partem*, es decir, la que resulte extensiva de la punibilidad²⁵²”.

Dentro del principio de legalidad en materia penal se encuentra el de la ley escrita (principio de *Lex Scripta*), por consiguiente, se conoce por la prohibición del empleo del derecho consuetudinario como fundamento o motivo de agravación de la ley penal, en ese sentido y conforme con el principio de legalidad penal no existe delito ni pena sin que exista una ley escrita y conceptuada de forma expresa; luego entonces también se rechaza la costumbre, las fuentes generales del Derecho o a la jurisprudencia con el fin de considerar un hecho como punible objeto de pena, por ende no pueden crearse otros tipos penales ni tampoco agravarse una pena.

Por ejemplo, en el derecho penal mexicano, “se toman en cuenta, en algunos casos los usos y costumbres de los pueblos indígenas. Habría que analizar si se aplica como causa de justificación, de inculpabilidad o de excusa absolutoria”.²⁵³ Esta apreciación no es solamente doctrinal o regional “los Sistemas Universal y Europeo de Protección de Derechos Humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales afirman que ni el requisito de que el Derecho aplicable provenga de una *lex scripta* forma parte en la actualidad del contenido del principio *nullum crimen sine iure* ni las garantías de certeza en cuanto a qué comportamientos son constitutivos de delito van más allá de los requisitos de accesibilidad y previsibilidad²⁵⁴”. Esto último es visible en su tratamiento jurisprudencial en casos que tratan acerca de los delitos de lesa humanidad, sin embargo dichos fundamentos jurisprudenciales serán objeto de análisis en el siguiente capítulo del presente trabajo investigativo.

Para concluir con los aspectos fundamentales que conforman el principio de legalidad penal, cabe reiterar nuevamente los cuatro, la ley debe ser previa, escrita, estricta y cierta. Ha de ser previa en el sentido que la ley debe estar dispuesta con anterioridad a la

²⁵² *Ibidem.*, BAEZA. 2008, p. 85.

²⁵³ *Ibidem.*, BAEZA. 2008, p. 90.

²⁵⁴ *Op.cit.*, OLÁSULO. 2013, p. 40.

comisión del delito, es por esto que prohíbe la retroactividad desfavorable; ha de ser escrita lo que traduce que la ley prohíbe el uso de la analogía in malam parte. En cuanto al criterio de estricta, esto significa que la ley debe ser ajena a cualquier ambigüedad, el tipo penal debe ser claro y preciso; finalmente debe estar escrita por tanto la ley es un elemento formal sancionada por el órgano competente, así mismo este último fundamento prohíbe la utilización de otro tipo de normas que no sean leyes que cumplan con dichos criterios, es así que, puede concluirse que estos aspectos tienen sus excepción cuando “estas prohibiciones cuando éstas repercutan en favor del imputado²⁵⁵”.

Ciertos inconvenientes se plantean respecto a la legalidad, cuando los elementos descriptivos del hecho no están descritos plenamente en los tipos penales, lo que permite al intérprete ampliación o adecuación y por supuesto interpretación extensiva de una conducta o del mismo tipo penal, con la consecuente posibilidad de violación al principio de legalidad. Respecto a dichas leyes penales en blanco en los cuales “está precisada la sanción, pero el precepto a que se asocia esa consecuencia no está formulado más que como prohibición genérica, que debe ser definido por una ley presente o futura, por un reglamento, o incluso por una orden de autoridad²⁵⁶”. en ese mismo texto, afirma también Velásquez en su texto “Derecho penal subjetivo y sus límites”, que el uso o abuso de estos tipos penales, genera una mayor dificultad en la labor penalista puesto que requiere recurrir a otras disposiciones del ordenamiento jurídico, además, el carácter y contenido de éstos complementos muchas veces son muy diferentes al de las otras normas jurídicas, creando así una inadaptación e incertidumbre que no contribuye a la certeza de la misma generando entonces cierta inseguridad jurídica.

En lo concerniente a la legalidad y la ley penal en blanco con el fin de que no sean consideradas inaplicables constitucionalmente se debe que tener en cuenta una serie de características las cuales para Delgado Lara, son:

²⁵⁵ PIQUÉ, María L. Principio de Legalidad y de Retroactividad. La Convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección en el Derecho Argentino. Artículo. 9. 2013, p. 168.

²⁵⁶ Op.cit., VELÁSQUEZ. 2009, p. 194.

“a) Que la norma legal cuente con el núcleo central de la conducta punible; b) Que en el mismo texto legal efectúe una remisión expresa a la norma de destino; y c) Que el precepto infralegal complementario tenga cierta calidad que satisfaga la exigencia de constitucionalidad²⁵⁷”.

Visto así, los tipos penales en blanco requieren la integración de varios aspectos necesarios para su correcta interpretación, como dice García Arán, “puede aceptarse que para definir a la norma penal en blanco, no es suficiente con aludir a la necesidad de que los conceptos por ella utilizados se completen con lo dispuesto en otras normas de rango inferior²⁵⁸”. Y además cuestiona los tipos penales en blanco, citando a Tiedemann cuando “parte de la imposibilidad de definir la ley penal en blanco como aquella que necesita ser complementada por otra norma (en la medida en que este criterio la hace coincidir con los elementos normativos) e igualmente descarta que lo explícito o implícito de la remisión sea el criterio determinante de la distinción entre elementos normativos y leyes penales en blanco²⁵⁹”.

En virtud del principio penal de intervención mínima los actos preparatorios al ser comportamientos anteriores a los actos ejecutivos no son punibles, esta es la regla general operante en el derecho penal. Sin embargo, en Colombia hay excepciones tales como los tipos penales de concierto para delinquir y la conspiración.

Teniendo en cuenta los fundamentos del principio de legalidad penal, se ha considerado que en tales casos no se vulnera debido a que está establecido que actos preparatorios son punibles de manera previa, así pues, dichos actos preparatorios concernientes al plan o forma de actuar para la comisión del hecho punible-para el caso concierto para delinquir y conspiración-, los cuales son preparados por uno o más individuos, y, aunque si bien no es posible que se calcule de manera a priori la forma en que se ha de actuar,

²⁵⁷ DELGADO, Lara Álvaro R. Las Leyes Penales en Blanco en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2005 - 2011) 2012, p. 280

²⁵⁸ GARCÍA, Aran M. Remisiones Normativas, Leyes Penales en Blanco y Estructura de la Norma Penal. Universidad Autónoma de Barcelona España. 2012, p. 67.

²⁵⁹ *Ibidem.*, GARCÍA. 2012, p. 69.

el legislador con el fin de adherirse y de conformidad con el principio de legalidad en sus sentido formal estableció los actos preparatorios que se consideran punibles, estos se someten al principio de taxatividad “plasmado en una forma genérica de tipicidad, en lugar de describir en qué consiste un acto preparatorio relevante para un delito concreto²⁶⁰”.

Estos actos preparatorios presentan controversias pues, existe un depreciación de la acción, teniendo en cuenta que se castiga la lesión o resultado que se ocasione mediante esta, sin embargo en los actos preparatorios debe existir una actuación preparativa mediante acciones idóneas e inequívocas para que se llegue a considerar la verdadera puesta en peligro o posible lesión que se pudo haber causado a un bien jurídico tutelado²⁶¹”.

De ahí que, para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos se propusieron las teorías de carácter mixto, con dos elementos: objetivo y subjetivo, mediante estas, se considera que para diferenciar los actos ejecutivos de los actos preparatorios es necesario realizar un juicio “ex ante, de una parte, al plan del autor, y de otra, a la verificación de actos socialmente adecuados para asumir que el bien jurídico se encuentra realmente amenazado, con lo cual se garantiza, tanto el principio de antijuridicidad material de la conducta, como el elemento subjetivo de la misma, en cuanto requisito de la responsabilidad penal²⁶²”.

Otro elemento, no menos importante que causa serios inconvenientes a la hora de evitar problemas con la legalidad es el atinente a la causalidad, el cual se analiza ahora.

²⁶⁰ QUINTERO, Olivares Gonzalo. Crimen y Teatro: Valoraciones Penales de la Imagen del Crimen en Shakespeare Con Especial Referencia a “Othello 2, el Moro de Venecia”. 2012, p.520.

²⁶¹ *Ibidem.*, ARAQUE, 2007, p. 217.

²⁶² ARAQUE, Moreno D. A Propósito de la Dificultad de Establecer Criterios de Distinción Entre Actos Preparatorios y Ejecutivos del Delito. Comentario a la Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 8 de Agosto de 2007, M.P. Dra. Ma. del Rosario González de L. Nuevo Foro Penal, No. 71 2007, pp. 199 y 200.

La causalidad tiene importantes repercusiones en la legalidad, así las cosas son fundamentales para no violar el principio de legalidad tanto el nexo de causalidad existente entre la conducta cometida como la índole de pena a imponer.

Los problemas derivados de la causalidad y de su interpretación o más bien de la adecuación típica de una conducta es verdaderamente enorme, “la causalidad posee una naturaleza real, pues no constituye una idea, ni una abstracción, sino un verdadero cordón inmaterial que ata a la acción u omisión con el resultado. Este ligamen no debe ser confundido con la imputación objetiva - sindicación o incriminación- que es su sucedáneo; ni con el nexo psicológico, pues entonces caeríamos en el error de mezclarlo con la culpabilidad, a la que para llegar debemos partir precisamente de la causalidad, presupuesto necesario de la imputación objetiva, a su vez punto de partida de la culpabilidad²⁶³”.

Entonces si no existe una verdadera adecuación típica, alejada de estereotipos, de interpretaciones sesgadas en las que no se haga un análisis real de la acción u omisión con el resultado, todo esto es en últimos aspectos violatorios de la legalidad. El principio *nullum crimen, nullapoena sine proevialege*, fundamento del principio de legalidad “es la base concreta del principio de culpabilidad en materia de responsabilidad penal, pues no existe la posibilidad de inculpar a un individuo de un crimen (juicio de reproche) o de ejercer su defensa (falta de motivación) en ausencia de un instrumento legal que establezca el crimen. En ausencia de un instrumento legal previo no existe la posibilidad de motivar ningún análisis y, en consecuencia, no existe ninguna responsabilidad penal que pueda ser determinada. La ley penal rige hacia el futuro (tempus regitactum) y se prohíbe la aplicación ex post facto. La no retroactividad de la ley penal de los Estados sólo exceptúa la ley penal favorable, es decir, la ley penal menos severa en términos de infracciones, penas y procedimiento, considerada en su conjunto y caso por caso²⁶⁴”.

Bodero considera que el nexo causal es apreciable en la medida en que sirve “de apoyo al principio de legalidad y como freno a la arbitrariedad, moneda corriente en nuestros juzgados de instrucción, en los que se sindicaba y envía a prisión a testigos espectadores y

²⁶³ BODERO, C. Edmundo R. La Causalidad en el Derecho Penal. Revista Jurídica On Line. Artículos de Derecho Penal. 2015.

en general a terceros que ninguna vinculación tuvieron con la infracción y que a veces ni siquiera son mencionados en las notitiacriminis²⁶⁵”.

Como puede observarse, la fijación del nexo de causalidad es la labor del juez que permite identificarlos hechos que revisten verdadera trascendencia normativa y que, posteriormente, harán parte de la premisa menor del silogismo jurídico; por lo que su estudio atañe a circunstancias de facto, es decir a una reconstrucción histórica de los supuestos de hecho que surgen del caudal probatorio recopilado en la actuación. Ahora bien, para establecer ese nexo de causalidad es preciso acudir a las reglas de la experiencia, a los juicios de probabilidad y al sentido de la razonabilidad, pues solo éstos permiten aislar, a partir de una serie de regularidades previas, el hecho con relevancia jurídica que pueda ser razonablemente considerado como la causa del daño generador de responsabilidad.

1.7 Apartado II.

1.7.1 Las teorías existentes en Colombia respecto al principio de legalidad.

El principio de legalidad comprende el principio de irretroactividad de la ley penal. Otra cosa distinta es la imprescriptibilidad que opera para determinados crímenes; como bien se sabe, dicho principio y la prescripción presentan tensiones, para una mejor concepción de éstas, es necesario de antemano analizar brevemente los postulados básicos que tratan acerca de la prescripción.

En ese sentido, corolario del principio de legalidad es el principio de irretroactividad de la ley penal, por el cual los hechos cometidos antes de la entrada en vigencia de una norma

²⁶⁴ ESTUPIÑÁN, Silva Rosmerlin. Los Crímenes de Guerra en Colombia. Estudio Desde el Derecho Internacional y Desde el Derecho Colombiano. Departament de Dret Internacional. Universitat de Valencia España. Servei de Publicacions. 2011. p. 224. [Consultado el 03 de Abril de 2015] Disponible en Internet. <http://www.tesisred.net>

²⁶⁵ BODERO C. Edmundo R. La Causalidad en el Derecho Penal. Revista Jurídica On Line. Artículos de Derecho Penal. 2015.

que consideró tales actos como punibles, no representan delito alguno pues no se hallaban configurados como tal para el momento de su comisión. La prohibición de irretroactividad le prohíbe al operador judicial toda forma de acusación fundamentado en normas ex post salvaguardar la seguridad jurídica de los ciudadanos y como ya se ha mencionado, evitar la arbitrariedad del Estado al acusar con normas que no constituían un delito cuando se cometieron.

Es igualmente cierto que se permite la aplicación retroactiva cuando esta sea en beneficio del acusado, luego entonces esto significa que el límite al poder estatal operara cuando al sujeto se le pretenda imponer una pena diferente, no existente para el momento de su comisión o una pena más grave. Más no opera para el caso de que se absuelva al acusado o se aplique una ley más benigna así sea bajo el fenómeno de la ultractividad. Ciertamente un sector de la doctrina afirma que el principio de legalidad “surge de la necesidad de reconocimiento de los derechos fundamentales y el respeto de los mismos en un contexto social de marcada desigualdad, donde una minoría ostentaba el poder, pero que en todo caso sometían y vulneraban los derechos de los oprimidos²⁶⁶”.

1.7.2 Teorías sobre la prescripción

A continuación, se indaga sobre las teorías existentes en cuanto al principio de legalidad y la prescripción, y también se analiza una tercera posición: la prescripción gradual. Ésta es empleada en otras legislaciones y es una postura nueva y válida en cuanto al tema de la legalidad de la ley penal, la prescripción gradual a su vez puede ser objeto de tensión pues no opera cuando de crímenes de lesa humanidad se trata, en consecuencia en lo que sigue este tema será objeto de estudio.

La prescripción de la acción o de la pena se fundamenta en que el paso del tiempo hace desaparecer las pruebas del hecho, y hace muy difícil establecer la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Martínez ha planteado algunas teorías sobre la prescripción:

²⁶⁶ AGUIRRE, Restrepo Alejandro y OJEDA Omar Ricardo. Vulneración del principio de legalidad en Colombia por parte de la Corte Suprema de Justicia a partir del año 2010 a 2012. Universidad Libre, Seccional Pereira. 2013, p. 16.

“*TEORÍA SUSTANTIVA* Según esta teoría la prescripción forma parte del Derecho sustantivo o material, y ello supone la extinción de la punibilidad, aunque sea una institución que, a la vez, proyecte sus efectos en el proceso penal. La Jurisprudencia mayoritaria se decanta por una concepción sustantiva de la prescripción de los delitos, ajena a las exigencias procesales de la acción persecutoria”. Bajo el imperio de esta teoría el delito no desaparece, se considera que el transcurso del tiempo evita la responsabilidad de la conducta.

TEORÍA PROCESAL “la prescripción es una institución de naturaleza estrictamente procesal, puesto que la imposibilidad de castigar un injusto penal se produce a consecuencia de un óbice de procedibilidad. Desde este punto de vista, no es el delito lo que prescribe, sino la acción para perseguirlo.”.

TEORÍA MIXTA “En la prescripción penal, a pesar de que predomina la naturaleza sustantiva, tiene un carácter mixto (material-procesal). Así, en el caso de que la prescripción del delito sea alegada como cuestión previa, dará lugar a un auto de sobreseimiento libre; en cambio, apreciada su existencia en la sentencia, dará lugar a una sentencia absolutoria²⁶⁷”.

Tal como lo entiende Gallego, la legalidad en materia penal tiene relación directa con la irretroactividad “es una noción ambigua e imprecisa que ha venido simbolizando lo mismo en diferentes formas y contextos: Dominación y Exclusión. No se hacen claras precisiones o distinciones que cada caso particular reclama, por lo cual en lugar de contribuir a su claridad se menciona con mayor confusión y por tanto se usa arbitrariamente según los intereses de los poderes dominantes”.²⁶⁸ Siendo importante resaltar que el principio de legalidad penal es una derivación del principio de irretroactividad; a su vez junto a este último conforman una de las grandes garantías en derecho penal con el fin de salvaguardar la libertad del individuo, “desde luego, el primer

²⁶⁷ MARTINEZ, Pardo Vicente José, La prescripción del delito, Revista Internauta de Práctica Jurídica Núm. 27, año 2011 pp. 130-131.

²⁶⁸ GALLEGO, Marín C. A. El Concepto de Seguridad Jurídica en el Estado Social. Universidad de Caldas, Colombia. Jurid. Manizales, 9(2): 2012, p. 75.

contenido del principio de legalidad es producto de la reserva de ley en materia penal, esto es, de la unificación de las fuentes normativas penales en manos del poder legislativo²⁶⁹.

Blanco trayendo a colación a Kohlmann afirma que el principio de legalidad penal, es una de las grandes garantías del ciudadano acusado frente a la aplicación de una norma penal, así: “supone un freno frente a cualquier tipo de arbitrariedad o linchamiento contra el presunto infractor penal. Materializa las exigencias de la prevención general, de manera que al quedar catalogadas por escrito, y a la vista de toda la ciudadanía, tanto las infracciones penales como sus correspondientes sanciones, la comunidad queda así advertida, y hasta cierto punto intimidada bajo la amenaza de la pena, para no incurrir en las conductas penalmente conminadas²⁷⁰”. Finalmente, y desde un punto de vista más genérico y de funcionalidad del Estado en el ejercicio del *iuspuniendi*, garantiza la propia división de poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial)²⁷¹.

Por ende, la legalidad penal legítima que la ley se aplique con base en interpretaciones favorables y siempre óptimas para el acusado, pero a su vez impide que el juez para resolver un caso tenga en cuenta interpretaciones desfavorables absurdas o arbitrarias²⁷².

La legalidad de los delitos y de las penas, en el que la legalidad es entendida como principio tiene estrecha vinculación con la seguridad jurídica, esto bien siendo así desde la época de la revolución francesa, en especial es fruto de los pensamientos de la

²⁶⁹ WOLFFHÜGEL, Gutiérrez Christian. La jurisprudencia como fuente formal del derecho penal. Cuadernos de Derecho Penal, ISSN: 2027-1743, junio de 2013, p. 171.

²⁷⁰ BLANCO, Lozano C. El Principio de Legalidad Penal. 2015. p. 1 y 2. (Consultado el 07 de Abril de 2015). Disponible en Internet. <http://www.vlex.com>.

²⁷¹ *Ibidem*. BLANCO. 2015, p. 1 y 2.

²⁷² MONTIEL, Fernández J.P (Fundamentos y Límites de la Analogía, *imbonam parte*, En el Derecho Penal. Tesis Doctoral. Barcelona España. 2008. p. 112. [Consultado el 02 de Abril de 2015] Disponible en Internet. <http://www.tesisenred.net/handle/10803/7304>.

ilustración, desde donde se planteó que “solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador²⁷³”. En sentido estricto el principio de legalidad alude a que las ramas del poder público se encuentran sometidas a las leyes que expide la rama legislativa representada en el legislador ordinario, es decir el congreso, así “las actuaciones judiciales y actuaciones administrativas se les aplicará el debido proceso reglado por ley expedida en esta forma, o sea, que los jueces y la administración deben observar plenamente dicha ley que defina tales actuaciones, a fin de cumplir con el artículo 29 de la Constitución²⁷⁴”.

Siguiendo a Gallego, “las normas integradoras del ordenamiento jurídico, en el sentido de parámetros conductuales que se imponen en forma coactiva a los individuos que pertenecen e integran una sociedad, para que estos entiendan y acepten como actuar en cada situación particular a las que a diario se enfrentan, se entienden desde este principio de seguridad jurídica²⁷⁵”.

En opinión de Gallego en el Estado constitucional la seguridad jurídica se considera principio, en general son “conquistas políticas” de la modernidad.²⁷⁶ Dicha seguridad jurídica impide la irretroactividad, López dice que “el principio de legalidad penal despliega sus efectos hacia el futuro y está, en consecuencia, ontológicamente interrelacionado con el principio de irretroactividad de la ley penal: nadie puede ser condenado por realizar una conducta que no era delito al momento de ejecutarse²⁷⁷”.

Ese concepto de seguridad jurídica, es flexible según su intérprete, por esta vía, sirve tanto para beneficiar a los amigos como para atacar a los enemigos. En lo que algunos autores denominan terrorismo estatal, existen casos documentados suficientemente por

²⁷³ RUIZ, Antón L. F. El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y la Jurisprudencia. Universidad de Extremadura. 1989, p. 117.

²⁷⁴ Op.cit., REY. 2002, p. 530.

²⁷⁵ Op.cit., GALLEGO, 2012, p. 75.

²⁷⁶ *Ibidem.*, GALLEGO, 2012. p. 80

²⁷⁷ LÓPEZ, Goldaracena Oscar. Las Violaciones a los Derechos Humanos de la Dictadura Deben Juzgarse Por Ser Crímenes de Lesa Humanidad Crímenes de Lesa Humanidad, Principio de Legalidad y Régimen de Imprescriptibilidad. Publicado en La Justicia Uruguaya, Revista Jurídica, Año LXXIV, tomo 147, Mayo 2013, Montevideo. p. 2.

la doctrina respecto a la violación al principio de legalidad en los casos de terrorismo estatal, al respecto Torres dice: “en el terrorismo de Estado los derechos humanos no se respetan, a pesar de existir en el Derecho Penal Internacional límites a las acciones de los gobiernos, principalmente en cuanto al entendimiento del respeto por la legalidad y los derechos humanos. No obstante, en algunos casos no existen garantías y controles legales y judiciales que sean auténticos y respetados límites a la actividad del gobierno, a fin de lograr la vigencia de los derechos humanos²⁷⁸”. Como se colige en el terrorismo estatal se persiguen a los opositores como terroristas violando así el principio de legalidad. El principio de legalidad, es la expresión de la seguridad jurídica, del cual se derivan dos exigencias el carácter taxativo y preciso de las normas penales, “*lex certa*” y, la prohibición de las leyes “*ex post facto*”, es decir la ley debe ser “*lex praevia*”²⁷⁹.

Se sabe de las enormes dificultades que tiene la legalidad cuando se trata de enfrentarla a la imprescriptibilidad ya sea de la acción o de la pena.

La prescripción puede ser tanto de la acción penal como de la pena misma; frente a la prescripción de la acción penal, Fernández recordando a Zaffaroni expresa que se puede dividir “la prescripción de la acción penal y la de la pena, considerando que la de la acción es de naturaleza procesal, pues en ese caso la ley se dirige al juez para indicarle que cualquier medida que tienda a hacer efectiva la punibilidad será nula y, que la de la pena es de naturaleza material, ya que la ley se dirige al sujeto indicándole que ya no debe ser sometido a ninguna sanción²⁸⁰”.

Barbosa delibera sobre el principio de legalidad diciendo que este “no se limita hoy en día a la preexistencia formal de ritos y funcionarios competentes, sino que se extiende a nociones de naturaleza eminentemente procesal pero de contenido sustancial y, además,

²⁷⁸ TORRES, Vásquez, Henry. La Persecución al Terrorismo frente a los derechos humanos. Una mirada desde el derecho penal internacional. Corporación Universitaria Republicana. Revista Republicana. Núm. 9, p. 144. 2010. p. 150

²⁷⁹ LAMARCA, Pérez Carmen. Principio de Legalidad Penal. Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad. Nº 1. 2012. p. 157.

²⁸⁰ FERNÁNDEZ, Neira Karina La prescripción gradual, aplicada a los delitos de lesa humanidad. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago, Chile 2010, p. 18-19.

a cuestiones estrictamente sustanciales que sehan visto alternadas, complementadas y en algunos casos subordinadas por factoresde carácter procesal. Además, la ley previa reguladora de todos estos temas, por suforma de expresión, responde a la lógica del lenguaje usual y no tiene, por lo tanto,carácter unívoco²⁸¹”.

Ahora bien, también se tiene que a lo largo de la historia de la humanidad y en especial el derecho desarrollado en la posguerra del siglo pasado ha dado especial importancia al ser humano como benefactor de derechos y especial protección de la ley; en ese sentido el derecho Internacional, en especial el derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario han desarrollado una normatividad que busca juzgar aquellos actos de violencia extrema que sean atentatorios no solamente de bienes del ser humano individual, sino de la humanidad como sujeto de Derecho.

Hernández señala que los crímenes internacionales deben cumplir con las siguientes características:

- “elemento internacional (el acto afecta la seguridad internacional).
- Elementos objetivo y subjetivo (consiste en la violación de una norma de iuscogens y en la presencia de un sujeto al cual se le imputa tal acto).
- Acción masiva (un acto ilícito muy grave que amenaza la seguridad internacional o la humanidad).
- Gravedad (significa que afecta los fundamentos mismos de la humanidad deducido del carácter del acto, la amplitud de sus efectos o el objetivo del autor).
- Calificación internacional (basta que el crimen esté calificado como tal mediante tratado u otra fuente del DI)²⁸²”.

²⁸¹BARBOSA, Castillo, Gerardo. Principio de legalidad y proceso penal. Versión resumida de la conferencia en las XVII Jornadas Internacionales de derecho Penal, Universidad externado de Colombia. Bogotá, 2005, p. 116.

²⁸² HERNÁNDEZ, Campos Augusto. La Corte Penal Internacional: Fundamentos y Características. Revistas PUCP. 55. 2013, p. 444 y 445.

Aguilar por su parte declara que “en general, la prescripción de los crímenes internacionales ha sido analizada casi únicamente desde la perspectiva de la prescripción de la acción penal²⁸³”.

La prescripción ha sido entendida como un “instituto”, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, comprende también como el organismo público o privado que se encarga de prestar un servicio público que tiene la finalidad, objetivo, o competencia. De todos modos esta calificación no parece la correcta, por ejemplo, Jiménez no acierta con tal vocablo cuando afirma: es un instituto que implícitamente apunta al cumplimiento del mandato constitucional de una pronta y cumplida justicia, con la consecuencia para el estado mismo de no poder continuar ejerciendo su ministerio punitivo, por el abandono en que lo ha mantenido durante un tiempo que la ley considera suficiente para enervar su ejercicio. (...) Claro resulta que cuando se desconocen estos principios por deficiencias de diverso orden en la actividad juzgadora, los perjuicios que de ello se deriven debe soportarlos el Estado y no el sujeto pasivo de la acción penal²⁸⁴”.

En igual sentido, Fernández argumenta que “la prescripción como instituto, en virtud de su estrecha relación con el ejercicio legítimo del *iuspuniendi*, no puede ser concebida como un derecho del responsable de un ilícito, si no como una autolimitación de la potestad punitiva del Estado²⁸⁵”. La prescripción es en términos de Velásquez un instituto que pretende la liberación de la imputación con el paso del tiempo, además, es también una indebida procedencia del ente persecutor pues no cumplió con tarea y por ello debe finiquitar la acusación, por ende es una institución cuya naturaleza jurídica es bastante controvertida ya que “según se le asigne origen penal, procesal o mixto, acorde con esto, se le suelen otorgar diversos fundamentos teóricos: el transcurso del tiempo, la desaparición de los rastros y efectos del delito (la llamada “teoría de la prueba”), la presunción de buena conducta, el olvido social del hecho, la inutilidad del apena, el fin de la pena, etc.,²⁸⁶”.

Para Fernández “La prescripción en materia penal constituye un límite al *iuspuniendi*, limite que los propios Estados establecen en atención a diversos fundamentos que

²⁸³ AGUILAR, Cavallo G. Crímenes Internacionales y la Imprescriptibilidad de la Acción Penal y Civil: Referencia al Caso Chileno. *Ius et Praxis* v.14 n.2 Talca. 2008.

resultan ser más relevantes que la pretensión punitiva, provocando que la pena después de cierto tiempo se vuelva innecesaria²⁸⁷”.

En el Estado moderno la pena es un instrumento que puede utilizarse con fines muy diversos; se le considera monopolio del mismo, ya que su función dependerá de los cometidos que se le atribuyan. En el Estado de base teocrática la pena podía justificarse como exigencia de justicia, análoga al castigo divino. En un Estado absoluto erigido en fin en sí mismo, la pena era un instrumento tendencialmente ilimitado de sometimiento de los súbditos: fue la época del “terror penal”, consecuencia de la atribución a la pena de una función de prevención general sin límites²⁸⁸. Para Cárdenas “El concepto de pena se plantea como un concepto formal del derecho, en tal sentido, la pena es la sanción jurídica aplicable a quien viola la norma jurídica prohibitiva. Es un “mal” que debe imponerse al culpable o responsable de la comisión de un delito²⁸⁹”.

Cabe igualmente señalar que la ley penal se encuentra compuesta por un precepto primario y otro secundario; el primero de ellos es la descripción de la conducta a sancionar, mientras que el segundo se identifica como la sanción a imponer en caso de que el sujeto recaiga en la realización de la conducta típica, a partir de ahí, el principio de legalidad en materia penal, busca proteger la libertad del ciudadano al imponer un límite a la facultad punitiva del Estado, a su vez, protegiendo y garantizando la seguridad

²⁸⁴ LONDOÑO, Jiménez, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I. Bogotá: Ed. Temis. 1989, p. 117.

²⁸⁵ FERNÁNDEZ, Neira K. C. La prescripción gradual, aplicada a los delitos de lesa humanidad. La experiencia jurisprudencial chilena. Editorial Académica Española. 2012, Pp.12- 13 y 20.

²⁸⁶ VELÁSQUEZ, Velásquez Fernando. Manual de Derecho Penal Parte General. Medellín: Ed. Librería Jurídica Comlibros, 2007. 3ra edición, p. 629.

²⁸⁷ Op.Cit. FERNÁNDEZ. 2012, p.12- 13 y 20.

²⁸⁸ MARIO, Sierra H, Salvador Cántaro A. Lecciones de Derecho Penal. Editorial de la Universidad del Sur. 2005, p. 45

²⁸⁹ CÁRDENAS, Ruiz M. Las Teorías de la Pena y su Aplicación en el Código Penal. Revista Derecho y Cambio Social. 1995.

jurídica como un principio indispensable en un Estado social de derecho caracterizado por “tener a la ley como única fuente del derecho penal²⁹⁰”.

Si existe una pena previa, también existe una pena prevista con anterioridad a la conducta realizada y esta “no será legítima si no estuviera consagrado el hecho como ilícito, además de tipificarse el hecho como ilícito posterior al suceso: nullumpoenae sine praevia lege penale. Consecuencialmente, a toda persona imputable, tiene la garantía de ser juzgado por el tribunal competente, por jueces naturales prevista en la Constitución y en las leyes. Al igual que se considera ilícito crear tribunales especiales o extraordinarios posteriores al hecho: nemo iudex sine lege²⁹¹”.

Con la prescripción se extingue la responsabilidad penal la cual se da cuando esa pena o multa ha sido declarada en una sentencia en firme. También existe la probabilidad de no poder iniciar la acción penal por una conducta teóricamente típica, antijurídica y culpable por el transcurso del tiempo. Es otros términos por el paso del tiempo el Estado no puede imponer pena o hacer cumplir la sentencia condenatoria. La prescripción ya sea de la pena o de la acción penal “tienen una condición común: el decurso de un plazo, después del cual la sociedad olvida y considera inútil la persecución del delito o la ejecución de la pena, perdiendo por ello la sociedad misma el derecho a ejercitar acciones tendientes a uno u otro fin²⁹²”.

Respecto a la acción en materia penal es diferente de las que se emprenden en materia de derecho privado ya que en ésta para empezar la acción penal se requiere de denuncia o querrela, en dicha acción penal debe entenderse como aquella génesis de un proceso judicial iniciado a la persona que ha infringido la ley. Y por medio de la cual se le impone un castigo al responsable de dicho delito. La acción, en sentido jurídico, es una conducta humana. Es una manifestación de la voluntad dominada y dirigida hacia un resultado.

²⁹⁰ BAEZA, Pérez Enrique Octavio. La acción, tipo y legalidad, como garantías del gobernado. Revista criminogenegeis enero 2008, p. 84.

²⁹¹ JARAMILLO, Cadavid Mauricio. Algunas consideraciones sobre el debido proceso. consagrado en el artículo 29 de la constitución nacional. Facultad de derecho, Universidad de Antioquia, p. 168.

²⁹² JIMÉNEZ, de Asúa, L. Tratado de Derecho penal, 7 vols., 5ª ed., Buenos Aires, Editorial Losada, 1992, t. II, p. 637.

Además es de “Perogrullo” que la acción penal es quien mueve al juez para dar inicio al proceso penal.

Franco Loor, trayendo a colación a Vélez y Castro insiste en que “la acción penal es un poder jurídico que impone el Derecho Constitucional y cuyo ejercicio regula el Derecho Procesal de provocar la actividad jurisdiccional del Estado²⁹³”.

Por tanto, corresponde entonces según Franco Loor “conceptualizar la acción penal como el poder jurídico mediante cuyo ejercicio, a través de la puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional de una noticia criminal, se solicita la apertura o la aprobación formal del proceso penal, haciendo surgir en aquel la obligación de pronunciarse sobre la misma mediante resolución motivada²⁹⁴”.

Es así como Del Rio Ferreti, afirma que “en cuanto al principio de legalidad se suele decir que la consecuencia penal por la comisión de un delito está prevista en la ley y es a ésta a la que se debe atener el juzgador a la hora de imponer la pena, y no a los actos de pretensión del acusador. La legalidad de la pena se expresa en que la medida de la misma encuentra su limitación máxima en la ley, y no en actos de “pretensión penal²⁹⁵”.

Existen cuestionamientos en torno a la legalidad, se resiste a creer que se pueda resquebrajar un principio tan antiguo, por vía del empleo de la aplicación gradual de la prescripción. Esta es una postura diferente al de la prescripción anteriormente tratada, que como toda teoría tiene su pro y su contra en materia doctrinaria.

Sin embargo, existen nuevas aportaciones a la discusión sobre la prescripción de la acción o de la pena, quizás la principal es la referida a la llamada prescripción gradual. Esta es pues, en opinión de Fernández, “aquel instituto que, verificado en un caso en vías de prescribir, permite una atenuación de la pena que debe imponerse por haber sido

²⁹³ FRANCO, Loor, E. Importancia de la Acción Penal Pública en el Derecho Procesal Penal p. 94. [consultado el 25/04/2015]. Disponible en www.revistajuridicaonline.com

²⁹⁴ *Ibidem.*, FRANCO, Loor, p. 95.

²⁹⁵ DEL RÍO, Ferretti Carlos. La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Estudio Comparado del Derecho Español con el chileno. Departamento de Derecho Administrativo y Procesal. Valencia España 2007. p. 316. [Consultado el 02 de Abril de 2015] Disponible en Internet. <http://www.tesisred.net/bitstream/handle/10803/9672/rio.pdf?sequence=1>

hallado haberse entregado el responsable, faltando un breve plazo para que la acción penal prescribiera²⁹⁶”.

La prescripción gradual es un instituto mediante el cual se permite atenuar la pena del responsables del delito ya sea que este individuo se haya entregado o haya sido retenido sin embargo para que se efectúe tal prescripción debe faltar un tiempo breve para la prescripción del delito.

La prescripción y la prescripción gradual tienen unas características bastantes semejantes, es así como estas se justifican con el transcurso del tiempo por el cual se dará inicio y a la vez habrá de terminar la sanción impuesta, luego entonces la segunda es una configuración de la primera; seguidamente es importante enunciar que juntas benefician al delincuente en tanto que los efectos de una determinada sanción habrán de terminar, y por último tanto la prescripción como la prescripción gradual son inaplicables para los delitos que se han declarado como imprescriptibles por ser crimen de guerra o de lesa humanidad.

Entonces esta prescripción beneficia tanto al delincuente que se entrega como al que es retenido, sin embargo debe haber transcurrido mínimamente la mitad del tiempo en el que la acción habría de prescribir, así pues que la prescripción gradual posee para su ejecutoriedad, dos requisitos: el primero que se haya cumplido la mitad del tiempo para la prescripción y el segundo que el sujeto activo se presente al proceso judicial sin importar si es por voluntad propia o si por retención de autoridad judicial.

Por tanto, la prescripción gradual busca el beneficio del infractor siempre y cuando este tenga dos o más atenuantes y no presente agravante alguna, de ahí que exista una rebaja de su pena dependiendo de la sanción y en ningún caso se podrá aplicarle el máximo de la pena para la acción que haya cometido

Lo anterior basado en que la responsabilidad del sujeto se encuentra a punto, o al menos en un corto plazo de extinguirse y por ende se justifica entonces que su sanción sea

²⁹⁶ FERNÁNDEZ, Neira Karinna. “La Prescripción Gradual, Aplicada a los Delitos de Lesa Humanidad” Santiago de Chile. 2010, p. 96.

menor en la medida en que los fundamentos que apoyaban esta sanción están por prescribir.

En consecuencia de ello esta prescripción gradual no puede ser aplicada para delitos que se han determinado como imprescriptibles puesto que el transcurso del tiempo no les afecta y en ese sentido el sujeto habrá de ser siempre sancionado.

1.8 Apartado III

1.8.1 El principio de legalidad penal desde la normativa y jurisprudencia nacional colombiana: corte constitucional y corte suprema.

El principio de legalidad ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia. Desde 1993 (C-127 de 1993)²⁹⁷ ha planteado una posición en cuanto a este principio la cual es desarrollada en una gran línea jurisprudencial en la que se ve principalmente plasmado el principio de legalidad estricta, desarrollada por medio de las demandas inconstitucionalidad de algunas disposiciones penales.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia no ha tenido línea jurisprudencial, por lo menos la que se espera de una Corte de esa naturaleza, tampoco ha evidenciado nuevas posturas frente a la legalidad en materia penal. En razón de que muchas de sus jurisprudencias se han limitado a tomar la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional. El presente capítulo aborda un análisis jurisprudencial tomado desde las sentencias que se consideraron más relevantes por parte de la Corte constitucional colombiana (en adelante la CCC) y de la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ). Para el efecto se acude a un análisis holística del fenómeno para llegar a unas conclusiones mucho más precisas, por medio de la cual se establece la postura teórica de las Cortes (CCC y CSJ), por lo tanto cada sentencia ha sido analizada desde su problema jurídico y desde la *ratio decidendi*.

²⁹⁷ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-127 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Para un mejor entendimiento del tema en cuestión y sin dejar atrás el contexto por el cual se ha llegado a su examen; este trabajo investigativo toma partes completas de la jurisprudencia ya que se considera muy importante la teoría planteada sin que dé lugar a parafraseo; en síntesis se realiza un análisis contextual y teórico, enfocado y con base en el principio de legalidad.

1.8.2 Principio de legalidad de acuerdo a la Corte Constitucional.

De acuerdo a las voces de la Corte Constitucional, el principio de legalidad es contemplado en la sentencia C-127 de 1993,²⁹⁸ en esa interpretación constitucional señala un condicionamiento a la tipicidad del delito de enriquecimiento ilícito de particulares a la previa declaratoria de responsabilidad penal y no la hermenéutica posterior contenida en fallo C-319 de 1996.

Frente a la demanda de inconstitucionalidad instaurada contra el Decreto 2266 de 1991 por medio del cual se adoptaron como normas permanentes, entre otras disposiciones, el artículo 1º del Decreto 1895 de 1989, por cuyo medio se reconsideró dicha postura para concebirlo como delito autónomo advirtió someramente:

“Este principio busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. Con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental “nullum crimen, nullapoena sine lege”, es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria²⁹⁹”.

En ese sentido, Fernández Mejía trae a colación a Vidales 2003 expresa que “el principio de legalidad tiene dos vertientes: el principio de legalidad criminal (nullum crimen sine lege) y el principio de legalidad penal (nullapoena sine lege). Este autor explica que la primera vertiente alude a que los únicos delitos que pueden ser investigados y juzgados

²⁹⁸ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-127 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁹⁹ *Ibidem.*, Sentencia C-127 de 1993.

son aquellos que están previstos y definidos por la ley; y la segunda vertiente hace referencia a que las consecuencias jurídicas de la realización de una conducta punible deben estar expresamente señaladas; esto permite que no solo se conozca la conducta prohibida sino su respectiva sanción penal³⁰⁰.

Y continuando con lo manifestado por la Corte, ésta señala que es necesario “que cuando el legislador redacta un tipo penal está obligado a definir de manera precisa el acto, el hecho o la omisión que constituye el delito, y que si no lo hace propicia un atentado contra la libertad individual, pues deja al arbitrio de la autoridad que deba aplicarlo la calificación de los actos, vulnerando la libertad y la seguridad individuales consagrados como derechos fundamentales en el ordenamiento superior³⁰¹”.

Luego en la sentencia C-133/99³⁰², se presenta una acusación contra el artículo 277 del Decreto 100 de 1980 que tipificaba el constreñimiento para delinquir en términos similares al artículo 184 vigente, respecto a la expresión “siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor” en la que se deduce la configuración de un tipo penal subsidiario.

En esta decisión se supedita la aplicación del tipo penal que en él se consagra, a que los hechos allí descritos no lo estén en otro tipo penal o no estén sancionados en otra disposición con pena mayor. Esto significa, que la conducta no será sancionada en principio por este tipo, de carácter subsidiario, en la medida en que pueda adecuarse a otra disposición en que se sancione con pena mayor.

La introducción de este dispositivo normativo, de hecho desvirtúa el cargo por presunta violación del non bis in ídem, toda vez que el legislador de manera explícita hace una remisión abstracta a otro tipo penal más gravoso, descartando así el doble reproche que aduce el actor.

³⁰⁰ FERNÁNDEZ, Mejía Diana. Atipicidad de los crímenes de lesa humanidad, una revisión del caso colombiano. Revista opinión jurídica Vol.10.20. Universidad de Medellín. 2011, p. 29.

³⁰¹ *Ibidem.*, Sentencia C-127 de 1993.

³⁰² Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-133 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

En esta sentencia la Corte recordó la disposición constitucional del artículo 29³⁰³ el cual consagra la legalidad penal, ya que de acuerdo a la carta política tan solo el legislador puede señalar cuáles son las conductas punibles y así mismo que sanción habrán de tener las mismas en caso de que la persona recaiga en ellas, luego entonces, la corte afirma que un hecho no puede ser delito sino no existe una ley que así lo disponga , señalando además que dicha ley ha de ser anterior a la conducta punible, en otras palabras “previa” o “preexistente”.

En la sentencia C-739/00³⁰⁴ la Corte declara la inconstitucionalidad de los segmentos c del primer inciso texto demandando en razón de que contenía algunas normas demasiado amplias y equívocas. Tal sentencia se presenta una acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 6º de la Ley 422 de 1998, “por la cual se modifica parcialmente la Ley 37 de 1993, y se dictan otras disposiciones”. El principal cargo de inconstitucionalidad que formula el actor de la demanda contra dicho artículo es que el mismo desconoce y vulnera el principio de legalidad que consagra el artículo 29 de la C.P. Dicho artículo tipifica como delito el acceso, uso o prestación del servicio de telefonía móvil celular y de otros servicios de telecomunicaciones, mediante copia o reproducción no autorizadas, para ello la corte estudia si viola, como lo señala el actor, el principio constitucional de legalidad, y los de reserva legal y tipicidad que se derivan de él, consagrados en el artículo 29 de la C.P., por consignar “un tipo penal en blanco”,

³⁰³ Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

³⁰⁴ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-7399/2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

ambiguo y vacío de contenidos concretos e inequívocos, que implica que los mismos deban ser llenados, en cada caso concreto, por el juez, lo que propicia la arbitrariedad y vulnera los principios rectores del derecho penal.

Pues bien el artículo 29 de la Constitución consagra de manera expresa el principio de legalidad “*nullum crimen, nullapoena sine lege*”, al respecto la Corte afirma que este principio ha sido:

“tradicionalmente reconocido y aceptado como inherente al Estado democrático de derecho, sobre el cual se sustenta la estricta legalidad que se predica del derecho penal, característica con la que se garantiza la no aplicación de la analogía jurídica en materia penal, la libertad de quienes no infringen la norma, y la seguridad para quienes lo hacen de que la pena que se les imponga lo será por parte del juez competente, quien deberá aplicar aquella previamente definida en la ley³⁰⁵”.

La denominada legalidad estricta, es decir la que según Ferrajoli exige que la “ley tenga una serie de requisitos, entre los cuales se encuentra que se trate de una ley cierta. Esto implica que la conducta prohibida o mandada tiene que estar consagrada clara y completamente en la ley, así como la sanción penal que le corresponde al que realiza dicha conducta prohibida o no realiza la acción mandada”,³⁰⁶ esa forma estricta de la legalidad, es viable siempre que no se interprete extensivamente, siendo igualmente posible si se “propone como una técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatorias, las convenciones penales referidas no a hechos sino directamente a personas y, por tanto, con carácter «constitutivo» antes que «regulativo» de lo que es punible³⁰⁷”.

³⁰⁵ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-7399/2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

³⁰⁶ FERRAJOLI, citado por Suárez López Carlos Alberto. Aporías jurídicas de los delitos de lesa humanidad en el derecho colombiano. Revista análisis internacional número 4. Bogotá. 2011, p. 144.

³⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo Penal. Madrid, Trotta, 1998, 3° Edición, p.33.

Así como existe la legalidad estricta existe una corriente doctrinaria que considera que es válido flexibilizar el principio de legalidad, en casos que provengan del derecho penal internacional, en esos eventos, “se debe tornar “flexible” cuando se trate de las que denomina “cuatro categorías de delitos internacionales”, esto es, genocidio, agresión, lesa humanidad y los que atentan contra el Derecho Internacional Humanitario³⁰⁸”.

Cabe igualmente señalar que Piqué ha hecho alusión a la prohibición de la analogía, afirmando que el principio de legalidad prohíbe que el juez realice una interpretación conforme a otras conductas que se caracterizan por tener poca similitud con otra conducta del ordenamiento jurídico, y que a su vez carece de relevancia, por lo cual la prohibición de la analogía es una derivación del principio de estricta legalidad³⁰⁹”.

Dicho principio encuentra expresión en varios componentes, que la doctrina especializada reconoce como “los principios legalistas que rigen el derecho penal”, los cuales se definen de la siguiente manera:

La Corte recuerda al maestro Luis Jiménez de Asúa, y su tratado de Derecho Penal señalando que: “...nullum crimen sine praevalere: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; nullapoena sine praevalere: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemoiudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemodamneturnisi per legaleindicum, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal³¹⁰”.

En cuanto al primero expresa que “en el Estado democrático de derecho, que él único facultado para producir normas de carácter penal es el legislador, pues además de ser esa su función natural en desarrollo del principio de división de poderes, en él se radica la representación popular, la cual es esencial en la elaboración de todas las leyes, pero

³⁰⁸VELÁSQUEZ, V, Fernando: La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad, agosto 16 de 2012, p. 10.

³⁰⁹ PIQUÉ, María L. Principio de Legalidad y de Retroactividad. La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino. Artículo. 9. 2013, p. 170.

³¹⁰ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-7399/2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

muy especialmente en las de carácter penal, que, como lo ha dicho la Corte, por sus características ...deben estar precedidas de un proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir una elaboración más democrática³¹¹.

De manera que para que se haga efectivo el desarrollo del principio de legalidad en materia penal, se ha de tener en cuenta que dentro de su órbita de aplicación deben encontrarse otros principios que se derivan del mismo, esto es, el principio de reserva legal y de tipicidad. Ahora bien, la Corte declaró inexecutable algunas expresiones contenidas en el tipo penal de acceso ilegal o prestación ilegal de servicios de telecomunicaciones, por cuanto eran demasiado amplias y si se las dejaba en el ordenamiento se estaría dotando al juez de la facultad de llenar de contenido dicha expresión.

Lo anterior con base en el alcance del principio de legalidad y de sus derivados como lo son los principios de reserva legal y tipicidad, que el Constituyente de 1991 consagró dicho principio, se cuestionó principalmente tres aspectos:

(i), se cuestiona la utilización de tipos penales en la norma, posiciones contrarias a este tipo penal afirman que permite la ambigüedad e inexactitud de la norma penal, para ello la Corte ha aclarado que el empleo de tipos penales en blanco no es contrario al ordenamiento jurídico, no obstante para que ello no vaya en contravía con el principio de legalidad los tipos penales en blanco deben, según la CCC verificar “la existencia de normas jurídicas precedentes que definan y determinen, de manera clara e inequívoca, aquéllos aspectos de los que adolece el precepto en blanco, cuyos contenidos le sirvan efectivamente al intérprete, específicamente al juez penal, para precisar la conducta tipificada como punible, esto es, para realizar una adecuada integración normativa que cumpla con los requisitos que exige la plena realización del principio de legalidad³¹²”.

(ii) La amplitud de la norma permite la ambigüedad de la misma, permitiendo que la norma no esté clara y precisa, además incumpliendo uno de los requisitos esenciales de tipo penal, esto es que haya una precisión y exactitud en la definición y descripción de la conducta punible, de ahí que la CCC ordeno que la norma en cuestión fue retirada del

³¹¹ *Ibidem*. Corte Constitucional Sentencia C-739/2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

³¹² Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-739/2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

ordenamiento legal, pues de lo contrario “se estaría dotando al juez de la facultad de llenar de contenido dicha expresión, y salvo el caso de la telefonía móvil celular, decidir en cada evento, qué servicios caben dentro de esa categoría, lo que de plano vulnera los principios de legalidad y de reserva legal³¹³”.

(iii) la siguiente expresión cuestionada por la corte determina que es demasiado abierta por ello también resulta imprecisa e inexacta, ya que no se identifica en la norma cuales son los requisitos del servicio por ello la Corte definió que esa norma también es inexecutable, “o preste servicios o actividades de telecomunicaciones con ánimo de lucro no autorizados....³¹⁴”.

Recordando que la norma en cuestión en la demanda de la sentencia 739/2000 es el artículo 6º de la Ley 422 de 1998, la cual dispone "Artículo 6º. Del acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones alegándose que al ser un tipo penal en blanco permitía la ambigüedad y la arbitrariedad, la Corte determinó que sin duda alguna la norma en cuestión carecía de los elementos esenciales para componerle, incluía varios errores, sin embargo en su inciso primero la norma se complementa con el servicio de telefonía móvil celular no se podría considerar como ambigua e inexacta, por el contrario se consideraba un tipo penal completo sin que permitiese algún vacío que fuese llenado posiblemente por el operador judicial, recalando que si este tipo penal no fuese no se complementase y fuese conforme con los lineamientos constitucionales y legales, se estaría “violando así, no sólo el principio de legalidad, sino el principio de reserva legal, que le atribuye al legislador de manera exclusiva la función de definir las conductas punibles a través de la ley³¹⁵”.

No ocurría lo mismo con los incisos segundo y tercero los cuales fueron declarados inexecutable por cuanto permitían la ambigüedad e imprecisión, al mencionar “prestación de servicios de telecomunicaciones no autorizados”, dicha expresión se consideró contraria con los lineamientos constitucionales y legales por tanto la Corte decidió retirarlas del ordenamiento jurídico, argumentando que si bien las conductas pueden

³¹³ *Ibidem.*, Sentencia. C-7399/2000.

³¹⁴ *Ibidem.*, Sentencia C-7399/2000.

³¹⁵ *Ibidem.*, Sentencia C-7399/2000.

penalmente ser sancionadas, para el caso en concreto la norma tenía vaguedad e incertidumbre jurídica, “la Corte considera que las señaladas conductas no están bien precisadas, y que por lo tanto generan con su ambigüedad confusión en el ciudadano receptor de la norma y en el intérprete, y en consecuencia atentan contra los mencionados principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica³¹⁶”.

Se observa entonces que la Corte es rígida en cuanto a los preceptos que rigen el principio de legalidad penal, pues aunque en el caso tratado la conducta podría considerarse como punible, la norma no era lo suficientemente precisa, por ello tanto solo declaró exequible el primer inciso pues este se complementaba, sin embargo los incisos segundo y tercero no se hallaban acorde con los criterios de ley estricta.

1.8.3 Principio de legalidad y seguridad jurídica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Es la seguridad jurídica la base del principio de legalidad, en el entendido de que los ciudadanos pueden conocer cómo y debido a que razones han sido o pueden ser objeto de sanciones ya sean estas privativas de la libertad o de otra naturaleza, todo ello con el fin de evitar toda forma o clase de arbitrariedad por parte del Estado. Expresamente menciona la Corte: “el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos por cuanto les permite conocer cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas³¹⁷”.

Además recuerda la Corte que “el artículo 1 del Código Penal incluye tal principio dentro de las normas rectoras del proceso penal, en estos términos: “nadie podrá ser juzgado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella”. Y en el artículo 3 del mismo estatuto establece: “la ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca”.

³¹⁶ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-7399/2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

³¹⁷ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-133 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Un aspecto bien importante que afirma la corte es que el principio de legalidad se ve sustentado o representado en el de tipicidad es decir “la ley debe describir con precisión razonable los elementos generales del delito, es decir, los distintos tipos penales con su consecuente sanción. La Constitución prohíbe la vaguedad o ambigüedad de las normas penales³¹⁸”.

Además, en cuanto a esa adecuación típica que realiza el funcionario, hay que tener presente que corresponde a éste adecuar la conducta a un tipo penal determinado, en palabras de la Honorable Corte “el legislador describe en forma general la conducta que considera reprochable y señala la pena, y el funcionario competente constata si un comportamiento individual y concreto se ajusta a una descripción penal³¹⁹”.

En razón de esto, la Corte consideró que no se vulneraba el principio de legalidad ya que las expresiones de la normas demandas, son tan solo una directriz para el funcionario judicial en el caso que existan varios tipos penales los cuales deben tener una correcta adecuación típica, “el funcionario competente deberá escoger siempre el tipo penal que recoge íntegramente y en forma más precisa el comportamiento respectivo de acuerdo con las pautas antes señaladas y excluir las demás³²⁰”.

Además ha estipulado la corte que la importancia de la adecuación típica radica en que de ésta depende la punibilidad, y que igualmente dicha punibilidad tiene que estar expresa y clara en la ley. No sólo ‘un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale’ sino que además la norma sancionadora ‘ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o preexistente³²¹’.

En la sentencia C 559/2000³²² se acusaban los artículos 68 incisos 1º y 5º de la Ley 488 de 1998, debido a que el actor consideraba que esta norma violaba los artículos 83 y 29 de la Carta, pues establecía para las sociedades de intermediación aduanera y los almacenes generales de depósito una responsabilidad penal, que calificaba de objetiva.

³¹⁸ *Ibidem.*, Sentencia C-133 de 1994.

³¹⁹ *Ibidem.*, Sentencia C-133 de 1994.

³²⁰ *Ibidem.*, Sentencia C-133 de 1994.

³²¹ *Ibidem.*, Sentencia C-133 de 1994.

³²² Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-559/2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

En ésta decisión la Corte declaró la inconstitucionalidad de dos tipos penales en razón de “la ambigüedad de la descripción penal”. Por el título de la norma demandada se ha de deducir lógicamente que define el ámbito de responsabilidad penal en materia de importaciones declaradas a través de sociedades de intermediación aduanera y almacenes generales de depósito.

En igual sentido la CCC llega a admitir la legitimidad del tipo penal en blanco como mecanismo alternativo de integración, al reconocer que no toda la realidad sujeta a regulación penal es susceptible de ser descrita en moldes legales, cerrados y completos. Para la Corte, la característica esencial del tipo penal en blanco radica en que el “alcance de la prohibición que consagra no puede ser determinado de manera autónoma sino que deben tomarse en cuenta otras disposiciones del ordenamiento³²³”.

En esta sentencia la Corte expresa varios aspectos fundamentales del principio de legalidad, (i) salvaguarda de la seguridad jurídica (ii) Reserva legal (iii) Prohibición de irretroactividad.

La máxima expuesta en esta sentencia refiere que el principio de legalidad penal es uno de los principales logros de la humanidad ya que brinda seguridad jurídica, en el entendido de que la persona conoce los motivos por los cuales ha y puede ser sancionado reiterando lo dicho en Sentencia C-133/99. Por tanto Colombia al ser en un Estado de Derecho Social y Democrático según dispone la Carta Política, Velázquez afirma que, “al lado del axioma de humanidad –límite material– debe aparecer el apotegma de legalidad, como supremo límite formal o político al ejercicio del ius puniendi del Estado³²⁴”.

Cabe igualmente reiterar que la CCC determina que el principio de legalidad protege la libertad individual, evita la arbitrariedad judicial y además asegura que todas las personas sean iguales ante el poder punitivo del Estado. De ahí que tanto los tratados de derechos humanos, como la propia constitución expresen que “nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (Artículo. 29 C.P)”.

³²³ *Ibidem.*, Sentencia C-559/2000.

³²⁴ *Op.cit.*, VELÁSQUEZ, 2009, p. 171.

El principio de legalidad tiene como derivación la reserva de ley, dimensión por la cual los derechos fundamentales tan solo pueden ser delimitados por la ley, es decir el precepto jurídico que ha emanado de la rama legislativa y que ha sido divulgada por el poder ejecutivo, siendo expresión legítima de la voluntad de la nación³²⁵.

Este principio de legalidad penal tiene varias dimensiones y alcances, “así, la más natural es la reserva legal, esto es, que la definición de las conductas punibles corresponde al Legislador, y no a los jueces ni a la administración, con lo cual se busca que la imposición de penas derive de criterios generales establecidos por los representantes del pueblo, y no de la voluntad individual y de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo³²⁶”.

Dicha reserva legal es pues una garantía para los asociados, siempre y cuando se presenten todos los requisitos del principio de legalidad, entre estos, el de irretroactividad, en el que toda ley goza en primer lugar de este aspecto, sin embargo, existe la excepción en tanto que esa ley anterior le sea más favorable al reo, en este aspecto la Corte ha mencionado que si la ley se aplica a hechos que ocurrieron en el pasado en perjuicio del reo: “el principio de legalidad no cumple su función garantista. Una consecuencia obvia del principio de legalidad es entonces la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes que crean delitos o aumentan las penas³²⁷”.

Luego la Corte ha mencionado que la retroactividad y la reserva legal resultan insuficientes deduciendo que el juez puede aplicar la ley a aquellas conductas que no se encuentren claramente definidas en la ley previa, en ese sentido, no se estaría garantizando la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que no se evita la arbitrariedad de la maquinaria punitiva ni tampoco se asegura la igualdad ante la ley, en tal caso, la determinación de una conducta como un hecho punible estaría ex post facto a cargo de

³²⁵ PIQUÉ, María L. Principio de Legalidad y de Retroactividad. La Convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección en el Derecho Argentino. Artículo. 9. 2013, p. 169.

³²⁶ *Ibidem.*, Sentencia C-559 del 2000.

³²⁷ *Ibidem.*, Sentencia C-559 del 2000.

los jueces, además en su labor interpretativa una misma ley que no es inequívoca podría tener diversas aplicaciones.

De ahí que, señala la CCC que tanto la doctrina la jurisprudencia nacional e internacional han comprendido el principio de legalidad en su sentido lato o también denominado de reserva legal, por el cual no resulta suficiente el precepto bajo el cual se deben disponer de forma previa las conductas punibles, luego entonces debe ser complementado con el fundamento de la ley en sentido estricto, o como lo afirma dicha Corporación traducido en el principio de tipicidad o taxatividad por el cual los hechos considerados punibles deben no solamente encontrarse señalados y estipulados de forma expresa, sino que también deben ser claras e inequívocas sin lugar alguno para un vacío normativo, por tanto la labor del juez debe ser únicamente la de comprobar y confirmar que una conducta se adhiere o no a la adecuación típica³²⁸.

De acuerdo con lo anteriormente planteado en cuanto al principio de legalidad en sentido lato o de reserva legal, dicho principio cumplirá con su función garantista y democrática con base en la seguridad jurídica si protege la libertad individual y asegura la igualdad ante la ley. La CCC afirma en los argumentos del fallo que la ley tiene como característica principal la taxatividad en razón de que “únicamente si las descripciones penales son taxativas, pueden las personas conocer con exactitud cuáles son los comportamientos prohibidos y la labor de los jueces, en el proceso de adecuación típica, se limita a determinar si, conforme a los hechos probados en el proceso, el acusado cometió o no el hecho punible que se le imputa³²⁹”. Por ello tal Corporación ya había destacado, en anteriores oportunidades, la importancia de este principio de taxatividad o estricta tipicidad.

Señala además que el tal principio de estricta legalidad que comprende la taxatividad tiene dos aspectos fundamentales: (i) la prohibición de la analogía in malam partem y (ii) la proscripción de los tipos penales ambiguos. Lo cual resulta lógico, y coherente para con el mismo principio, ya que, si se le permite al juez aplicar analógicamente una ley penal y esta llegara tener una descripción del tipo penal ambigua, no se aplicaría el

³²⁸ *Ibidem.*, Sentencia C-559 del 2000.

³²⁹ *Ibidem.*, Sentencia C-559 del 2000.

principio de legalidad, por tanto este sería un principio meramente formal perdiendo su función dentro del Estado de Derecho en el entendido de que dejaría a un lado la salvaguarda jurídica de los ciudadanos por no conocer de manera previa los hechos por los cuales pueden ser sancionados³³⁰.

La importancia de la taxatividad radica en que no permite una indeterminación de la ley, por estas razones la Corte reitera entonces la Constitución prohíbe la vaguedad o ambigüedad en la ley penal, debido a que “no es pues casual que sean los Estados totalitarios, como el régimen nazi, quienes han recurrido a tipos penales ambiguos y han autorizado la aplicación analógica de los delitos y de las penas³³¹”.

Por ende, se debe agregar la concepción de González quien considera que la taxatividad de la ley penal, aunque muchas veces no se encuentre taxativamente estipulada si tiene una relación directamente proporcional al principio de legalidad, puesto que sin ella el principio de legalidad serían un simple velo que en nada contribuiría a la justicia y seguridad jurídica, por tanto “estriba en que las normas penales, además de ser creadas por una ley, han de estar formuladas de forma clara y precisa, a fin de que los hechos castigados en ellas estén delimitados al máximo, y que sus destinatarios puedan comprender con la mayor facilidad posible, cuáles son los comportamientos punibles³³²”.

De manera que en materia penal el principio de legalidad vincula tanto a los jueces como al legislador ya que es un principio que goza de un doble mandato:

“Así, ordena a los jueces que sólo sancionen conductas previamente establecidas en la ley, pero a su vez, impone al Legislador el deber de definir de tal manera las conductas punibles, que éstas sean inequívocas y empíricamente verificables³³³”.

Es así que, el juez se encuentra sometido al imperio de ley y por ello debo asegurar el derecho a la defensa que tiene el acusado, quien tendrá la posibilidad de refutar los

³³⁰ *Ibidem.*, Sentencia C-559 del 2000.

³³¹ *Ibidem.* Sentencia C-559 del 2000.

³³² GONZÁLEZ, Cussac José L. y ORTS, Berenguer Enrique. (2004). *Manual de Derecho Penal. Parte General (Conforme al Proyecto de Código Penal de la República de Nicaragua de 2003)*. p.25.

³³³ *Ibidem.*, Sentencia C-559 del 2000.

argumentos de acusación durante el proceso. La Corte concluye que: “la mala redacción de una norma que define un hecho punible no es un asunto de poca monta sino que tiene relevancia constitucional, puesto que puede afectar el principio de legalidad penal estricta, ya que no queda clara cuál es la conducta que debe ser sancionada³³⁴”.

En cada campo del derecho se debe recomendar garantizar la defensa, se debe ver representado la buena técnica jurídica, sin embargo, cuando se encuentra del ámbito penal no es tan solo recomendable sino también necesario: “pues los defectos de redacción de una disposición, que generen ambigüedad penal, pueden implicar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión³³⁵”.

Relaciona la Corte a su vez el principio de conservación del derecho, en el entendido de que existan tipos penales ambiguos, así pues determina que el principio de legalidad no es solamente la representación de los derechos individuales sino también es una figura y representación del principio democrático debido a que “la definición de cuáles son las conductas que ameritan una sanción penal debe ser obra de los representantes del pueblo, luego de una adecuada deliberación democrática³³⁶”. En cuanto a esa representación popular la Corte ha dicho:

“La finalidad de esta representación popular en la elaboración de las leyes penales deriva no sólo del respeto de la separación de poderes, y de los controles que ésta supone para la protección de la libertad individual, sino que también debe permitir un proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir una elaboración más democrática de la ley penal³³⁷”. Lo cual reafirma la obligación de la ley penal de que esta sea taxativa.

Es por ello que la Corte declara como inexecutable aquellas partes de la norma que contenían una gran amplitud resultando ser “indeterminados, vagos a vagos, ambiguos, imprecisos o confusos” lo cual permitía que carecieran de sentido aun en aquellos en que la interpretación dada a estos fuera razonable.

³³⁴ *Ibidem.*, Sentencia C-559 del 2000.

³³⁵ *Ibidem.*, Sentencia C-559 del 2000.

³³⁶ *Ibidem.*, Sentencia C-559 del 2000.

³³⁷ *Ibidem.*, Sentencia C-559 del 2000.

Expresamente dice: “la norma acusada es confusa, y no resulta posible precisar con claridad cuál es la conducta que ha sido penalizada, entonces es necesario declarar su inconstitucionalidad, por violación del principio de estricta legalidad penal³³⁸”.

El principal argumento en este caso es que en ese ámbito de responsabilidad criminal a ese tipo de sociedades y almacenes no existía una claridad de la norma, es más, ni siquiera la Corte en su esfuerzo argumentativo pudo establecerlo, de ahí que para poder fallar la CCC opto por un cuestionamiento:

“¿Cuáles son los otros comportamientos que el legislador quiso criminalizar por medio del artículo 68 de la Ley 48 de 1998? Y respondió, como conclusión: no es posible determinarlo por medio de una interpretación razonable de esa disposición”.

Por lo tanto en la sentencia C 742/12, juzgó el precepto como contrario al principio de estricta legalidad y lo declaró inexecutable. En tales circunstancias, la Corte consuma que la mala redacción de una norma que define un hecho punible no es un asunto de poca monta sino que tiene relevancia constitucional, puesto que puede afectar el principio de legalidad penal estricta, ya que no queda clara cuál es la conducta que debe ser sancionada.

En la Sentencia C-200 de 2002³³⁹, la Corte reitera los anteriores planteamientos en torno al entendimiento que en el ordenamiento jurídico debe darse al artículo 29 de la Constitución, al hacer hincapié en los principios de reserva legal y de tipicidad o taxatividad de la pena. En efecto, dicha sentencia se presenta una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 40 y 43 (parcial) de la Ley 153 de 1887. Debido a que a juicio del actor, las normas demandadas vulneraban los artículos 29 y 93 de la Constitución Política, así como el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que permitían que mediante ley posterior a la ocurrencia de los hechos, se establezcan los tribunales y los procedimientos que han de seguirse para juzgar al autor de un delito. No obstante la Corte decide declarar exequibles las normas demandadas.

La Corte reitera los anteriores planteamientos (Sentencia 739/ 2000) en torno al entendimiento que en el ordenamiento jurídico debe darse al artículo 29 de la

³³⁸ *Ibidem.*, Sentencia C-559 del 2000.

³³⁹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia. C-200 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Constitución, al hacer hincapié en los principios de reserva legal y de tipicidad o taxatividad de la pena.

En el Estado de derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder. En este sentido ha dicho esta Corporación “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley³⁴⁰”.

Esto quiere decir que para poder legítimamente aplicar sanciones por parte del Estado, y como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, deben respetarse estas garantías fundamentales del debido proceso, destinadas a “proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal³⁴¹”.

Al respecto, la Corte trae a colación que tanto el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos en su artículo 15-1, como la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 9, se refieren en forma particular y explícita a la preexistencia de los delitos y sus respectivas sanciones.

Finalmente la Corte afirma que la Carta Política colombiana, por su parte en el artículo 29 establece que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, exigiendo al legislador (i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, (ii) el señalar anticipadamente las respectivas sanciones, así como (iii) la definición de las autoridades competentes y (iv) el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo ello en aras de garantizar un debido proceso³⁴².

Para garantizar las libertades fundamentales es obligado que exista una verdadera política criminal en la que se tenga en cuenta, como en todo Estado de derecho debería ser el respeto escrupuloso al principio de legalidad, sin dejar al libre arbitrio del intérprete aspectos como la determinación de la acción o de la omisión. Como señala Jáger “cuando el resultado de una interpretación conlleva exceder el posible sentido del texto

³⁴⁰ *Ibidem.*, Sentencia C-200 de 2002.

³⁴¹ *Ibidem.*, Sentencia C-200 de 2002.

³⁴² *Ibidem.*, Sentencia C-200 de 2002.

de la ley en perjuicio del autor, entonces podemos considerar que ha traspasado la frontera de la interpretación permitida y se ubica en los terrenos de la analogía prohibida³⁴³". Esta garantía que emana del principio de legalidad "es expresión no solo del Estado de derecho, sino también de las exigencias del Estado democrático, pues gracias a su riguroso respeto pueden llegar a estar representados los intereses de todos los miembros de la comunidad en la elaboración de la política criminal³⁴⁴".

En todo el sistema penal es exigible la legalidad, así pues en la sentencia C-101 de 2004³⁴⁵, la Corte tuvo oportunidad de explicar el respeto estricto y la razón de ser del principio de legalidad del delito, el proceso y la pena. Se estudia la demanda por inconstitucionalidad presentada contra el artículo 5º, parcial, de la Ley 745 de 2002 "por la cual se tipifica como contravención el consumo y porte de dosis personal de estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia, con peligro para los menores de edad y la familia". En tal ocasión la Corte tuvo oportunidad de explicar el respeto estricto y la razón de ser del principio de legalidad del delito, el proceso y la pena, menciona así que la conducta punible, el proceso y la pena son calidades esenciales de todo sistema penal, cada una de dichas categorías debe encontrarse establecida de manera cierta, previa y escrita en la ley, en primer lugar menciona la Corte que es cierta ya que debe estipularse con gran certeza cuales son las conductas prohibidas, así como los procesos y sanciones que han de tener las mismas con el fin de que cada individuo pueda conocer con anterioridad las consecuencias de algunas conductas, de tal manera que deben conocer que acciones son permitidas y cuáles no, en segundo lugar es previa por cuanto la ley debe estar dispuesta antes de que ocurra el hecho que genera una imputación penal, esto significa que las normas deben hallar configuradas antes de que tengan lugar la conducta punible, finalmente es escrita ya que fue dispuesta como el órgano competente con rango formal de ley³⁴⁶.

³⁴³ JÄGER, Christian. "Problemas fundamentales de derecho penal y procesal penal" Editor Fabián Di Placido. Traducido por Enrique Díaz-Aranda en, Buenos Aires, 2003, p. 34.

³⁴⁴ Op.cit., Sentencia C-559 del 2000.

³⁴⁵ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-101 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³⁴⁶ Ibídem., Sentencia C-101 de 2004.

Es decir, para la predeterminación de la conducta punible, el proceso y la pena, existe reserva de ley. En ese sentido el principio de legalidad, el proceso y la pena tiene dos sentidos básicos de su existencia, el primero de estos es por cuanto es una configuración del principio de separación de poderes públicos, luego entonces el encargado de ejecutar o de reglamentar una ley no es el mismo que la promulga, esto último, recalca la corte se da desde el “surgimiento de la modernidad política.”

Por otro lado, la determinación legal del delito, el proceso y la pena por parte del ente legislativo, asegura al ciudadano que la decisión tomada se halle acorde con los derechos fundamentales de la persona,

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. De allí que esta Corporación haya indicado que “en desarrollo del principio de legalidad del proceso, todos los elementos de éste deben estar íntegra y sistemáticamente incorporados en la ley, de manera que no pueden, ni las partes, ni el juez, pretender que el mismo discurra por cauce distinto al previsto en la ley” (Sentencia C-829-01)³⁴⁷.

Por ello la Corte definió la ley 745 vulneraba el principio de legalidad en tanto que no desarrolla dentro de su disposición materias básicas del sistema procesal, sino que hace una remisión parcial a otra ley, para el caso la ley 228 que en vez de complementar se aparta de los lineamientos de la primera creando vacíos normativos que los jueces no se encuentran facultados para colmar, por ello se declaró la inexequibilidad del aparte demandado del artículo 5º de la Ley 745 de 2002.

En la sentencia C-205 de 2003³⁴⁸ la CCC declaró la inconstitucionalidad del artículo primero de la Ley 738 de 2002 “Por la cual se adiciona un artículo al Código Penal” que establecía que quien comerciara con autopartes usadas de vehículos automotores y no demostrara su procedencia lícita incurriría en la misma pena contemplada para el delito de receptación. La disposición fue demandada ante la Corte. A juicio de tal Corporación

³⁴⁷ *Ibidem.*, Sentencia C-101 de 2004.

³⁴⁸ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-205 de 2003, M.P. Inés Vargas Hernández.

resultaba vulnerado el principio de legalidad, puesto que la tipificación no era suficientemente específica, de manera que podían resultar sancionados “quienes, por ejemplo, no conservan las facturas correspondientes pero comercian con bienes que pueden tener un origen lícito, ya que sólo quedará exento de responsabilidad quien logre demostrar la adquisición lícita de los mismos”. La CCC encontró que “la norma penal resulta siendo ambigua para el ciudadano por cuanto no establece una clara frontera entre cuándo resulta ser lícito o no comerciar con esta clase de mercancías, violándose así el principio de *nullum crimen, nullapoena sine lege*certa³⁴⁹”.

La Corte reiteró que la creación de tipos penales tiene reserva de ley, en un sentido material, en el entendido de ser una manifestación de las garantías democráticas y pluralistas políticas mediante un proceso que ha de dar forma a la ley, es por esto que, dicha ley es elaborada por quienes se suponen son los representantes del pueblo y del ejercicio de la democracia de este, para luego realizar un proceso legislativo caracterizado por los principios de contradicción y publicidad. En ese sentido la ley es “la expresión de la voluntad popular, realizada en un proceso donde se garantizan el principio democrático y el pluralismo político³⁵⁰”.

De ahí que el principio de legalidad, constituye una intervención punitiva del Estado, en tanto que señala las conductas punibles y la sanción a imponerresaltándose así que el Estado de derecho “debe regirse por el imperio de la Ley que es expresión de la voluntad general, de conformidad con las directrices de la filosofía liberal que lo inspiran³⁵¹”.

En el caso en concreto la Corte analizó que la creación de una nueva modalidad de tipo penal vulneró el principio de legalidad, ya que con ello no se protegió un bien jurídico que constitucionalmente fuese válido, para el caso la creación de la modalidad de receptación no se adecuaba al principio de legalidad en tanto que para ello la conducta ilícita comienza con la ejecución de comercializar autopartes de vehículos automotores sin que exista una factura “legal” de los mismos, por ende tal actividad puede llegar a ser

³⁴⁹ *Ibidem.*, Sentencia C-205 de 2003.

³⁵⁰ *Ibidem.*, Sentencia C-205 de 2003.

³⁵¹ *Op.Cit.*, VELÁSQUEZ, 2009, p. 172.

económicamente legítima. Por consiguiente, este tipo penal se basaba en el autor y no en el acto, situación que contradice y viola el artículo 29 de la Carta Política.

En materia de tipificación de delitos y fijación de penas, la CCC ha entendido además, que la ley penal constituye una severa restricción al ejercicio de los derechos fundamentales y a su vez un mecanismo de protección de los mismos así como de otros bienes constitucionales³⁵², como por ejemplo, el medio ambiente, el orden económico, la moralidad pública, etcétera. De modo que, únicamente pueden ser tipificadas conductas que afecten un bien jurídico con relevancia constitucional.

En tal sentido, la Corte considera que un derecho penal de acto se opone a uno de autor, ya que se estaría castigando a cierto tipo de personas a quienes se les castiga por su forma de ser o el carácter de las misma de manera que la corte para comprender este tipo de actuar penalista enlaza el principio de legalidad, la exigencia de tipicidad de este último, a el mandato de determinación de la ley penal por la cual se exige una descripción diferente de cada conducta típica delictiva. A contrario de lo anterior el derecho penal de autor y su teoría de tipos de autor expuesto por los penalistas nacionalsocialistas en el que ya no se castiga el acto, es decir no el homicidio, el hurto, la estafa u otros delitos. Sino que según su teoría se ha de sancionar al “homicida”, al “ladrón” al “estafador” etcétera³⁵³.

Finalmente se puede deducir que con esta providencia y luego de una extensa reflexión sobre el principio de legalidad en materia penal, particularmente sobre la importancia del principio de reserva material de ley para la creación de tipos penales, en tanto que manifestación del principio democrático y garantía del pluralismo político, la Corte enunció las manifestaciones más relevantes del principio de legalidad:

- “1. La prohibición de la analogía (nullum crimen, nullapoena sine legestricta);
2. La prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (nullum crimen, nullapoena sine legescripta);
3. La prohibición de la retroactividad (nullum crimen, nullapoena sine legepraevia);
4. La prohibición delitos y penas indeterminados (nullum crimen, nullapoena sine legecerta)

³⁵² *Ibidem.*, Sentencia C-205 de 2003.

³⁵³ *Ibidem.*, Sentencia C-205 de 2003.

5. El principio de lesividad del acto (*nullalex poenalis sine iniuria*)
6. El principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (*nullum crimen sine necessitate*)
7. El derecho penal de acto y no de autor³⁵⁴.

1.8.4 Legalidad y debido proceso.

La Sentencia C-592/05³⁵⁵ se analiza demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones “Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia” contenida en el inciso final del artículo 6º, “La protección de los testigos y peritos que pretenda presentar la defensa será a cargo de la Defensoría del Pueblo” contenida en el numeral 6º del artículo 114 y contra los artículos 127, 291 y 287 de la Ley 906 de 2004 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

En tal control de constitucionalidad, con respecto a la ley que contiene el nuevo sistema de enjuiciamiento penal colombiano, en especial línea de jurisprudencia, la Corte sostuvo:

“Uno de los principios que estructuran el derecho al debido proceso prescrito por el artículo 29 Superior, como se señaló en el aparte anterior, es el de legalidad, según el cual “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”. Este precepto supone, según la presente sentencia, determina que el legislador debe tener en cuenta lo siguiente: “(i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, (ii) el señalar anticipadamente las respectivas sanciones, así como (iii) la definición de las autoridades competentes y (iv) el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo ello en aras de garantizar un debido proceso³⁵⁶”.

Además, en el ordenamiento jurídico colombiano se garantiza el derecho al debido proceso en sus diferentes componentes “principio de legalidad, juez natural, derecho de

³⁵⁴ *Ibidem.*, Sentencia C-205 de 2003.

³⁵⁵ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-592 del 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis

³⁵⁶ *Ibidem.*, Sentencia C-592 del 2005.

defensa, presunción de inocencia, derecho a presentar y controvertir pruebas, principio de favorabilidad, entre otros en perfecta armonía con las disposiciones internacionales sobre la materia y en particular con las normas de la Convención Americana de Derechos del Hombre a que se ha hecho referencia³⁵⁷.

Define así el principio de favorabilidad, cuando expone que “el principio de favorabilidad constituye un elemento fundamental del debido proceso que no puede desconocerse. El carácter imperativo del inciso segundo del artículo 29 de la Carta no deja duda al respecto. Así, en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultractividad de la ley. La retroactividad, por el contrario, significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia³⁵⁸”.

Luego entonces y a través de un análisis de la línea jurisprudencial en cuanto al tema, declarando exequibles los textos demandados la Corte reitera que el principio de legalidad se encuentra tipificado en la Carta Política colombiana como en los tratados de derechos humanos al ser un efectivo mecanismo para evitar la arbitrariedad del Estado y proteger la libertad individual en especial, además de garantizar la igualdad ante la ley así expresamente se establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa³⁵⁹.

La Sentencia C897/05³⁶⁰ en la que los demandantes solicitaban que se declarará la inconstitucionalidad del artículo 12 de la Ley 890 de 2004, por ser violatorio del preámbulo y de los artículos 1, 13 y 29 de la Constitución Política, allí la Corte resolvió,

³⁵⁷ *Ibidem.*, Sentencia C-592 del 2005.

³⁵⁸ *Ibidem.*, Sentencia C-592 del 2005.

³⁵⁹ Constitución Política colombiana. Artículo 29.

³⁶⁰ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-897 del 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

en un análisis del principio de legalidad, comenzando entonces por recordar que con base en la jurisprudencia de dicha Corporación el mencionado principio en materia penal, no se agota con la definición previa de las conductas punibles, ya que es también necesario que tales conductas estén precisa e inequívocamente descritas en la ley, en ese sentido “las conductas que comportan sanciones penales deben ser descritas de tal forma que, antes de realizar los actos, las personas puedan saber clara, precisa e inequívocamente, qué comportamientos están prohibidos y cuáles no lo están. El incumplimiento de estos requisitos habrá de conducir a la declaración de inexecutable de la norma³⁶¹”.

En el caso, la Corte determinó que la norma en cuestión violaba el principio de legalidad ya que carecía de determinación, por tanto el grado de indeterminación de la norma acusada es demasiado amplio, pues cobijaría las más diversas exigencias del juez, además que no está claro cómo se establecería si la negativa a cumplirlas es deliberada, lo cual vulnera el principio de legalidad estricta en materia penal (artículo 29 C.P).

Adicionalmente, se estableció que el propósito perseguido por la norma puede ser obtenido a través de medidas con eficacia semejante y menos lesiva de los derechos de las personas, como las contempladas en los artículos 144 y 143 de los dos Códigos de Procedimiento Penal que se encuentran vigentes. De otra parte, la Corte determinó, que la sanción de uno (1) a cuatro (4) años de prisión, más una multa que puede ser bastante elevada - de cinco a cincuenta salarios mínimos legales - es manifiestamente desproporcionada, pues no hace referencia a las sentencias y autos, ni a las órdenes destinadas a impedir el curso de la audiencia, conductas sancionadas en otras disposiciones, sino que busca que todos los mandatos judiciales sean cumplidos, sin excepción, sin que su desacato tenga una trascendencia tal, que amerite la sanción contemplada en la norma, sobre todo, por la afectación de la libertad personal³⁶².

A juicio de la Corte:

“La decisión del legislador de sancionar el incumplimiento deliberado de una orden dictada dentro de una audiencia por el juez o magistrado respectivo no se ajusta al

³⁶¹ *Ibidem.*, Sentencia C-897 del 2005.

³⁶² *Ibidem.*, Sentencia C-897 del 2005.

principio de legalidad, por cuanto la norma creada carece del grado de concreción, precisión y especificidad que requiere una disposición penal para hacer posible que los ciudadanos sepan con claridad, y anticipadamente, cuáles son las conductas que les pueden acarrear una sanción penal³⁶³.

Es evidente que la Corte asume la necesidad de aplicar el principio de la reserva legal para la determinación de los delitos, evitando manifiesta la Corte que “las conductas más nimias lleguen a ser sancionadas drásticamente con base en las interpretaciones judiciales acerca de la disposición impugnada³⁶⁴”.

Por lo tanto, la Corte encontró que el artículo 12 de la Ley 890 de 2004 elevó a la categoría de delito -asimilable en su sanción al fraude a resolución judicial - conductas que tradicionalmente han sido tratadas y sancionadas a través de los poderes correccionales del juez por perturbar el desarrollo de las audiencias públicas y, por ende, atentatorias de una administración de justicia eficaz.

De acuerdo a tales argumentos la Corte finalmente determina que la norma acusada es efectivamente demasiado vaga e imprecisa, característica tal que genera su inconstitucionalidad por vulneración al principio de legalidad, debido a que la obtención del respeto de órdenes del juez que no se refieren a aspectos fundamentales del proceso, no requiere de medidas extremas, además de que la vaguedad de la norma quebranta el principio de legalidad en materia penal, razones que conducen a la inconstitucionalidad del artículo 12 de la Ley 890 de 2004.

La sentencia C-144/10³⁶⁵ se analiza la demanda por inconstitucionalidad contra los artículos 17 parcial, 112, 357, 245, 362, 397, 415, 438, 450 y 454 de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de procedimiento penal. En esa ocasión la Corte declaró la exequibilidad de la precitada norma. Expresa que el debido proceso se encuentra constitucionalmente estipulado y sustentado en diferentes principios y garantías “dentro de las cuales se encuentran, de modo estructural, el principio del nullapoenae sine lege, la definición de un juez o tribunal competente y la observancia de la plenitud de formas

³⁶³ *Ibidem.*, Sentencia C-897 del 2005.

³⁶⁴ *Ibidem.*, Sentencia C-897 del 2005.

³⁶⁵ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-144 del 2010, M.P. Juan Carlos Henao.

propias de cada juicio³⁶⁶. Define entonces que el principio de legalidad es “pieza esencial del Estado de derecho y constitucional de derecho, es un supuesto indispensable para la concreción del derecho fundamental consagrado en el artículo 29, así como en los artículos 9 de la Convención americana de derechos humanos y 15 del PIDCP³⁶⁷”.

Así las cosas el principio de legalidad es la base nuclear, tal como ha quedado claro, del Estado social y democrático de derecho, a pesar de que existe un margen discrecional dirigido hacia el legislador en materia de “elaboración de leyes”, de igual modo es cierto que dicho margen está controlado por los demás entes dentro del mismo Estado. En este sentido debe existir una igualdad de trato que comprende al derecho penal y al procesal penal, lo que implica también que exista “seguridad jurídica sobre la sustancia y el modus operandi del proceso. Esto a fin de que las partes e intervinientes sepan i) cuáles son sus derechos, deberes y responsabilidades; ii) cuáles serán las actuaciones que componen el procedimiento judicial o administrativo que se adelanten a su favor, en su contra o respecto de sus intereses, y, iii) cuáles son las diferentes decisiones y medidas que pueden adoptar las autoridades que los dirigen o que participan en ellos³⁶⁸”.

Así pues la claridad de la norma es más visible en el ordenamiento de derecho penal sustancial, de ahí que a juicio de la Corte se haya ampliado el principio de tipicidad, sin embargo dicha situación no se encuentra como tal en el derecho procesal penal en el que las disposiciones que regulan el procedimiento de un determinado caso muchas veces no son tan claras para las partes que están dentro del mismo³⁶⁹.

La Corte afirma que en el proceso por el cual se aplica determinada norma penal, es posible que el legislador le haya concedido al juez la “función de aplicar conceptos que no pueden ser definidos apriorísticamente en la norma legal, sin con ello quebrantar el principio de legalidad”.³⁷⁰ No obstante, valga aclarar que el juez ha de entregar una argumentación completa, clara y razonable que sustente la aplicación de tales conceptos de conformidad con el caso.

³⁶⁶ *Ibidem.*, Sentencia C-144 del 2010.

³⁶⁷ *Ibidem.*, Sentencia C-144 del 2010.

³⁶⁸ *Ibidem.*, Sentencia C-144 del 2010.

³⁶⁹ *Ibidem.*, Sentencia C-144 del 2010.

³⁷⁰ *Ibidem.*, Sentencia C-144 del 2010.

Todos estos razonamientos hechos por la Corte se han tratado en casos anteriores, con lo cual se puede determinar que el principio de legalidad penal como una garantía ciudadana en un Estado de Derecho, permite no solamente que se empleen términos jurídicos de fácil comprensión, sino también la aplicación efectiva y acorde para el caso con el fin de que la seguridad jurídica se vea garantizada en todo momento.

Para el asunto tratado en este fallo la CCC acoge claramente un problema relacionado con la fijación de una facultad del juez, sujeta no a supuestos regla cerrados e inequívocos, sino previstos a través de conceptos jurídicos indeterminados.

Lo realmente importante es que el juez establezca si “el legislador ha delineado con suficiencia a través de tales expresiones indeterminadas, los extremos de orden circunstancial del concepto jurídico cuya aplicación entrega al juez penal: la suspensión de la audiencia, sin desmedro del principio de legalidad y permitiendo a aquél adoptar una decisión oportuna y adecuada”. Esta realidad, no es una excepción sino es la regla general y es sustentada finalmente por la Corte cuando expone “que tales conceptos jurídicos indeterminados ordenan correctamente y sin vulnerar el principio de legalidad requerido para esta clase de actuaciones (art. 6º, 29 CP), el ejercicio excepcional de la facultad reconocida al juez para suspender por un determinable lapso, la audiencia del juicio oral”.³⁷¹ Por ello la Corte finalmente decide que no existe violación del principio de legalidad y en ese sentido los apartes acusados de los artículos 17 y 454 del CPP, serán declarados exequibles.

1.8.5 La legalidad para la Corte Suprema de Justicia.

En torno al principio de legalidad analizado desde la perspectiva de la CSJ, es necesario recordar a Náquira cuando expone que existe un “problema que se presenta con las leyes penales en blanco es su compatibilidad con el principio de legalidad, el determinar

³⁷¹ *Ibidem.*, Sentencia C-144 del 2010.

si es posible y hasta donde lo es, su adecuación a las modernas exigencias constitucionales³⁷²”.

Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia proceso No 29772³⁷³, estudió la inquietud del censor radica exclusivamente en que, en su criterio, el tipo penal del artículo 382 de la Ley 599 del 2004, que es de los considerados “en blanco”, solamente se podía complementar por una disposición de igual jerarquía, esto es, por una ley, y como ello se hizo con un acto administrativo, una resolución del Consejo Nacional de Estupefacientes, los jueces violaron la ley, porque ese ente no está facultado para expedir o adicionar normas.

Pues bien, cabe igualmente señalar que desde sus primeras consideraciones la Corte Suprema de Justicia advirtió que tal reparo del censor es desacertado ya que hace una afirmación errónea acerca de la calidad de los tipos penales en blanco, expresa entonces que “para que los denominados “tipos penales en blanco” se complementen se requiere que la disposición penal, expedida por el legislador, haga la remisión expresa a aquella parte del ordenamiento jurídico en donde ha de hallarse esa adición, sin que necesariamente ésta tenga el mismo origen; basta que sea proferida por organismo competente, que sea precisa, emitida con antelación a su vigencia y que no modifique el núcleo central del tipo penal³⁷⁴”.

A juicio de Vives para que el principio de legalidad no pierda su vigencia se requiere que como disposición principalmente constitucional, es necesario que exista “un núcleo en cada precepto que pueda aplicarse sin necesidad de interpretación, esto es, que incluya claramente unas constelaciones de casos y excluya, también con toda claridad, otras³⁷⁵”. Afirma la Corte Suprema que los tipos penales en blanco han sido objeto de especiales debates en la doctrina y jurisprudencia nacional por lo cual se ha aceptado la legitimidad

³⁷² NÁQUIRA, R. J. Principios y Penas en el Derecho Penal Chileno. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. 2008, p.8.

³⁷³ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Proceso No 29772. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán 17/09/2008.

³⁷⁴ *Ibidem.*, Corte Suprema de Justicia. Proceso No 29772. 2008.

³⁷⁵ VIVES, Antón Tomás. Principios Penales y Dogmática Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General) Derecho y Cambio Social, p. 14.

de los mismos, luego entonces “su existencia no vulnera, *per se*, el principio de legalidad penal³⁷⁶”.

Desde antes de la Constitución de 1991, la Corte Suprema se ha referido al principio de legalidad penal, de manera que inicialmente, señaló que “el llamado principio de legalidad en materia penal queda a salvo con la promulgación de la ley que, con todo y tener el carácter de norma en blanco, es propiamente la que, en una u otra forma, consagra el precepto y amenaza con una pena a sus violadores. Lo demás son referencias de la ley que, promulgada debidamente, se confunde con la norma misma y no permite hablar de su ignorancia para efectos exculpativos³⁷⁷”.

Seguidamente en septiembre de 1983 a juicio de la Corte Suprema se dijo: “Si la norma penal es vaga, incierta, ambigua o equívoca, los funcionarios llamados a aplicarla resultan detentando por ello solo, necesariamente, un poder arbitrario, y las personas sufrirán el consiguiente recorte injusto en la esfera de la libertad individual inviolable, garantizada por la Constitución³⁷⁸”. Más allá de la libertad lo que se pretende es respetar todos los derechos fundamentales, para el efecto se deben cumplir cada uno de los requisitos del principio de legalidad. Así lo ha establecido la CSJ cuando dijo que: “el principio de estricta y preexistente legalidad corresponde a los siguientes rasgos esenciales de normatividad: 1. Toda norma sustancial de naturaleza punible, tanto delictiva, como contravencional, disciplinaria o correccional, debe ser de carácter y jerarquía constitucional o legal, o autorizada por la ley conforme a la Constitución. 2. Debe ser preexistente a la comisión del hecho prescrito como punible y estar vigente al momento que se haya cometido. 3. Debe ser expresa, clara, cierta, nítida, inequívoca, exhaustiva y delimitativa. 4. No puede por lo tanto adquirirse como válida cuando es implícita, incierta, ambigua, equívoca, extensiva, o analógica, a no ser que respecto de

³⁷⁶ *Ibidem.*, Corte Suprema de Justicia. Proceso No 29772. 2008.

³⁷⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Proceso No 2217-19. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán 15/12/1959.

³⁷⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. M.P. Fernando Uribe Restrepo 1/09/1983.

esta última característica, su aplicación sea para favorecer y no para desfavorecer al sindicado o condenado Corte Suprema de Justicia³⁷⁹.

En sentencia de 12 diciembre de 2005³⁸⁰, se refirió en cuanto a los tipos penales en Blanco y el principio de legalidad penal, en efecto, en tal ocasión se pretendía estudiar la admisión de una demanda en cuanto al debido proceso y el tipo penal de usura por ser este un tipo penal en blanco.

El principio de legalidad constitucionalmente se encuentra reconocido en el artículo 29 inciso 2°, así como en el artículo 6. De ahí que conforme a ello “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”.

Señala la Corte además que: “En un Estado social y particularmente democrático, participativo y pluralista, como es reconocido el nuestro 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 observar³⁸¹”.

De tal manera que el principio de legalidad cumple un papel importante en la creación de tipos penales, y a su vez se desarrolla dentro del ámbito de los mismos, en el sentido de a través de estas formulaciones el legislador ha de expresar que conductas considera lesivas para la protección de bienes jurídicos tutelados, por ello es importante resaltar el principio de legalidad en tanto que la norma ha de ser en primer lugar, clara e inequívoca.

³⁷⁹ *Ibidem.*, Corte Suprema de Justicia. 1983.

³⁸⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Proceso No 23899. M.P. Marina Pulido de Barónía 12/12/2005.

³⁸¹ *Ibidem.*, Corte Suprema de Justicia. Proceso No 23899. 2005.

La regla general en cuanto a los tipos penas es la determinación de conductas punibles que testan compuestas por un precepto legal sin embargo en algunas ocasiones ciertas conductas al ser elevadas a una disposición penal no resulta suficiente dada su “particularidad” necesitando complementarse con otra norma siempre y cuando “ésta satisfaga también las exigencias de claridad e inequívocidad que se exigen de aquella, todo lo cual no es asunto distinto al de la integración de la estructura de los tipos penales en blanco, en procura de consolidar una proposición fáctica completa, que suministre claridad, nitidez, univocidad y certeza de la imputación³⁸²”. Se alude entonces a los llamados tipos penales en blanco los cuales la conducta punible se hallan de forma genérica, motivo por el cual es necesario recurrir a otra ley del ordenamiento jurídico, así que “la razón de ser de estas leyes es la necesidad de regular ciertas materias que exigen una dosis importante de conocimiento técnico y que deben ser actualizadas con cierta frecuencia, como las regulaciones económicas, los estupefacientes, las armas de fuego, las especies en extinción, etc. Este conocimiento suele estar en la órbita de la administración, que es el que se encarga de completar los puntos de la ley que le fueron asignados³⁸³”.

En ese orden de ideas la existencia de los tipos penales en blanco la conducta no se encuentra íntegramente definida razón por la cual es necesario acudir a otra norma ya sea del mismo ordenamiento o de otro que pueda complementar el primero, esto con el fin de “realizar el proceso de adecuación típica, amén de establecer, entre otros factores, por ejemplo, la conciencia de la antijuridicidad, razón por la cual, no se viola el principio de reserva cuando el legislador señala los elementos básicos para delimitar la prohibición y remite a otras instancias el complemento correspondiente, siempre que este sea claro y permita establecer sin equívocos la conducta punible y su sanción³⁸⁴”.

Los tipos penales en blanco se componen de un núcleo esencial y su complemento, los cuales integran una sola disposición “pero ambos deben sujetarse a las exigencias del

³⁸² *Ibidem.*, Corte Suprema de Justicia. Proceso No 23899. 2005.

³⁸³ PIQUÉ, María L. Principio de Legalidad y de Retroactividad. La Convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección en el Derecho Argentino. Artículo. 9. 2013, p. 171

³⁸⁴ *Ibidem.*, Corte Suprema de Justicia. Proceso No 23899. 2005.

principio de legalidad, esto es, deben ser previos a la comisión de la conducta punible (ley previa), no puede confiarse a la costumbre o a preceptos no expedidos por el legislador el señalamiento de los elementos estructurales del núcleo o la sanción (ley escrita) y tanto el núcleo como el complemento deben ser claros, ciertos e inequívocos (ley cierta)³⁸⁵ ”.

En ese sentido, respecto a la jerarquía que tiene la norma de complemento el tratadista Lozano ha señalado lo siguiente: “Asimismo desde un posicionamiento crítico hacia tal empleo de la técnica normativa del tipo penal en blanco, en aras de la salvaguarda de principios constitucionales relativos a la legalidad, certeza y seguridad jurídica de las normas penales³⁸⁶”.

En el caso en concreto la Corte determinó que el delito de usura cumple con los requisitos de tipo penal en blanco satisfaciendo el principio de legalidad, motivo este y anteriores argumentos por los cuales la sentencia no casa³⁸⁷.

Retomando en este punto lo dicho precedentemente, en sentencia radicado N° 29772³⁸⁸, para el caso en el que se cuestionó la constitucionalidad del artículo 382 del C. P. el cual regula y sanciona el porte y transporte ilegal de sustancias que participan en la producción de cocaína y otros estupefacientes. En virtud del reconocimiento de que las sustancias que participan en la fabricación de estupefacientes pueden ser distintas según avanzan las técnicas de producción y se crean nuevos insumos, el legislador asignó a una autoridad administrativa la clasificación de las mismas.

De manera que la remisión a la norma de complemento ha de ser expresa, clara y precisa permitiendo asique se integre una disposición legal dentro de la cual se debe establecer o adherir la conducta. Otro aspecto importante es la disposición previa de la conducta, en el caso de los tipos penales en blanco la Corte Suprema advierte lo siguiente: “se permite que la disposición que complementa el tipo penal básico se expida

³⁸⁵ *Ibidem.*, Corte Suprema de Justicia. Proceso No 23899. 2005.

³⁸⁶ BLANCO, Lozano C. *El Principio de Legalidad Penal*. 2015. p. 8. (Consultado el 07 de Abril de 2015), Disponible en Internet. <http://www.vlex.com>.

³⁸⁷ *Ibidem.*, Corte Suprema de Justicia. Proceso No 23899. 2005.

³⁸⁸ *Op.cit.*, Corte Suprema de Justicia. Proceso No 29772. 2008.

con posterioridad a éste, pero se exige la existencia de la norma de complemento para la conformación final del tipo penal.

En otros términos, la existencia de la norma de complemento del tipo penal en blanco es requisito de configuración definitiva del tipo penal integrado. Sólo de dicha manera se garantiza la previsibilidad de las circunstancias punibles y de la sanción penal y sólo así se efectiviza el principio del debido proceso que garantiza que nadie sea juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa. Este requisito permite que la norma penal se complete de manera definitiva antes de que el ciudadano o el juez ajusten su conducta a lo dispuesto por ella³⁸⁹.

No obstante, cabe señalar que la norma complemento se debe establecer de modo que cumpla suficientemente con la naturaleza de la norma jurídica, siendo publicitado con el fin de que el ciudadano pueda oponerse a dicha norma y además garantizando que cada ciudadano conozca el contenido de la misma. Unido a lo anterior la norma complemento debe exigirse que esta se dé acorde a los lineamientos constitucionales y de acuerdo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Finalmente la Corte Suprema refiere en cuanto a la verificación de la legalidad en las sentencias para lo cual se debe invocar la violación indirecta a partir de los siguientes puntos: “la (I) la indicación precisa de cada una de las pruebas apreciadas erradamente; (II) la especificación de si en el proceso de valoración el *Ad quem* incurrió en errores de hecho o de derecho; (III) la concreción de si respecto de los yerros de hecho se cometieron falsos juicios de existencia (por omisión o suposición), identidad o raciocinio; o de legalidad o convicción (tratándose de los errores de derecho); y, (IV) con la demostración de la trascendencia o idoneidad de los errores, esto es, que compete acreditar que de no haberse cometido ellos, el sentido del fallo hubiera sido opuesto³⁹⁰”.

De acuerdo a estos pasos, la Corte determinó que el cuestionamiento del actor no se adhiere a ello y que por tanto se inadmite la demanda al no cumplir ninguno de los requisitos.

³⁸⁹ *Ibidem.*, Corte Suprema de Justicia. Proceso No 29772. 2008.

³⁹⁰ *Ibidem.*, Corte Suprema de Justicia. Proceso No 29772. 2008.

1.9 Conclusiones.

A lo largo del capítulo se analizó la teoría respecto al principio de legalidad en la jurisprudencia y la doctrina colombiana, desde la órbita internacional y nacional.

A nivel doctrinal, la legalidad es una de las mayores garantías y conquistas del derecho, comprendida desde los diferentes acontecimientos históricos, principalmente es un producto de la ilustración, luego de esto se le fueron modificando y transformando en uno de los principios más importantes para limitar la arbitrariedad del aparato estatal, traducida en una ley que ha de ser previa, escrita, estricta y cierta; es pues una garantía de la seguridad jurídica del ciudadano, pero también una limitación al poder. Es decir, el principio de legalidad cumple la misión de seguridad jurídica, por ende, la seguridad jurídica se convierte en un valor teleológico a través de dos vías que la soportan: de una parte la seguridad de los ciudadanos entre sus relaciones y, de la otra; sus relaciones frente al poder estatal.

Una de las maneras de analizar la legalidad está basada en el precepto de la legalidad estricta por el cual los tipos penales deben estar totalmente definidos sin que dé lugar a ambigüedades o imprecisiones, se llegó a cuestionar los tipos penales en blanco pues estos generan una mayor dificultad a la hora de la adecuación típica; sin embargo, también es claro que mientras la norma complemento se perfeccione con la norma núcleo, y esta última disponga que ha de remitirse a la primera, no existe una vulneración al principio de legalidad penal.

Cuando se hace referencia a la *lex certa*, se infiere que el legislador debe crear tipos penales que se caractericen por su claridad y precisión, igualmente ello debe darse a conocer al conglomerado social con el fin de que estos se abstengan de cometer tales conductas, es decir el legislador debe ser muy preciso a la hora de crear normas pues estas deben ser en su mayoría completas, claras y sin lugar a ambigüedades, por tanto debe evitarse la utilización de los tipos penales en blanco³⁹¹.

³⁹¹ MORENO, Melo M. El Principio de Legalidad en Materia Penal Implicaciones Teóricas y Prácticas. Artículo Publicado en Foro Jurídico. 2015. p. 49.

Igualmente queda claro que el principio de legalidad es tanto de los delitos como de las penas, siendo el límite principal a la potestad punitiva del Estado.

De conformidad con las características del principio de legalidad; el ejercicio del *ius puniendi*, exige que las instituciones estatales y más concretamente las que tienen que ver con el derecho penal tengan presente dicho principio como una garantía que nadie podrá ser castigado ni por conductas ni con sanciones que no estén previamente determinadas en la ley.

Lo anterior, no es ajeno a la aplicación de justicia transicional. Por esta razón el principio de legalidad abarca las normas penales, y la obligación a las instituciones sustantivas y procesales de respetarlo. Así pues, el principio de legalidad puede ser también, sustantivo y procesal consiste en que el hecho ilícito (el tipo) y la sanción (la pena) deben ser definidos por ley preexistente, es decir, con anterioridad a la ocurrencia de la conducta reprochable³⁹².

Se infiere que, es importante determinar con precisión, los fundamentos o criterios que doctrinal y jurisprudencialmente corresponden al principio de legalidad, en cuanto a la *lex praevia*, este mandato señala que solo se puede juzgar por conductas que con anterioridad a su comisión constituían un hecho punible en la normativa. Del mismo modo tiene que ser *scripta, stricta y certa*. La *Lex Scripta*, implica que la norma penal debe estar establecida de manera escrita y no verbal o consuetudinaria, ya sean estos válidamente emitidos por organismos de carácter interno o internacional, los cuales deben ser consignados en leyes de carácter formal y material³⁹³.

Por su parte, la *Lex stricta* implica una obligación del juzgador de respetar la ley a la hora de interpretar y aplicar una norma penal, lo que envuelve que se excluya la analogía en cuanto perjudique al reo (*analogía in malam partem*).³⁹⁴ El principio de legalidad es tanto de forma estricta como laxa, dadas sus particularidades sus consecuencias tienen que ver con la violación o no del principio. En otras palabras bajo la legalidad estricta únicamente es válido aplicar la ley penal respecto a aquello que esté estrictamente en la

³⁹²Op.cit., REY. 2002, p. 568.

³⁹³Op.cit., MORENO. 2015. p. 49.

³⁹⁴Ibidem., MORENO. 2015. p. 49.

ley, en consecuencia la adecuación de la conducta de la persona inculpada lo es frente al tipo penal, de este modo se entiende que el principio de legalidad demanda que la ley debe estar en un texto legal,³⁹⁵ no es posible entonces, señalar como punibles y con consecuencias penales hechos que no tenían tal características en el ordenamiento jurídico,³⁹⁶ de no ser así la conducta deviene en atípica.

³⁹⁵Op.cit., VIVES. p. 5.

³⁹⁶Op.cit., PIQUÉ. 2013, p. 170.

CAPÍTULO. EL TRATAMIENTO PENAL EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL.

1.10 Introducción.

Colombia es un país que ha resistido a más de medio siglo de lucha entre fuerzas opositoras al Estado, grupos de paramilitares que apoyan a este y el desenfreno de las obligaciones de los agentes estatales, todo en perjuicio de millones de víctimas.

De conformidad con el artículo 1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977, se entiende un conflicto armado no internacional es el que se desarrolla en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejercen sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo. En varias décadas Colombia ha vivido esta situación lo que permite concluir que ha habido un conflicto armado no internacional.

El no reconocimiento del conflicto nunca permitió conocer las víctimas de la guerrilla del paramilitarismo, y el propio Estado, con el reconociendo se logró que por ese medio las víctimas obtuvieran justicia, hasta antes de ese reconocimiento político y legal, el enfrentamiento de las fuerzas estatales con guerrillas y paramilitares se manejó bajo el concepto de una lucha contra el terrorismo.

La salida política al conflicto armado no internacional, fue el reconocimiento. La verdad en términos de los Convenios de Ginebra y protocolos adicionales ha existido conflicto. Torres recuerda que “solamente es a partir de la Sentencia C- 205 de 1995 en la que se evalúa el acogimiento del protocolo adicional II a la legislación interna, en el que se

comienza a analizar el conflicto armado interno y de igual forma se establece el estatus de norma *iuscogens* entendida como una norma de carácter imperativo³⁹⁷.

A pesar de la necesidad de paz, la sociedad colombiana no la ha visto de forma continuada, siendo además un derecho, la paz no se ha logrado conseguir. La paz como un derecho múltiple que como sostiene Manrique, es su multiplicidad que asume su forma de ejercicio. Este derecho es al mismo tiempo, un derecho de autonomía, un derecho de participación, un derecho de crédito y un derecho-deber. Lo que implica que para cada uno de los miembros de la sociedad existan una serie de derechos como es que se excluya la violencia como solución de los conflictos³⁹⁸. A pesar de ese gran escepticismo, la Corte Constitucional define la justicia transicional como la posibilidad de lograr paz social, siendo “un sistema o tipo de justicia de características particulares, que aspira a superar una situación de conflicto o postconflicto, haciendo efectivos en el mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social³⁹⁹”.

De la misma manera la paz es registrada en los Acuerdos suscritos inicialmente en la Habana Cuba y luego en Bogotá Colombia, como un derecho, y se manifiesta que “la paz es un derecho y el Estado está obligado a alcanzarla. La paz es condición necesaria para el ejercicio y disfrute de todos los demás derechos. Todos los operadores de la JEP

³⁹⁷ TORRES, Vásquez, Henry, Conflicto armado y terrorismo en Colombia. El terrorismo de las Farc-EP de acuerdo con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, Revista *Iustitia* N° 13 enero diciembre de 2015, p 17.

³⁹⁸ MANRIQUE, Reyes Alfredo, Democracia local y derechos humanos, Personería de Bogotá, 2005, p. 307.

³⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

deberán interpretar las normas pertinentes y tomar sus decisiones teniendo como principio orientador el derecho a la paz⁴⁰⁰”.

La Corte Suprema de Justicia en 2011 mediante sentencia Número 35.099 determinó que en Colombia “existe un conflicto no internacional, y para ello no se requiere la manifestación expresa del Gobierno, pues el conflicto es un hecho y no una declaración⁴⁰¹”, esta es una clara muestra de diversas estimaciones respecto a que este país ha vivido en medio de un conflicto armado no internacional, que no obstante solo hasta hace poco fue reconocido. Luego, a través del Acto Legislativo 01 de 2012, y posteriormente el 01 de 2015 son los que han observado la existencia de un conflicto armado interno. Ya en la ley 1448 de 2011 se había reconocido directamente la existencia del conflicto armado interno colombiano y se asumía por parte del Estado las consecuencias del mismo.

Mientras duró el conflicto hubo un sinnúmero de delitos que fueron cometidos por todos los actores armados del conflicto armado no internacional, este aspecto incluye los delitos cometidos por empresarios, ganaderos y políticos, entre otros, personas que de algún modo apoyaron militar, política o económicamente a los actores o a los grupos enfrentados en el conflicto.

Es claro que tanto los derechos humanos al igual que al derecho internacional humanitario (DIH) son aplicables al conflicto colombiano. Mientras que los derechos humanos en el mundo se aplican a todos dentro de la jurisdicción del Estado de que se trate, ya sea en tiempo de paz o de guerra. Por su parte, el DIH se basa principalmente en la Cuarta Convención de Ginebra (1949) sobre la protección de civiles en tiempo de guerra, así como los protocolos adicionales de 1977. El artículo 3 común, se aplica a todo conflicto armado no internacional, esto significa que es aplicable a los conflictos internos, como es el caso de Colombia. Así pues, el DIH establece responsabilidades de los

⁴⁰⁰ABC Jurisdicción Especial Para la Paz. Consultado el 07 de Enero del 2017. Disponible: en: www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/...de-paz/abc-jurisdiccion-especial-paz.htm.

⁴⁰¹ Corte Suprema de Justicia en Sentencia 35.099. del 23 de Marzo del 2011. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

Estados y las partes no estatales durante los conflictos armados. Estas normas definen el derecho a recibir asistencia humanitaria, la protección civiles, incluido el personal médico y humanitario; así el derecho a la protección de los refugiados, los prisioneros, los heridos y los enfermos. Debido a las características del conflicto armado en Colombia el DIH está destinado a limitar los efectos respecto de los civiles. Es decir, protege a las personas que no participan en las hostilidades y señala los límites los medios y métodos de guerra.

La jurisprudencia de tribunales internaciones ha señalado que se deben castigar las infracciones graves crímenes de naturaleza internacional, crímenes como los de lesa humanidad, genocidio y guerra en los que diversos autores pertenecientes a grupos armados en Colombia los han perpetrado, pueden ser investigados por la justicia de transición. Es así que en el TPIR en su artículo 4 y a su vez en TESL en el artículo 3 ya se había planteado la posibilidad de sancionar las infracciones graves para el DIH en conflictos no internacionales⁴⁰². Lo cual significa la posibilidad de que en Colombia este tipo de que conductas llevadas a cabo en medio del conflicto armado no internacional sean castigadas sin tener que pensar que se vulnera el principio de legalidad.

La Cruz Roja internacional sigue la doctrina de *Sir Hersch Lauterpacht* respecto al DIH en cuanto este señala unas normas de comportamiento en la guerra, las cuales requieren ser respetadas por las partes en conflicto. En ese aspecto, la legalidad como principio exige su total respeto en el derecho internacional.

Al margen de que las partes cuestionen la legalidad, por ejemplo en casos de crímenes muy graves cometido s en medio de los conflictos armados, estas deben respetar el DIH⁴⁰³

⁴⁰² AMBOS, Kai Justicia de transición y constitución Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional, Editorial Temis obras jurídicas, Colombia 2014, p. 249.

⁴⁰³ Lemkin, Raphael, "The Acts Constituting a General (Transnational) Danger Considered as Offenses Against the Law of the Nations, 1933", en <http://www.preventgenocide.org/lemkin/madrid1933-english.htm> (consultado el 4 de febrero de 2018).

1.11 Justicia transicional.

La justicia transicional para Ibarra contiene unas finalidades importantes “i) un compendio de mecanismos judiciales y extrajudiciales excepcionales y transitorios; ii) se provee en el tránsito de una sociedad autoritaria a una sociedad democrática o a la finalización de un conflicto armado; iii) su finalidad es garantizar los derechos a la justicia, la verdad, la reparación integral a las víctimas y la no repetición”⁴⁰⁴. El cumplimiento de sus fines junto a un respeto por el principio de legalidad, es un importante avance hacia la consecución de paz.

Sánchez y Uprimny señalan cuatro enfoques teóricos en cuanto a la aplicación de justicia transicional, estas son:

(i) El enfoque maximalista, el cual va unido a la ya mencionada justicia retributiva, en el cual un juicio y una sanción penal son el máximo peldaño de la justicia, colocando así el juicio como un precedente que previene la posible relación próxima de violaciones.

(ii) El enfoque minimalista, en este, se deja de un lado la necesidad estricta de una sanción penal; concede amnistías como mecanismo para que se viabilice y se de la transición.

(iii) El enfoque moderado; es un punto intermedio, puesto que supone de un lado, la justicia restaurativa en la cual se involucren comisiones de verdad, y de otra parte, señala la necesidad de una sanción penal por las violaciones a los derechos humanos.

(iii) El enfoque holístico. Este enfoque, considera que la justicia retributiva en su totalidad sea oportuna como tampoco la justicia restaurativa, por lo cual propone juicios penales y amnistías y a la vez comisiones de verdad y programas de reparación integral a las víctimas.⁴⁰⁵ Torres Arguelles afirma que: “en los casos de justicia transicional y justicia retributiva es necesario buscar soluciones que, sin menoscabo de los derechos de las

⁴⁰⁴ IBARRA, Padilla Adelaida María, Justicia transicional: la relación Derecho- Poder en los momentos de transición, Revista de derecho, Universidad del Norte, 2016, p.242.

⁴⁰⁵ UPRIMNY, Yepes Sánchez Camilo. Algunos lineamientos para pensar en el marco jurídico de la transición en Colombia en el contexto de un proceso de paz con algunos grupos guerrilleros, en: UPRIMNY, Yepes Sánchez María. Sánchez Camilo. Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada. De justicia. Bogotá, 2014, p. 93.

víctimas a la verdad, la reparación y la justicia, ayuden a la instauración de una paz a salvo de la impunidad general”⁴⁰⁶.

Y en el caso de los actuales acuerdos de paz y especialmente durante su implementación en el 2017 y en los años que siguen, la impunidad seguramente se verá reducida ya que la gran mayoría de quienes sean encontrados responsables de crímenes recibirán sanción, todo de acuerdo con la justicia transicional.

La Corte Constitucional en la ya referida Sentencia C-579 del 2013 define la justicia transicional como: “una institución jurídica a través de la cual se pretende integrar diversos esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia, situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales corrientes”⁴⁰⁷.

Para la terminación del conflicto se requiere de un modelo de justicia transicional que satisfaga la necesidad de justicia. En ese escenario, tal como señala Torres se requiere “la participación de la comunidad primordialmente afectada”, agrega que la justicia transicional tiene como objetivo “recuperar los tejidos sociales que especialmente han sido afectados por las actividades criminales de grupos al margen de la ley e incluso las acciones del mismo Estado” y finalmente recalca que esto se logra a través de “la puesta en práctica de métodos de reparación y reconciliación en el que por supuesto están víctimas y victimarios y los cuales tienen una duración determinada en el marco legal de la justicia transicional”⁴⁰⁸.

Meltzer, define la justicia de transición como aquella en la que el conflicto ha terminado y en el que “los procesos interrelacionados de enjuiciamiento y rendición de cuentas, difusión de la verdad, indemnizaciones y reforma institucional que se producen a raíz de

⁴⁰⁶TORRES, Argüelles Alfredo. Repensando las amnistías en procesos transicionales, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2015, p, 84.

⁴⁰⁷Corte Constitucional, Sentencia C-579 del 2013. M.P Jorge Ignacio, PreteltChaljub.

⁴⁰⁸ TORRES Vásquez Henry. Posconflicto colombiano, el dilema de la nueva lucha contra el terrorismo. Justicia Juris, 11(1), 108-124, 2015, p. 109.

conflictos de gran magnitud y que contribuyen al reestablecimiento de las relaciones sociales a largo plazo⁴⁰⁹”.

Este tipo de justicia parte de un modelo de justicia restaurativo en el que las víctimas son el centro de atención. Para Uprimny los elementos básicos de la noción de la justicia transicional son: “1) que las medidas de transición o pacificación deben respetar un mínimo de justicia, 2) que están definidos por el derecho internacional, especialmente por los derechos de las víctimas, 3) que se trata de la aplicación de justicia en situaciones estructuralmente complejas con particularidades específicas y por ello se admite la flexibilidad de estos estándares, 4) que para su aplicación debe existir de manera cierta una situación cercana a la transición política⁴¹⁰”.

Estos planteamientos son de suma importancia y permiten lograr la superación del conflicto, al menos desde el punto de vista de la justicia.

En este punto es destacable precisar el concepto de justicia transicional que tiene Naciones Unidas, el cual parte de la necesidad de una sociedad en conflicto, según está organizada de carácter internacional, justicia transicional es: "toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación". Para Valencia, este tipo de justicia es “el conjunto de teorías y prácticas derivadas de los procesos políticos por medio de los cuales las sociedades tratan de ajustar cuentas con un pasado de atrocidad e impunidad, y hacen justicia a las víctimas de dictaduras,

⁴⁰⁹ MELTZER, Judy, Justicia Transicional y Reconciliación en Colombia luego del Conflicto Armado: Consideraciones para una Posible Cooperación Canadiense Disponible en: [http://www.focal.ca/pdf/Colombia_Meltzer-OCAL_transitional%20justice%20reconciliation%20post-conflict%](http://www.focal.ca/pdf/Colombia_Meltzer-OCAL_transitional%20justice%20reconciliation%20post-conflict%20)

⁴¹⁰ UPRIMNY, Yepes Rodrigo. Introducción al concepto de justicia transicional y al modelo de transición colombiano, Editorial Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, Colombia 2015. p. 27-28.

guerras civiles y otras crisis de amplio espectro o larga duración, con el propósito de avanzar o retornar a la normalidad democrática⁴¹¹”.

Por su parte la Corte Constitucional a través de sentencias como la C-579 del 2013, ha definido la Justicia Transicional, no como una forma de justicia diferente; sino como la adaptación de este pilar a aquellas sociedades que sufren una transformación como consecuencia de un periodo de violaciones masivas de Derechos Humanos. Teniendo en cuenta el concepto de justicia transicional por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, bajo el cual “toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”, la Corte determina que la justicia transicional “busca solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz, entre los imperativos jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas y las necesidades de lograr el cese de hostilidades. Para ello es necesario conseguir un delicado balance entre ponerle fin a las hostilidades y prevenir la vuelta a la violencia (paz negativa) y consolidar la paz mediante reformas estructurales y políticas incluyentes (paz positiva)⁴¹²”.

Empero, durante toda la existencia del conflicto armado interno en Colombia se ha utilizado la manipulación del terrorismo como parte esencial del conflicto, siendo así que se dice que se habla de un terrorismo practicado por parte de las guerrillas, no así se habla del terrorismo efectuado por el mismo Estado⁴¹³.

⁴¹¹ VALENCIA, Villa Hernando. Introducción a la justicia transicional1 Hernando Valencia Villa, Conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana “Julio Cortázar” de la Universidad de Guadalajara, México, el 26 de octubre de 2007. Disponible en: <http://escolapau.uab.es/img/programas/derecho/justicia/seminariojt/tex03.pdf>

⁴¹² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia 579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub, párrafo 6.1.1. Concepto y alcance.

⁴¹³ En profundidad sobre el tema del Terrorismo de Estado, véase: TORRES, Vásquez Henry, Terrorismo de Estado y Derecho penal, colección tesis doctorales, edit. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2010.

Dicho lo anterior, es de tener en cuenta que hay quienes en Colombia han señalado que no hay o no ha existido conflicto armado interno. Sin entrar en grandes disquisiciones respecto a si en Colombia ha habido un enfrentamiento con terroristas en lugar de un conflicto armado interno. Si es importante establecer si en el conflicto colombiano participan combatientes o terroristas. Tal distinción es bien importante pues cada una tiene una normatividad y una aplicación del derecho muy diferente. La distinción entre combatientes y civiles debe hacerse de acuerdo con los Convenios del DIH y sus Protocolos. Al respecto el derecho de Ginebra es suficientemente preciso para esta distinción. Cuestión que no es del todo precisa en cuanto a su interpretación, especialmente si se trata de un intérprete que considere sin mayores argumentos, a los integrantes de las Farc-Ep como terroristas.

Los alzados en armas no son terroristas, por la aplicación del *Ius in Bellum* que como derecho especial se encuentra en el artículo 44 del Protocolo I, en su párrafo 2 “la violación por parte de los considerados combatientes de las normas de Derecho Internacional Humanitario que sean aplicables al caso en concreto no privará de su estatuto al mismo”, esto significa que la persecución a las Farc-Ep como terrorista no es adecuada, lo adecuado es aplicar el DIH. Toda violencia dentro del conflicto armado interno (ya reconocido) hace viable la utilización del DIH; es decir, como bien señala Vacas, siempre es de aplicación el *Ius in Bellum*, lo que “implica que, si la violación es grave, están cometiendo un crimen de guerra y no un acto terrorista en sentido propio y autónomo- y que, de otro, no se puede alegar por nadie la comisión de violaciones de *is ad belum* que resulta de aplicación en ese caso, para argumentar que no estamos ante combatientes sino ante terroristas⁴¹⁴”. Esta apreciación resulta válida ya que desde el 8 de noviembre de 1961 se es Estado Parte de las Convenciones de Ginebra, además, el 15 de febrero de 1996 se ratificó el Protocolo II relativo a protección de las víctimas los conflictos armados no internacionales.

Como ha estudiado Torres, “existen interpretaciones cerradas en las que se confunden las operaciones encaminadas a la derrota del adversario en el conflicto armado con las

⁴¹⁴ VACAS, Fernández Félix. El Derecho Internacional ante el Conflicto de Colombia. Edit. Tirant lo Blanch. 2015. p, 247.

acciones que van dirigidas a la eliminación del terrorismo y de los grupos terroristas. Con el pleno conocimiento que son dos temas distintos estos son tratados mediática y políticamente como uno solo, con lo cual logran una mayor miedo, terror o zozobra en toda la población, olvidándose de los fines que les atañe como gobierno, es decir que su finalidad es por un lado acabar con el conflicto armado con la derrota militar de su adversario; y por otro lado con la eliminación de los grupos terroristas sometiéndolos al imperio de la ley; todo esto necesariamente por la vía democrática⁴¹⁵. Actualmente, el reconocimiento de que existió un conflicto armado no internacional, zanja el tema, con lo cual es claro que las acciones de las Farc-Ep no pueden ser censuradas, al menos en su gran mayoría, como terroristas.

En este año 2017 la justicia transicional en Colombia ha sido, para buena parte de la sociedad, un revulsivo a todos los problemas derivados de un conflicto armado interno que durante décadas ocasionó millones de víctimas y degeneró en una guerra sucia que acentuó el conflicto social. De ahí que Kai Ambos recuerde que: “La justicia de transición ha sido objeto de gran atención en sociedades en conflicto y posconflicto”⁴¹⁶, debido a que relaciona unas medidas de orden social, político, económico, en el cual su objetivo primordial es reconstruir la verdad absoluta, la reconciliación y buscar la justicia y la paz.

Durante el conflicto armado interno colombiano y dentro de una violencia degradada se han cometido innumerables crímenes, los actores violentos son miles, por estas razones la sociedad espera que los responsables de estos crímenes sean castigados, mientras que el universo académico, espera haya justicia bajo el imperio del principio de legalidad.

⁴¹⁵Op.Cit., TORRES, Vásquez H. 2015, p. 116.

⁴¹⁶ AMBOS, Kai. Marco jurídico de la justicia de transición en Justicia de transición Informes de América Latina, Alemania, Italia y España, Editorial Konrad - Adenauer - Stiftung E. V., Alemania 2009, p.23.

En el caso de Colombia en su ordenamiento jurídico el principio de legalidad se encuentra recogido a nivel constitucional, legal y jurisprudencial, siendo objeto de amplias discusiones doctrinales.

En este orden de ideas, el *Nullum crimen sine lege, nullapoena sine lege*, es en el estado de derecho colombiano la base para salvaguardar las libertades individuales y la dignidad humana cuyo fin es la protección de la libertad y la defensa contra la persona de la arbitrariedad penal por parte del Estado. El principio de legalidad tiene que ser respetado aun en un modelo de justicia, no penal, como es la justicia transicional.

En este sentido el derecho penal internacional intenta garantizar con sus normas convencionales o consuetudinarias la salvaguarda de la legalidad, aun en situaciones de conflictos armados, ya sean internos o internacionales. Estos aspectos, en el juzgamiento de esas conductas por parte del Tribunal Especial para la Paz, muy seguramente lo serán de conformidad con el principio de legalidad. Como bien indica Fajardo para que se pueda construir la reconciliación y la paz el camino es la justicia, e indica que “no se puede entender más a la luz de las normas internas, sino que es indispensable entenderla en la lógica del pensamiento internacional”. Y sigue el mismo autor “el derecho penal colombiano, no puede leerse como una realidad aislada, como una ciencia autónoma y objetiva sin relación con el mundo. Hoy Colombia hace parte de mundo compacto en el que el derecho traspasa cualquier frontera⁴¹⁷”.

En consecuencia, la justicia transicional tiene que recoger los postulados del derecho penal internacional, tanto en las normas, doctrina y jurisprudencia de todo el mundo. Solamente de la aplicación irrestricta del derecho penal y de la moderna dogmática penal que le es propia, se puede hacer justicia.

Precisamente, Aponte analiza que la justicia transicional en Colombia busca un modelo de justicia penal denominado: “proyecto de alternatividad penal” y que, actualmente, con

⁴¹⁷ FAJARDO, Arturo Luis Andrés. La transformación del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano y su impacto en la recepción interna del derecho penal internacional. Epilogo la libro de Olásolo, p.997.

base en modificaciones que se le han introducido, se viene conociendo también como “proyecto de verdad, justicia y reparación”⁴¹⁸.

La justicia transicional en Colombia contiene un Marco jurídico para la paz, es así que la sentencia C-579 del 2013 hace referencia a todo ese Marco Jurídico para la Paz. En esta decisión la Corte Constitucional señala los mecanismos de la Justicia Transicional específicamente sobre la priorización cuando de investigación de crímenes internacionales se trate. Para los casos más graves los tribunales nacionales e internacionales han utilizado unos parámetros para así poder priorizar dichos casos, los cuales hacen referencia a: “El primero atiende a la naturaleza intrínseca de ciertas conductas, el segundo a la escala, el tercero a la modalidad de ejecución y el cuarto al impacto del crimen”⁴¹⁹.

Al respecto es discutible aspectos como los señalados dentro del marco jurídico para la paz, cuando señala que existen “mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación a las víctimas. Entre los mecanismos de esclarecimiento de la verdad, se prevé la creación de una comisión de la verdad.

- Criterios de selección y priorización para el juzgamiento de los máximos responsables y los más graves crímenes;
- La renuncia condicionada a la persecución judicial penal y la suspensión condicional de la ejecución de la pena en los casos de quienes no fueron considerados máximos responsables,
- La aplicación de penas alternativas, de sanciones extrajudiciales y de modalidades especiales de cumplimiento⁴²⁰.

Estos temas son muy complejos, la priorización en la ley 975 de 2005 generó discusiones por ser fuente de impunidad⁴²¹. En el caso de los acuerdos de la Habana se puede

⁴¹⁸ Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del “proyecto de alternatividad penal” en el caso colombiano en: Temas Actuales Del Derecho Penal Internacional Contribuciones de América Latina, Alemania y España, Editorial Mastergraf, Uruguay 2005, p.85.

⁴¹⁹ Uprimny Yepes Rodrigo, Justicia para la paz crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada, Editorial Colección de justicia, Bogotá 2014, p.134.

⁴²⁰ Op.Cit., ABC Jurisdicción Especial Para la Paz. Consultado el 07 de Enero del 2017.

entender que la llamada renuncia condicionada a la persecución judicial penal o bien la suspensión condicional de la ejecución de la pena son todas luces atentatorias del derecho de toda la sociedad y más aún de las víctimas de recibir justicia. Aun así el gobierno justifica estas medidas bajo el argumento de ser necesarias en justicia transicional un aras de conocer la verdad y con la finalidad de ofrecer a toda la sociedad una garantía de no repetición de violaciones a los derechos humanos.

La justicia transicional permite una renuncia condicionada a la persecución penal la cual fue instaurada por medio del Acto Legislativo 01 de 2012. A su vez la sentencia C-579 del 2013 fija los siguientes límites para casos no seleccionados como parte de los procesos penales lo que permite una renuncia condicionada a la actuación penal, en determinados casos⁴²².

⁴²¹ En Colombia con la ley 975 de 2005 “la Fiscalía inicialmente identificó algunos delitos como graves para efectos de su priorización, bien en razón de su naturaleza, como fue el caso de las masacres, el apoderamiento de tierras, el desplazamiento forzado, la desaparición forzada, el secuestro, el homicidio, el reclutamiento de menores; o bien en razón de la calidad de las víctimas, como fue el caso de los delitos de género y los atentados contra indígenas, menores, periodistas, sindicalistas, miembros de la UP, defensores de derechos humanos, integrantes de ONG, afrodescendientes y servidores públicos”. Uprimny Yepes Rodrigo, Justicia para la paz crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada, Editorial Colección de justicia, Bogotá 2014, p.138.

⁴²²“(i) Personas que no siendo máximos responsables hayan participado en la comisión de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

(ii) Personas que hayan cometido delitos que no sean considerados como crímenes de lesa humanidad, genocidio ni crímenes de guerra.

Se encuentran en esta categoría por ejemplo las lesiones personales, el hurto, la extorsión, la falsedad en documento, las falsedades personales, la interceptación de comunicaciones, el allanamiento de domicilio, la utilización de prendas de uso privativo de las fuerzas armadas, la rebelión, el irrespeto a cadáveres, la estafa, la usurpación (invasión) de inmuebles, la falsedad de moneda, el contrabando, el lavado de activos, las amenazas, el concierto para delinquir, los delitos contra la propiedad intelectual, el apoderamiento de hidrocarburos, el daño en bien ajeno, el incendio, el porte ilegal de armas, el enriquecimiento ilícito, la usurpación de funciones públicas, el encubrimiento, la fuga de presos, el fraude procesal, la traición a la patria, la injuria y calumnia, entre otros.

Estas consideraciones suelen discutirse por detractores de la justicia transicional (como por ejemplo el partido Centro democrático), empero, el Tribunal Especial para la Paz será quién se encargue de dilucidar todos estos aspectos. Por ahora, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, señalar los criterios de selección y priorización de los investigados como máximos responsables, es decir aquellos individuos que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito⁴²³, y esto lo hace respecto de todos los crímenes cometidos en Colombia por organizaciones criminales; esta selección y priorización en medio de la justicia transicional debería abarcar todos los crímenes internacionales investigados dentro de la justicia transicional.

La forma en que el marco jurídico para la paz consecuencia del acuerdo suscrito entre el gobierno y las Farc-Ep pretende castigar a los responsables de conductas propias de su jurisdicción concluye que al iniciar en unos casos, tales como cuando se reúnan en las zonas veredales transitorias de normalización para los integrantes de las Farc -Ep o se pase la solicitud de renuncia a la persecución penal por parte de los integrantes de la fuerza pública al tribunal de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), o al finalizar el proceso, caso en el que se pueden otorgar amnistías.

La JEP tendrá indultos y amnistías para los miembros de las Farc-Ep que hayan participado en el conflicto armado como combatientes y no combatientes, se amnistiarán e indultarán solamente delitos políticos y conexos como lo establece el artículo 15 de la ley 1820 del 2016 que indica: "Se concede amnistía por los delitos políticos de "rebelión", "sedición", "asonada", "conspiración" y "seducción", usurpación y retención ilegal de mando y los delitos que son conexos con estos de conformidad con ley, quienes hayan incurrido en ellos"⁴²⁴.

(iii) Crímenes de guerra que no sean cometidos de manera sistemática es decir sin un nexo con el conflicto. Por tanto, había un amplio margen de negociación en el marco jurídico para la paz, por la posibilidad de conceder beneficios como la ejecución condicional de la pena, amnistías o indultos a quienes hubieran participado en crímenes de guerra, sin ser máximos responsables o para aquellas en las que estuviera ausente el elemento de la sistematicidad". Corte Constitucional Sentencia C- 579 del 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

⁴²³ Corte Constitucional Sentencia C- 579 del 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

⁴²⁴ Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016.

Esta amnistía comprende dos criterios como lo son el de tipo incluyente y el tipo restrictivo. El tipo incluyente se desarrolla en tres partes básicas las cuales son:

1. Aquellos delitos relacionados con la rebelión y que hubiesen sido cometidos durante el conflicto armado no internacional,
2. El sujeto pasivo de la conducta es el Estado,
3. Todas aquellas conductas ilícitas que apoyaron, financiaron u ocultaron la rebelión. El tipo restrictivo es en el cual se excluirán todos los delitos internacionales como lo son las violaciones al Derecho Internacional Humanos, los delitos de lesa humanidad, graves crímenes de guerra, genocidio, desaparición forzada, reclutamiento de menores, tortura.

Estas consideraciones son la consecuencia de la aplicación efectiva del Protocolo II a los acuerdos de Ginebra de 1949 en cuanto a otorgar el más amplio margen de amnistías⁴²⁵, siendo pues una forma de evitar considerar responsabilidades penales individuales. Este aspecto ya ha sido considerado en el protocolo II a los Convenios de Ginebra respecto a que “nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual”; cuestión que vino siendo reafirmada en la sentencia de apelaciones del TPIY en el caso Tadic: “nadie puede ser considerado responsable por hechos o conductas que no ha realizado personalmente o en los que no ha participado de alguna otra manera (nulla poena sine culpa)⁴²⁶”.

Cuando se trata de perseguir a la criminalidad ocurrida en medio de un conflicto armado y se utilice una especie de responsabilidad que tenga en cuenta a los altos mandos y a los subordinados. En ningún caso se están violando normas internas o internacionales ya

⁴²⁵ Así se señala en el artículo 6, numeral 5. “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”. Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

⁴²⁶ ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadic, AC, Judgment (IT-94-1-A), 15.

que se aplica el apotegma consagrado en el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra respecto a que “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción; si, con posterioridad a la comisión de la infracción, la ley dispusiera la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello⁴²⁷”.

En el derecho penal internacional se recogen posturas que desde la academia propenden por hacer responsable penalmente, no únicamente a los Estados, sino también las personas naturales, en ese orden de ideas, la interpretación contemporánea del derecho internacional conlleva como dice Gil a que cualquier persona natural pueda ser declarada responsable por la violación de ciertas normas del Derecho internacional⁴²⁸. Esto significa que ante los problemas derivados de un sinnúmero de responsabilidades penales que habitualmente se producen dentro de los conflictos armados no internacionales, tal como ha sucedido en el caso colombiano y siguiendo a Gil, esto “conlleva el riesgo de que las responsabilidades individuales se diluyan, por así decirlo, en una responsabilidad colectiva más amplia e indeterminada, que es incompatible con el principio de responsabilidad penal personal⁴²⁹”.

Aun siendo esto una evidente muestra de una responsabilidad penal “colectiva”, tratándose de situaciones de carácter excepcional como la que sucede en los conflictos o guerras en las que existe una organización (como los grupos de guerrillas en Colombia), en estos casos los crímenes cometidos por estos, en razón del tiempo que llevan cometiendo delitos y debido al gran número de integrantes, al igual que la variedad de los mismos, es obvio “que puede resultar difícil separar y medir la responsabilidad de todos y cada uno de los intervinientes en el delito⁴³⁰”; el derecho penal clásico, no tiene una solución clara que cumpla con los pedimentos sociales de justicia. Ante ese panorama, resulta necesario recurrir a soluciones de naturaleza penal que abarquen el mayor grado de delitos ocurridos dentro de varias décadas como por ejemplo ha ocurrido en

⁴²⁷ Artículo 6 Inciso C Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

⁴²⁸ GIL, Gil, Alicia, Derecho penal internacional, editorial Dykinson, 2016, p. 207.

⁴²⁹ Idem, GIL, 2016, p. 207.

⁴³⁰ Idem, GIL, 2016, p. 207.

Colombia. El castigo a la organización y sus integrantes se hace de manera colectiva. Esto tiene serias implicaciones en la medida en que se intenta castigar a los máximos responsables, en los que cabe aplicar teorías sobre autoría y participación. Según Kai Ambos toda persona que ha “cumplido una función esencial en la comisión del delito puede ser catalogado “máximo responsable”, para efectos de establecer cuáles casos son investigados y juzgados por medio de los mecanismos de justicia transicional de carácter judicial, habría que seleccionar en primer lugar los casos más graves y representativos⁴³¹”.

Hay que reseñar que de la justicia transicional surge la jurisdicción especial para la paz, esta constituye el componente más importante en la búsqueda de la paz estable y duradera, ya que tiene que existir justicia para los millones de víctimas del conflicto armado no internacional sucedido en Colombia durante algo así como medio siglo⁴³².

Se considera que el éxito de la justicia transaccional parte de la pulcritud, publicidad y transparencia en la elección de sus magistrados.

La Jurisdicción Especial para la Paz se encuentra compuesta por:

1. La Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas.
2. El Tribunal para la Paz.
3. La Sala de Amnistía e Indulto.
4. La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.
5. La Unidad de Investigación y Acusación.

Este Tribunal Especial para la Paz está compuesto por las siguientes secciones:

⁴³¹ Ambos Kai, Justicia de transición y constitución Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional, Editorial Temis obras jurídicas, Colombia 2014, p. 261.

⁴³² Así se señala en el artículo 6 de la Ley 1820 de amnistía del 30 de diciembre de 2016: Artículo 6°. Integralidad. Las amnistías e indultos, y los tratamientos penales especiales, incluidos los diferenciados para agentes del Estado, son medidas del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, cuyos fines esenciales son facilitar la terminación del conflicto armado interno, contribuir al logro de la paz estable y duradera con garantías de no repetición, adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica para todos y satisfacer los derechos de las víctimas.

- Sección de Primera Instancia en los casos de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad.
- Sección de Primera Instancia en los casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad.
- Sección de Revisión de Sentencias.
- Sección de Apelaciones.
- Sección de Estabilidad y Eficacia.
- Secretaría Ejecutiva⁴³³.

Del mismo modo cada sala está compuesta “por un mínimo de 6 magistrados altamente calificados y deberá incluir expertos en distintas ramas del Derecho, con énfasis en conocimiento del DIH, DDHH y resolución de conflictos.

Deberá ser conformada con base a criterios de equidad de género, respeto a la diversidad étnica y cultural y será elegida mediante proceso de selección de confianza⁴³⁴.

Así pues que espera que el Tribunal Especial para la paz imponga sanciones que tengan “como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Las sentencias del Tribunal enunciarán de manera precisa el contenido de la sanción, lugar de ejecución de la misma, así como las condiciones y efectos de éstas. Las sanciones serán de tres tipos: 1. Sanciones previas, 2. Sanciones alternativas, 3. Sanciones ordinarias⁴³⁵”.

En cuanto a su competencia la jurisdicción especial para la paz (JEP) no es ajena de ningún modo a la justicia ordinaria la cual “si bien el Acuerdo crea una jurisdicción especial, separada de la justicia ordinaria, existe una relación estrecha con la justicia ordinaria y los procesos y condenas existentes. Ésta se manifiesta en tres aspectos

⁴³³ Jurisdicción Especial para la Paz Amnistía e Indulto. Cartilla Para Prisioneras y Prisioneros Políticos 2016, p. 31 a 33.

⁴³⁴ Jurisdicción Especial para la Paz Amnistía e Indulto. Cartilla Para Prisioneras y Prisioneros Políticos 2016, p. 31 a 33.

⁴³⁵ Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Consultado 28/12/2016. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Documents/informes-especiales/abc-del-proceso-de-paz/abc-jurisdiccion-especial-paz.html>

principales: (i) La JEP partirá de las investigaciones y sentencias de la justicia ordinaria; (ii) En determinados casos el régimen de ejecución de las penas aplicables será el ordinario; (iii) Para los casos en los que no haya reconocimiento de responsabilidad, la investigación y acusación se apoyará en la Fiscalía General de la Nación; y (iv) Se resolverá la situación jurídica de los casos y a juzgados teniendo en cuenta las condenas ya impuestas”.⁴³⁶ Este aspecto revierte especial relevancia al analizarse a la luz del principio de legalidad expuesto en capítulos anteriores. Fundamentalmente porque hasta el *nomen iuris* de ciertos delitos puede cambiar en el marco de la justicia transicional; por ejemplo, en un análisis en contexto del conflicto armado no internacional colombiano, conductas consideradas como homicidios agravados pasan a ser tipificadas como homicidios en persona protegida, es decir la aplicación del *Principio de Legalidad Extendida*⁴³⁷.

Lo señalado permite cuestionar que la utilización en Colombia de un modelo de justicia transicional no sea del todo acorde con el principio de legalidad, empero, existen normas imperativas del *IusCogens* que provienen del derecho internacional que obligan a hacer justicia y estar acordes con el principio de legalidad.

Así pues, entre los delitos que afectan a los intereses de la comunidad internacional o en los que hay violaciones a grandes valores de la humanidad, de la ley penal internacional, baste decir como lesa humanidad o genocidio, existe el *IusCogens*, que no es otra cosa que una norma de obligado cumplimiento que nadie puede desconocer, por ende no

⁴³⁶ *Ibidem.*, Oficina del Alto Comisionado para la Paz. p. 2.

⁴³⁷ Así se refirió el Tribunal Superior de Medellín Sala de Justicia y Paz “en lo referente a los homicidios cometidos en contra de una persona protegida la ley 599 del 2000 y “su nomenjuris y estructura, al tratarse de delitos desarrollados con ocasión y en desarrollo de un conflicto no internacional, con fundamento en el Principio de Legalidad Extendida, se denominará a los homicidios así perpetrados como “HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA”, aun cuando respecto de su punibilización deba aplicarse la sanción establecida, inclusive por favorabilidad, para el homicidio doloso simple o agravado, según corresponda”. Tribunal Superior de Medellín Sala de Justicia y Paz Radicado: 110016000253201084442 del 9 .de Septiembre del 2016. M.P. María Consuelo Rincón Jaramillo, p. 211.

podría dejar de castigarse el genocidio tan solo porque cierto Estado no ha ratificado la Convención sobre la Sanción del Genocidio. Sin embargo, estos delitos no pueden existir sin texto, ya que se inscribe en una perspectiva penal y la participación de la responsabilidad individual de los autores de estos crímenes, en ese punto entra a regir el principio de legalidad: “*Nullum crimen sine lege, nullapoena sine legepraevia*” por el cual en el derecho interno pueden no ser directamente aplicables las normas del orden internacional sin una ley escrita, cierta previa y estricta.

En el derecho penal internacional se tiene en cuenta el derecho consuetudinario y dentro de él se requiere que el *nullum crimen* sea garantizado. En el derecho penal internacional los delitos que se deriven del derecho consuetudinario pueden ser permitidos dentro de ciertos límites, aun así estos delitos deben ser codificados.

Los límites deberán ser expuestos y sustentados de acuerdo con la moderna dogmática penal, por los magistrados elegidos para el tribunal Especial para la Paz (TEP), basados en una justicia transicional de corte restaurativo.

Se estima que es fundamental la justicia transicional para pasar de una sociedad en guerra a otra menos violenta o como dice la Corte Constitucional, pasar “de un peor a un mejor estado⁴³⁸”. En Colombia la justicia transicional recoge un modelo de justicia restaurativa que inclusive ya estaba consagrado desde década atrás, justamente el artículo 518 del Código de Procedimiento Penal, define que es un programa de justicia restaurativa, siendo este “todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.

Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad⁴³⁹.”

⁴³⁸ Corte constitucional. Sentencia C- 771 del 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁴³⁹ Código de Procedimiento Penal, Artículo 518.

Aunque en esencia la justicia transicional y su vertiente de justicia restaurativa no son propiamente derecho penal clásico, lo que es cierto es que desde el mismo Estatuto de Roma, también incluye la justicia restaurativa, en particular su objetivo de la reconciliación. El énfasis en la justicia restaurativa es la participación de las víctimas y su reparación se ilustra como el papel más importante que se concede dentro de la Corte Penal Internacional. En ese sentido, Torres afirma que “las amnistías acompañadas de mecanismo de justicia restaurativa pueden ayudar a reforzar los mecanismos para reconciliar a la sociedad y rehabilitar a las víctimas, y para que su dolor sea reconocido y su relato escuchado por la sociedad⁴⁴⁰”.

Luego entonces, para el caso colombiano una comisión de la verdad puede ser, un elemento esencial para dar lugar a la justicia restaurativa, incluyendo la reconciliación. Lo que señalan los expertos es que la reconciliación entre las víctimas y los autores es muy importante y todo empieza a partir de conocer la verdad de lo ocurrido dentro del conflicto. El conocer la historia de la verdad y una investigación sobre las raíces del conflicto, es decir verdad con justicia, unido a la reparación y no repetición, permite suponer una verdadera paz.

La justicia transicional se basa en una justicia restaurativa, en ella es apropiado incluir las amnistías, es más se tienen que aplicar amnistías de iure. Por su parte el fundamento de la justicia retributiva, es buscar una manera apropiada de responsabilizar a los perpetradores para hacerlos pagar por sus acciones. Las teorías filosóficas de la justicia retributiva explican por qué la justicia requiere castigo y por qué el castigo no es meramente venganza. Tales teorías generalmente asumen que la justicia debe ser proporcional al mal que comete un individuo, y como tal no está relacionada con las características del individuo, su relación con los demás, o la ubicación o el momento la acción. De este tipo de justicia hace parte el derecho penal.

En cualquier tipo de sociedad y desde una visión legal, la justicia retributiva es necesaria, en primer lugar por el principio de legalidad, ya que así como se debe determinar

⁴⁴⁰ TORRES, Argüelles Alfredo. Repensando las amnistías en procesos transicionales. Editorial: U. Externado de Colombia, 2015. p. 93.

claramente la conducta criminal, es también necesario señalar cual es la sanción a la misma, por otra parte está el de corresponder con los fines de la pena⁴⁴¹.

Igualmente, se encuentra la necesidad de la persecución penal de los acusados de cometer crímenes como un factor fundamental del derecho de la víctima a la justicia. Es igualmente cierto, que en la historia universal, cualquier sociedad donde ha habido conflicto armado (en cualquier modalidad) y en donde los crímenes cometidos son a una mayor escala, no puede centrarse solamente en la justicia retributiva en tanto que podría generar más violencia, en ese sentido es necesario que opere la justicia restaurativa ya que en este campo se pueden dar amnistías limitadas.

Ahora bien dentro del componente de justicia que debe tener el modelo de justicia transicional a aplicar en Colombia se tienen que analizar el delito político y dar un espectro al utilizar amnistías e indultos, de este tema nos ocupamos enseguida.

1.12 Delitos políticos y legalidad penal.

De acuerdo con la Ley de amnistía e indultos (Ley 1820 de 30/12/2016) esta se aplicara a todos aquellos que “habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado cometidas con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo final⁴⁴²”.

La llamada amnistía de iure, esto es una amnistía que sin mayores problemas se otorga, al simplemente ingresar a la justicia especial para la paz o al acogerse a la JEP, es un beneficio que en el caso de integrantes de las Farc-Ep al permanecer en las zonas

⁴⁴¹ Ley 599 de 2000. “Artículo 4°. Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.

⁴⁴² Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016.

veredales transitorias de normalización o en los campamentos acordados en el proceso de dejación de armas y no tengan ni procesos ni condenas. En cuanto a los integrantes de la fuerza pública y los civiles que alentaron de algún modo el conflicto y que hagan parte de la JEP se aplicará dentro de la justicia transicional el otorgarles la renuncia a la persecución penal, archivo de la investigación en aquellos crímenes cometidos en ocasión y desarrollo del conflicto armado.

En cualquier caso los delitos considerados como graves, tales como crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión, entre otros crímenes graves, no serán objeto ni de trato preferencial ni de amnistías ni indultos ni para las Farc-Ep ni para los integrantes de la fuerza pública.

Lo anterior significa que no solamente la ley que incluye la persecución penal beneficia a integrantes de las Farc-Ep también lo hará respecto de los agentes del Estado que hayan cometido crímenes dentro del conflicto armado no internacional⁴⁴³. Es decir, no solamente cubre delitos políticos, sino que se extiende a agentes del Estado en un trato diferencial que termina siendo asimilable, al menos en sus efectos, a la amnistía e indulto. Es pues esta ley la mejor muestra de la justicia restaurativa y por lo tanto de la justicia transicional, con lo cual es acorde con lo mencionado por la Corte Constitucional en sentencia C-579 del 2013, donde expresó que la Justicia Transicional busca “solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz⁴⁴⁴”. A pesar de esta consideración de la Corte Constitucional, las amnistías son quizás el mayor instrumento para lograr paz y justicia en situaciones de conflicto armado no internacional. No obstante, hay quienes se oponen a amnistías que extingan la responsabilidad penal de ciertos crímenes efectuados por integrantes de las Farc-Ep en determinado tiempo. Se considera que de hacerse así, se habrán dejado impunes algunas conductas.

⁴⁴³ Hay lugar a aclarar que el numeral 44 de los Acuerdos suscritos en noviembre 24 de 2016, señala: “En ningún caso la responsabilidad del mando podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la fuerza pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes”.

⁴⁴⁴ Corte Constitucional Sentencia C-579 del 2013. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

En la ley 1820 de 2016 en su artículo 8, se alude a que “a la finalización de las hostilidades el Estado colombiano otorgará la amnistía más amplia posible⁴⁴⁵”. Este artículo ha dado lugar a discusión por parte de los opositores a los Acuerdos entre el gobierno y las Farc-Ep. Esta se centra en que las amnistías y los indultos deben estar de acuerdo con el derecho internacional como nacional. Así pues, la afirmación de la responsabilidad penal personal y la inclusión en diversos convenios internacionales de la obligación de castigar violaciones graves del derecho internacional humanitario muy rápidamente parecen incompatibles con las amnistías relativas a delitos relativos al derecho internacional.

Es de tener en cuenta que no es que se evite la reparación del daño causado a las víctimas, es así que, en lo referente a indultos o amnistías y prescripciones de los delitos cometidos por integrantes de grupos al margen de la ley, además de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y posterior sanción de los mismos. La Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial determina que “en el escenario colombiano de justicia transicional, se ha reconocido la necesidad de ponderar –no desconocer– las obligaciones de sanción de los responsables y reparación de sus víctimas, con la necesidad de alcanzar la paz y fortalecer los procesos nacionales que en virtud de ésta se han venido construyendo”.⁴⁴⁶

Habría que aclarar que, no hay texto de la ley internacional que prohíba medidas claras y explícitas de amnistía. Incluso durante la negociación del Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional, las cuestiones relacionadas con la amnistía se han quedado fuera por falta de un acuerdo entre las partes. Se vislumbra así que las amnistías no están debidamente acogidas en el derecho internacional, pues cada instrumento se basa en castigar a los culpables, más aún aquellos responsables de crímenes internacionales, luego entonces como afirma Torres “las amnistías generales e

⁴⁴⁵ *Ibidem.*, Ley 1820 de 2016, artículo 8.

⁴⁴⁶ Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá Sala De Justicia Y Paz. M.P. Léster María González Romero Radicaciones: 1100160002532008-83194; 1100160002532007-83070. Bogotá D.C. 01 de diciembre del 2011, p, 90.

incondicionales, en el marco internacional, no son de buen recibo, debido a que generalmente se caracteriza por proporcionar impunidad y servir a los perpetradores como “blindaje” jurídico respecto de los crímenes cometidos. Además, la impunidad que se deriva de un indulto o amnistía se opone por completo a la función retributiva de la pena⁴⁴⁷”.

No obstante, aunque en el campo del derecho internacional aún es reacia la aplicación de las amnistías, por ejemplo Kai Ambos señala que no está libre de duda la prohibición por parte de Naciones Unidas de conceder amnistías a crímenes internacionales nucleares como el genocidio, lesa humanidad, la tortura, entre otros. Considera que al participar en procesos de paz la ONU legitima las amnistías⁴⁴⁸.

A pesar de estas apreciaciones, existen algunas disposiciones que parecen animar el debate y tal aplicación. Por lo tanto, el artículo 6, apartado 5, del Segundo Protocolo 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, en su caso los conflictos armados no internacionales, establece que “al final de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que han participado en el conflicto armado, o aquellos privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, internadas o detenidas”. La disposición puede sorprender, a esto se añade el comentario de la Cruz Roja dice que su objetivo es “fomentar un gesto de reconciliación que ayuda restaurar el curso normal de la vida de una nación que ha sido dividido⁴⁴⁹”.

Con todo, existe una fuerte tensión entre la justicia restaurativa y la justicia retributiva, así como entre esta última y las amnistías. Es propio de la justicia de transición que sea objeto de controversia, especialmente tratándose de analizar la tensión entre justicia y paz, como dice la sentencia del Tribunal Superior de Medellín Sala de Justicia y Paz “cómo resolver la contraposición entre un derecho a la justicia concebido cada vez más

⁴⁴⁷ TORRES, Argüelles, Alfredo. Repensando las amnistías en procesos transicionales. Editorial: U. Externado de Colombia, 2015. p. 83.

⁴⁴⁸ AMBOS, Kai. El marco Jurídico de la justicia de transición. Editorial Temis, Bogotá, 2008. p.93.

⁴⁴⁹ CICR, Comentario de los Protocolos adicionales del 8 de junio de 1977 a los Convenios Ginebra del 12 de agosto de 1949, MartinusNijhoff, Ginebra, 1986, p. 1426, No. 4618.

de manera absoluta y la necesidad de prescindir de la persecución penal (amnistías, etcétera) o de garantizar reducciones considerables de pena (derecho penal premial) en ciertos casos han rodeado todas las experiencias de transición latinoamericanas y en los últimos tiempos han adquirido un particular fervor”.⁴⁵⁰

El derecho internacional y la interpretación de los tratados, las normas del derecho internacional humanitario y las normas habituales, proponen paradigmas de la justicia transicional y la teoría de la ley penal. El debate se ilustra más a fondo por las exigencias contradictorias de la justicia retributiva y restaurativa. Como bien se sabe, la retribución requiere estrictamente en general, el procesamiento de todos los responsables de crímenes internacionales. La justicia restaurativa, se centra en las necesidades de las víctimas, las causas fundamentales del conflicto y la reintegración de los combatientes en la sociedad.

Existen teorías que avalan la existencia del delito político, “la primera de estas teorías, la objetiva, se basa en la tradición más antigua de definir al delito político como la conducta que atenta contra el Estado y por lo tanto se basa en aquella visión que apela a la razón de estado para conceptualizar, punir y perseguir a aquellos que se levantan en armas contra un régimen constitucional o legal. En la teoría objetiva, lo que importa son los tipos penales y la naturaleza del bien jurídico tutelado. Es decir, solo serán delitos políticos aquellos delitos contra el Estado.

Por su parte, las teorías subjetivas surgieron bajo la sombra de las tesis liberales que reclamaban la valoración de componentes subjetivos, como la motivación y la finalidad, para entrar a clasificar y valorar a una conducta como delito político. Evidentemente estas teorías parten de la segunda tradición antes mencionada, es decir, la del derecho de resistencia. En consecuencia un delito puede ser tomado como delito político porque se comete por motivos políticos y persigue fines políticos, independientemente de que sea un delito contra el Estado o si es un delito contra un bien jurídico individual.

⁴⁵⁰ Tribunal Superior de Medellín Sala de Justicia y Paz. Radicado. 110016000253 2009 83825. M. P. Juan Guillermo Cárdenas Gómez. 7de Julio del 2015. p. 470.

Por último, producto del híbrido de las dos anteriores posiciones teóricas, han surgido las denominadas teorías mixtas, las cuales al igual que las teorías subjetivas pueden ser diferenciadas entre una de carácter amplia y otra de carácter restrictiva. La primera de estas es la forma más amplia de definir los delitos políticos al mezclar alternativamente las tesis objetiva y subjetiva, de tal forma que por delito político podrá entenderse tanto aquellas conductas determinadas por un motivo político, como también aquellas que realicen un tipo penal que protege al Estado. De otro lado, la teoría restrictiva limita el concepto aún más que la propia teoría objetiva al mezclar cumulativamente el elemento objetivo y subjetivo, de manera que un delito solo es considerado como político si se trata de una lesión o amenaza directa al Estado que además ha sido motivada políticamente⁴⁵¹.

En cualquiera de las teorías que se acojan lo cierto es que no puede haber justicia transicional sin amnistías e indultos, toda vez que, para el caso de Colombia, no hubo vencedores no vencidos en el largo enfrentamiento entre las Farc-Ep y las fuerzas regulares del Estado. Esto implica que se tienen que otorgar una amplia amnistía, lo mismo que indultos.

Aguilera afirma que “el delito político ha tenido límites y niveles de punición muy diversos a lo largo de la historia colombiana, dado el azaroso rumbo de las instituciones políticas con sus características y frecuentes rebeliones armadas y guerras civiles”.⁴⁵² En esa historia, han existido numerosos casos en los que se ha concedido amnistías e indultos.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C- 695 del 2002, recordó que “la Carta Política le ha dado un tratamiento privilegiado al delito político en consideración a los fines altruistas de mejoramiento social que subyacen a él⁴⁵³”. La justicia transicional tiene en cuenta el delito político como tal, en razón a que existe la necesidad de transformación en la sociedad lo que implica cambios de naturaleza política, así lo manifestó la Corte

⁴⁵¹ AMBOS, Kai. Justicia de Transición y constitución II Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional Editorial Temis. 2015, p 8 y 9.

⁴⁵² AGUILERA, M. Refundemos la nación: perdonemos a delincuentes políticos y comunes. Revista Análisis Político, Vol. 25, Núm. 76. Universidad Nacional. 2012.

⁴⁵³ Corte Constitucional Sentencia C- 695 del 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Constitucional en sentencia C-577 2014 “la justicia transicional se compone de un grupo de procesos de “transformación social política y profunda”, que comprenden diversos mecanismos dirigidos a lograr la reconciliación y la paz, la vigencia de los derechos de las víctimas y el restablecimiento de la confianza en el Estado, al igual que el fortalecimiento de la democracia.

Se trata, entonces, de un conjunto de procesos coordinados que tiene como elemento básico la implementación de cambios políticos que “permitan la transición con un componente público participativo.”⁴⁵⁴ Como se puede deducir aquellos que sean considerados delincuentes políticos podrían serles otorgados amnistías e indultos, figuras propias de los cambios en la transición de la guerra a la paz.

Los delitos políticos, son “tipos penales dirigidos contra otros bienes jurídicos cuya comisión tiene lugar dentro de la consumación de un delito contra el Estado”.⁴⁵⁵ Este delito comprende un conjunto de conductas (rebelión, sedición y conspiración) que amenazan la existencia del mismo Estado, a través de pretender derrocar al gobierno nacional, suprimir el régimen constitucional vigente, suprimir el régimen legal vigente en todo o en parte; modificar el régimen constitucional vigente o modificar el régimen legal vigente, y se caracteriza a sus autores porque tienen una gran motivación de índole altruista.

Para Luis Carlos Pérez, son características del “delito político en general las siguientes: a. Se trata de un delito complejo pues es indispensable para su realización la comisión de otros delitos que permitan la obtención del fin propuesto por el movimiento revolucionario. b. Es un delito altruista: Persigue la realización del bien común, para Luis Carlos Pérez comete el delito de rebelión exclusivamente quien toma las armas para subvertir el orden establecido con miras a obtener una mejora en las condiciones de vida de los habitantes de una nación o de un sector de ella. Es decir, tiene una finalidad de reivindicación política real o presunta⁴⁵⁶”.

⁴⁵⁴Corte Constitucional Sentencia C- 577 del 2014. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

⁴⁵⁵ Ibídem., AMBOS, Kai. Justicia de Transición y constitución II. 2015, p. 10.

⁴⁵⁶CHAPARRO, Castañeda. Amnistía e Indulto en Colombia 1965-2012.Universidad Nacional de Colombia. Bogotá Colombia. 2013, p, 19.

En Colombia se analizó en la Corte Constitucional los delitos conexos con el delito político, estos fueron tratados en la sentencia C-577 de 2014, allí se declaró constitucional el marco jurídico democrático, lo que dio vía libre a procesos de paz con las guerrillas. Esta misma sentencia se dijo que “el delito político ha sido un concepto normativo empleado con tres fines plenamente diferenciables: (i) Permitir que a los condenados por estas conductas les sea otorgada una amnistía o les sea concedido un indulto; ejemplo de ello, es la consagración que desde 1991 se hizo en el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución. (ii) Impedir que los perseguidos por conductas que se consideren delito político sean extraditados, tal y como lo prevé el tercer inciso del artículo 35 de la Constitución. (iii) Permitir que los condenados por estas conductas participen en política, específicamente para que puedan acceder a cargos públicos y ejercer el derecho de sufragio pasivo”.⁴⁵⁷

La C-577 del 2014 brinda una posibilidad de considerar de algún modo como conexos el delito político con los crímenes de guerra de la siguiente manera: “(i) los crímenes de guerra sean cometidos o no de manera sistemática; (ii) los delitos de lesa humanidad o genocidio siempre que no sean cometidos de manera sistemática; y (iii) los demás delitos que no tengan necesariamente la connotación de delitos de lesa humanidad o de genocidio como el terrorismo o los delitos transnacionales. Así las cosas, los autores de estos delitos podrán participar en política dado que, por conexidad, adquieren la calidad de delitos políticos⁴⁵⁸”.

Los opositores respecto a acuerdos con las guerrillas específicamente con las Farc-EP argumentan que delitos como el terrorismo, y en general los de Lesa Humanidad o el narcotráfico, no debieran ser tenidos en cuenta como conexos con el delito político. Es claro que existe una prohibición expresa de considerar los crímenes de Lesa Humanidad como delitos políticos. No obstante que el legislador puede a su arbitrio considerar como conexos al delito político, los delitos que crea convenientes para mantener o lograr la paz, así lo ha establecido la Corte Constitucional en sentencia C-695 del 2002, “el Congreso puede extender la amnistía y el indulto a delitos conexos con los delitos

⁴⁵⁷ Corte Constitucional Sentencia C- 577 del 2014. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

⁴⁵⁸ Corte Constitucional Sentencia C- 577 del 2014. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

políticos o subsumibles en éstos pero siempre que respete criterios de razonabilidad e igualdad⁴⁵⁹”.

En verdad las limitaciones del legislativo colombiano son de conformidad con estándares internacionales los que prohíben que criminales como los de Lesa Humanidad obtengan las prerrogativas de los considerados delincuentes políticos.

Ahora bien, los artículos 150 numeral 17 y el 201 numeral 2 enuncian tanto la amnistía como el indulto como parte de los instrumentos indispensables para lograr los acuerdos de paz. Así pues, Torres afirma que “la amnistía extingue la acción penal y la pena, mientras que el indulto extingue la pena. Es constitucional y conforme al derecho internacional no permitir las amnistías o los indultos a delitos de terrorismo, secuestro o extorsión, ya que no son delitos políticos, y ni siquiera conexos con estos⁴⁶⁰”.

Rincón y Peñas traen a colación la Carta Política de Colombia en su artículo 66 y 67 transitorio deja a “una ley estatutaria que se sancione a futuro, la competencia para definir los delitos que serán considerados conexos al delito político, “para los efectos de la posibilidad de participar en política”. Aclara que “no podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos⁴⁶¹”.

En los acuerdos de la Habana, se han excluido de la posibilidad de obtener amnistías e indultos, fundamentalmente para los crímenes de lesa humanidad. Y se incluyen los delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión y sus conexos cometidos con ocasión del conflicto armado. Del mismo modo, se incluyen los delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional

⁴⁵⁹ Corte Constitucional Sentencia C- 695 del 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁶⁰ TORRES, Vásquez Henry. Conflicto armado y terrorismo en Colombia. El terrorismo de las Farc-EP de acuerdo con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Revista Justitia Universidad Santo Tomás. 2015, p. 30.

⁴⁶¹ RINCÓN, Bustos Katerin, PEÑAS, Felizzola Aura Helena. El delito político en Colombia frente al Derecho Internacional Humanitario Universidad Santo Tomás Facultad de Derecho. 2015. p. 72.

vigente. También, están incluidas aquellas conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión⁴⁶².

En el Acuerdo de paz con el grupo armado las Farc-Ep y el gobierno colombiano taxativamente se encuentran los efectos de la amnistía la cual: “extingue la acción y la sanción penal principal y las accesorias, la acción de indemnización de perjuicios derivada de la conducta punible, y la responsabilidad derivada de la acción de repetición cuando el amnistiado haya cumplido funciones públicas⁴⁶³” sin causar “perjuicio de las obligaciones de reparación que sean impuestas en cumplimiento de lo establecido en el Sistema Integral de Verdad Justicia Reparación y No repetición”. El Estado debe cumplir a cabalidad con la verdad ya que las víctimas tienen derecho a conocer verdad de lo sucedido; en esto la Corte Constitucional, recogiendo jurisprudencia proveniente del Corte IDH⁴⁶⁴, en consecuencia afirmó que: “los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral es responsabilidad primordial del Estado, la importancia de las comisiones de la verdad radica en que permiten plantear un enfoque armónico necesario para construir la verdad y enfrentar varios de los múltiples problemas surgidos al interior de las sociedades post conflicto⁴⁶⁵”. Se espera que la justicia transicional y en exclusivamente el nuevo tribunal especial para la paz garantice dentro del mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación⁴⁶⁶.

⁴⁶² Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

⁴⁶³ Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, Capítulo VI efectos de la amnistía, artículo 40.

⁴⁶⁴ Así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile estableció que: “El derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento”. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

⁴⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-579 del 2013. M.P., Jorge Ignacio, PreteltChaljub.

⁴⁶⁶ Tal como lo dice la sentencia del Tribunal Superior de Medellín Sala de Justicia y Paz trae a colación el Acto Legislativo de 01 de 2012 en cuanto a que “los instrumentos de justicia transicional “garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la

Por vía del marco Jurídico para la Paz, la ley de amnistía en Colombia se empezará a aplicar cuando los integrantes de las Farc-Ep estén concentrados en las zonas veredales transitorias de normalización y dejen las armas. Se espera que a mediados del 2017 estén todos los guerrilleros en las zonas que el gobierno dispuso para tal fin⁴⁶⁷.

Existen al menos dos clases de amnistía una rígida y otra flexible, la totalmente rígida que no tiene cabida jurídica-legal en el campo internacional, de acuerdo con Kai Ambos se conocen en “forma más extrema como “amnistías amnésicas” (...) dado que su finalidad primaria es esconder completamente crímenes del pasado prohibiendo cualquier investigación. Si estas amnistías son el resultado de un compromiso político para poner fin a un conflicto violento o facilitar un proceso de transición, entonces pueden ser llamadas “amnistías de compromiso”; sin embargo, el compromiso subyacente o debe cambiar su deficiencia sustancial en términos de obligaciones internacionales y derechos de las víctimas⁴⁶⁸”.

Y por otra parte está la amnistía más *flexible* en la que exista un compromiso con la justicia y la víctima la cual bajo ciertos parámetros pueden desarrollarse en cualquier campo, trayendo nuevamente a colación a Ambos, este tipo de amnistía es condicional, en la cual “no exime automáticamente de castigo por los actos cometidos durante cierto periodo de tiempo, sino que condiciona el beneficio de la realización de ciertos actos o ciertas concesiones por el (los) beneficiario (s)⁴⁶⁹”.

De acuerdo con la doctrina internacional y con la constante jurisprudencia internacional las leyes de amnistía destinadas para borrar los crímenes más graves son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos. Igualmente señalan que las

justicia y la reparación”. Tribunal Superior de Medellín Sala de Justicia y Paz Radicado: 110016000253201084442 del 9 .de Septiembre del 2016. M.P. María Consuelo Rincón Jaramillo, p. 344.

⁴⁶⁷ La ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, artículo 18.

⁴⁶⁸ AMBOS, Kai. El marco Jurídico de la justicia de transición. Editorial Temis, Bogotá, 2008. p. 86.

⁴⁶⁹ *Ibidem.*, AMBOS, Kai. El marco Jurídico de la justicia de transición. 2008. p. 104.

consecuencias jurídicas de dichas leyes de amnistía son parte de una política general de violación de los derechos humanos. Como tal, la amnistía, no sólo no está en contra de las víctimas de los crímenes cometidos, sino que también es contraria a las obligaciones internacionales de los Estados. Esta reflexión parte de dictaduras militares y gobiernos de derecha por lo que algunos Estados del continente han sido muy conocidos por conceder amnistías e indultos a delitos que no son políticos, caso como los del cono sur de América han sido estudiados por la Corte IDH y determinado que son leyes que violan los derechos humanos.

La Corte Interamericana tiene una amplia jurisprudencia en este ámbito dado el contexto histórico de América Latina, por medio de la cual varios países han adoptado leyes de amnistía o más bien, de auto-amnistías. Después de períodos de violaciones de derechos humanos por parte de regímenes represivos en un esfuerzo por proteger a los oficiales de su responsabilidad por las violaciones.

En tales situaciones, se han presentado casos en lo que la jurisprudencia destacada del sistema interamericano ha determinado que los Estados tienen el deber “utilizar los medios a su disposición para llevar a cabo una investigación seria de las violaciones Jurisdicción competente, identificar a los responsables, imponer la sanción adecuada y la víctima una adecuada reparación⁴⁷⁰”.

En cuanto a la prohibición de ciertas amnistías, la Corte IDH declaró inválida la Amnistía en el Perú en 2001, la cual fue implementada para desalentar las investigaciones y negar las víctimas; la Corte consideró que “todas las disposiciones de amnistía, disposiciones sobre prescripción y Medidas para eliminar la responsabilidad son inadmisibles porque se Con el fin de impedir la investigación y el castigo de los responsables de las violación de sus derechos”.⁴⁷¹ Esta sentencia sienta un precedente para toda la región y fue seguida por varios otros fallos en los que la Corte ha declarado desde entonces las leyes de

⁴⁷⁰ CIDH. Velásquez Rodríguez v. Honduras sentencia del Tribunal de 29 de julio, 1988, No.4, parágrafo174.

⁴⁷¹ CIDH. Barrios Altos Vs Perú, Sentencia de 14 de marzo, 2001 (Ser.C) No.75, párrafo 41-44.; Loayza Tamayo v Perú. Sentencia (Reparaciones) (ser C) No.42 (1998) 168, “los Estados (...) no podrán invocar disposiciones del derecho interno, Ley de Amnistía en este caso, para evitar el cumplimiento de sus obligaciones bajo el derecho internacional”.

amnistía en Chile, Argentina y El Salvador como incompatibles con el deber del Estado de procesar los crímenes y las violaciones de derechos humanos.

Ante este panorama, Uprimny destaca que la amnistía: “se rige actualmente por un conjunto sustancial de normas de derecho internacional que delimitan el ámbito de lo permisible”⁴⁷². Por lo que ninguna amnistía no debe ser utilizada para proteger a ningún ente que hubiese realizado crímenes de guerra, de lesa humanidad o infracciones graves de derechos humanos.

La misma Corte IDH en el caso de Barrios Altos Vs. Perú se pronunció sobre las amnistías afirmando que son inadmisibles aquellas que: “pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas”. Además la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que: “Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que este tipo de amnistías “carecen de efectos jurídicos” ya que no permiten una investigación sobre los hechos y si existen violaciones a los Derechos Humanos. Además declara que la autoamnistía “viola los derechos a la verdad y a la justicia, desconocen cruelmente el terrible sufrimiento de las víctimas, obstaculizan el derecho a reparaciones adecuadas”⁴⁷³. En voto razonado de esta misma decisión, Antonio Augusto CançadoTrindade, ha señalado que “las autoamnistías, aunque basadas en instrumentos “legales”, - leyes, decretos leyes, u otros, - son la propia negación del Derecho, son verdaderamente una aberración jurídica. La adopción y promulgación de dichas autoamnistías constituyen, a mi modo de ver, una violación *adicional* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁴⁷⁴.

⁴⁷²UPRIMNY, Yepes Rodrigo. Introducción al concepto de justicia transicional y al modelo de transición colombiano, Editorial Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, Colombia 2015, p. 53.

⁴⁷³ Corte IDH, caso Almonacid Arellano y Otros versus Chile.

⁴⁷⁴ Corte IDH, voto razonado del juez Antonio Augusto CançadoTrindade, caso Almonacid Arellano y Otros versus Chile.

El tratadista Uprimny, destaca cuatro modelos de transición, y en este tipo de justicia diversas clases de amnistía; en primer lugar, está el de *perdones amnésicos* se deja de un lado los derechos de las víctimas, y se tiene una fuerte consideración a los victimarios, esto es, una amnistía general. En segundo lugar está la de transiciones punitivas, la cual es semejante a la ya señalada *amnistía estricta* y conecta con la justicia retributiva pues está basada en el castigo del culpable. En tercer lugar, se encuentra, lo que se podría denominar un punto medio entre las dos anteriores, es una aplicación mixta denominada modelo de perdones compensadores en la cual se une la amnistía amnesia o general con otras medidas en busca de la verdad y la reparación a que tiene derecho la víctima; por último, se halla el modelo de perdones responsabilizantes en las cuales no se da una amnistía general sino ya parcial y condicional unida a las mencionadas medidas a determinados crímenes⁴⁷⁵.

En el caso colombiano las amnistías solo serán para delitos políticos, de rebelión, la sedición, la asonada, así como el porte ilegal de armas, las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario, el concierto para delinquir con fines de rebelión. Por lo que según en el acuerdo de paz: “no serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma”⁴⁷⁶. En este punto podemos concluir que la amnistía en el proceso de paz colombiano se rige de conformidad con la Constitución en la cual se

⁴⁷⁵ UPRIMNY, Yepes Sánchez Camilo. Algunos lineamientos para pensar en el marco jurídico de la transición en Colombia en el contexto de un proceso de paz con algunos grupos guerrilleros En, Uprimny Yepes, SANCHEZ, María, SANCHEZ, Camilo. Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada. De justicia. Bogotá, 2014, p. 92.

⁴⁷⁶ Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, punto 5, “Víctimas: Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición, artículo 40.

conceden indultos o amnistías a delitos políticos o conexos a grupos de combatientes que se incorporen a la vida civil.

La ley de Amnistía, señala que los integrantes de las Farc- Ep que han cometido delitos políticos o conexos, serán favorecidos con amnistías e indultos. Aquellos que han cometido crímenes de lesa humanidad serán procesados por el Tribunal Especial de Paz⁴⁷⁷.

Para el caso de nuestro país, las amnistías son fundamentales en la medida en que no están incluidos los delitos de lesa humanidad.

A pesar de lo dicho en carta que envió Human RightsWatch (diciembre de 2016) al presidente de la Republica Juan Manuel Santos esta organización expresa su inconformismo por las amnistías que el gobierno colombiano va a implementar en el proceso de paz ya que: “el proyecto de ley (a) hace referencia a figuras delictivas que no tienen un correlato explícito en el derecho colombiano; (b) utiliza categorías legales imprecisas y vagas que se prestan abusos; (c) sólo excluye explícitamente de amnistías a ciertos crímenes de guerra; y (d) invoca un estándar insuficiente sobre el delito de “reclutamiento de menores⁴⁷⁸”, ya que esto puede “limitar la posibilidad de juzgar abusos, respecto de los cuales existe una obligación jurídica de asegurar justicia”. Para Human RightsWatch se debe especificar algunos de los delitos ya que se juzgara teniendo en cuenta el Código Penal Colombiano y “la legislación de implementación debería aclarar cómo se definen cada una de las categorías legales que no tengan una contrapartida explícita en el derecho colombiano”, como lo es la “sustracción de menores” ya que en el Código Penal colombiano no existe este delito de “sustracción de menores⁴⁷⁹”.

⁴⁷⁷ La ley 1820 del 30 de diciembre de 2016.

⁴⁷⁸ Carta al Presidente Santos sobre el nuevo acuerdo de paz con las FARC, consultado el 28 diciembre del año 2016, disponible en <https://www.hrw.org/es/news/2016/12/25/carta-al-presidente-santos-sobre-la-ley-de-amnistia>.

⁴⁷⁹ Human RightsWatch carta al presidente de la Republica Juan Manuel Santos, disponible en: <https://www.hrw.org/es/americas/colombia>.

Se colige entonces que la norma penal colombiana debe ser plenamente compatible con el derecho penal internacional. Cuestión que no está dada solamente porque alguna ONG lo diga, sino porque el principio de legalidad en materia penal, así lo impone.

1.13 El principio de legalidad en la Jurisdicción Especial para la Paz.

Debido a las particularidades del conflicto armado colombiano el principio de legalidad tiene que ser estudiado de manera sistemática. No de otra forma se puede entender una solución definitiva a un asunto tan complejo como es acabar con un enfrentamiento violento entre la fuerza pública y las Farc-Ep. De ese modo, se logra intuir que la solución que dará la Jurisdicción Especial para la Paz será la más adecuada en un marco de justicia transicional a las graves violaciones a los derechos humanos, infracciones al DIH y los crímenes de lesa humanidad cometidos por todos los actores armados del conflicto. Si bien, el principio de legalidad no es absoluto y debe ser ponderado frente a los derechos de las víctimas, la verdad, justicia y reparación; pues éstos prevalecen sobre aquel, el hecho de que la justicia transicional gire en torno a la protección a las víctimas no excluye que la justicia transicional sea el mejor remedio para toda la sociedad colombiana.

En el acuerdo de paz firmado en Bogotá y en consideración de la Corte Suprema de Justicia se estaría aplicando el principio de legalidad, ya que el Estado se rige por normas internacionales y acudiendo al principio de legalidad. Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP744-2016 dice que: “El principio de legalidad ha de sustentarse en los Tratados Internacionales, la Costumbre Internacional y los Principios Generales de Derecho como fuente del derecho penal, lo cual permite a los Estados investigar y juzgar al autor de comportamientos constitutivos de delitos internacionales aunque no se encuentren tipificados dentro de la legislación interna del Estado⁴⁸⁰”, y a la vez afirma que se “debe acudir a una flexibilización del Principio de Legalidad”, para garantizar que se juzgue al que atente contra las normas y tratados internacionales que violan los derechos humanos.

⁴⁸⁰Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, Sentencia SP. 744-2016, radicado N° 44462, Bogotá, D.C., 27 de enero del 2016. M.P. Luis Guillermo, Salazar Otero.

En este punto es necesario dar un concepto de lo que se entiende por principio de legalidad; en consecuencia, se recuerdan las consideraciones que realizó el Tribunal de Núremberg con respecto al principio de legalidad. Este Tribunal “estableció que es un principio de justicia, ya que los acusados debieron haber sabido que su actuar era ilegal, contrario al derecho internacional que prohibía los actos de agresión y los crímenes de guerra reconocidos por el derecho consuetudinario internacional, por tanto, no podían argumentar que se violentaba con ese juicio la máxima *nullum crimen sine lege*, puesto que dichas conductas ya estaban prohibidas por distintos instrumentos internacionales y las leyes y costumbres de la guerra⁴⁸¹”.

Como señala Alicia Gil Gil las leyes penales internacionales tienen que cumplir con la exigencia del principio de legalidad, en consecuencia hay que rechazar la mera costumbre como fuente del DPI ya que aunque se pueda constatar la preexistencia de la norma “ésta difícilmente podrá dar cumplimiento al principio de taxatividad o concreta delimitación de la conducta punible que exige ley escrita y estricta⁴⁸²”. En consecuencia, la interacción de las fuentes del DPI son necesarias a la hora de evitar la vulneración al principio de legalidad. Así pues, señala Gil, “cuando un tratado internacional es dotado por la costumbre del carácter *IusCogens* o una costumbre es recogida en un tratado o proclamada en una declaración de la Asamblea General, etc., el resultado de este proceso conjuga la seguridad jurídica y la taxatividad que permite el texto escrito con el carácter general obligatorio que le aporta la costumbre⁴⁸³”.

No obstante, que en la norma internacional este descrita una conducta, esto no significa que estén completas, es decir que contengan precepto y sanción. Esta situación obliga a que una ley interna desarrolle la norma internacional, de tal forma que se cumpla con el

⁴⁸¹ ORTA, Ana Cecilia. La Evolución del Principio de Legalidad a nivel Internacional, Enero de 2013, citado Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgement http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2199638, [Consulta: 27 de julio de 2015].

⁴⁸² Alicia Gil. Derecho Penal Internacional Editorial Dykinson. 2016, p. 88.

⁴⁸³ Alicia Gil, 2016, p. 89.

principio de legalidad. Las norma internacionales si bien son “selfexecuting”, (cláusula de aplicabilidad inmediata), tratándose de normas penales, requieren de ser “legales”.

Es de tener en cuenta que la determinación de la existencia o no de una regla internacional que prohíba un fallo *non-liquet* ha sido altamente discutida. Es decir no pueden existir vacíos en la ley que no permitan ninguna solución.

En opinión de Lauterpacht, no es concebible que los tribunales y cortes internacionales se encuentren facultados para fallar *non-liquet* debido a la ausencia de norma o principio. La insuficiencia del derecho existente para dar respuesta a ciertas situaciones, dice Lauterpacht, ha sido utilizado como argumento para defender la existencia de disputas *no-justiciables*, y de esta forma, limitar artificialmente la función judicial sobre la base de que el derecho internacional sería un sistema incompleto de normas”.⁴⁸⁴ En tal sentido la posibilidad de alegar la vulneración al principio de legalidad es totalmente factible.

El principio de legalidad ha sido concebido por el derecho penal como una garantía sustancial, procesal y política, la cual se encuentra inicialmente soportada en la Ley, la cual está orientada a describir y reglar las conductas antijurídicas con sus respectivas penas, para de esta forma poder disuadir al individuo y de esta manera ubicar una barrera infranqueable a la potestad punitiva de los Estados, con la finalidad de evitar la arbitrariedad⁴⁸⁵.

Las soluciones planteadas a fin de evitar excesos del Estado, no solo abarcan el derecho europeo o iberoamericano sino que caben, por ejemplo en el derecho islámico, Bassiouni expresa que el “sistema penal islámico es capaz de garantizar la misma calidad en la justicia, en términos del derecho al debido proceso y garantías específicas inherentes al

⁴⁸⁴Lauterpacht, Hersch, *The Function of Law in the International Community* (introduction: MartiiKoskenniemi), Nueva York, Oxford University Press, 2011, p. 53 y 54.

⁴⁸⁵ MARIN, Zafra Germán. *Crisis del principio de legalidad en la Corte Penal Internacional. Problemas contemporáneos del Derecho 1*. Editorial Bonaventuriana, Colombia. 2010, p. 106

derecho a un juicio justo, que la articulada en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos”.⁴⁸⁶

Es decir el principio de legalidad como garantía procesal es aplicable universalmente, Así pues que, cabe anotar que el “principio de legalidad, entendido como incluyente de la irretroactividad de la ley penal, del *nullumcrime sine lege* y de la igualdad ante la ley se configura de tal manera en la Sharía que abarca también el respeto a la presunción de inocencia”.⁴⁸⁷ La Sharia para los musulmanes son normas que sirven para regir sus comportamientos que incluye el respeto a la legalidad.

Uno de los objetivos que se encuentran dentro del principio de legalidad es que los posibles inculpados sepan que sus conductas constituyen delitos y se encuentran penadas; sin embargo, la recepción del principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional ha cambiado a partir de la formulación de los Principios de Núremberg⁴⁸⁸.

Dentro del principio de legalidad también es menester mencionar que “el hecho de que las leyes internas no impongan castigo por un acto que constituya un crimen bajo las leyes internacionales, no exime a la persona que cometió el acto de su responsabilidad bajo las leyes internacionales⁴⁸⁹”.

La legalidad como principio ha sido estudiada en numerosas jurisprudencias del orden internacional, en cuanto a lo que respecta a la Corte Penal Internacional sobre las concepciones que se tiene frente al principio de legalidad, es menester mencionar que con el principio de legalidad lo se buscaba era (...) “crear una Institución de Justicia supranacional, permanente e independiente, con una tipología y procedimiento predeterminado, que permitiera prevenir y contrarrestar la impunidad de crímenes contra

⁴⁸⁶ BASSIOUNI, C., *The Sharia, Islamic Law and Post-Conflict Justice*, documento elaborado para el 10th ISISC Course en Siracusa, mayo 2011, p.3

⁴⁸⁷ AL-CAWWA, M.S., “The Basis of Islamic Penal Legislation”, en *The islamic criminal justice system*, Oceana Publications, Roma, 1982; TAYMOUR KAMEL, *The Principle of Legality and Its Application in Islamic Criminal Justice*, en *The islamic criminal justice system*, Cherif Bassiouni, ed., New York, Praeger, 1982.

⁴⁸⁸ *Ibidem.*, ORTA, 2013, pág. 374.

⁴⁸⁹ *Op.Cit.* ORTA, 2013, pág. 374.

la humanidad, contribuyendo con la seguridad, la paz y el bienestar de toda la comunidad internacional⁴⁹⁰”.

Una de las finalidades que se le puede atribuir al principio de legalidad es “limitar el abuso del poder por parte del Estado, como garantía contra la arbitrariedad y como exigencia de seguridad jurídica por parte de los ciudadanos⁴⁹¹”.

Dentro del Derecho Penal Internacional la responsabilidad penal se establece teniendo en cuenta el principio de legalidad, lo cual se hace en la medida en que se tiene en cuenta que dicho principio “en el ámbito del derecho penal internacional se aplica no solo con relación a los tratados internacionales sino también con los mencionados principios generales del derecho⁴⁹²”. Por esta razón la conducta puede provenir del derecho penal internacional y estar contemplada e incorporada como parte de los crímenes internacionales de manera individual por cada Estado, adaptándolos a su propio sistema penal conforme a sus políticas penales, caso en el cual no se estima como una vulneración del principio de legalidad.

Así el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia estableció que (...) “la única sanción que puede imponer la Sala de Primera Instancia es la prisión, y que para la determinación de las condiciones en que habrá de ejecutarse debe remitirse a la práctica general relativa en los tribunales nacionales de la ex Yugoslavia⁴⁹³”.

El principio de legalidad puede ser *estricto o extendido* (también llamado flexible), en este orden de ideas el Profesor Carlos Bernal sostiene que el principio de legalidad posee dos dimensiones: una *formal y una material*. “En su dimensión material relevante en el derecho penal y en general en el derecho sancionatorio, dicho principio exige que las

⁴⁹⁰ *Ibidem.*, MARIN, 2010, pág. 112.

⁴⁹¹ *ibidem.*, ORTA, 2013.

⁴⁹² SAAVEDRA, Álvarez Yuria. Las Garantías del Debido Proceso en el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos Revista de la Facultad de Derecho de México, Número 247, Tomo LVIII, México D.F., 2007, p. 296.

⁴⁹³ Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia de 25 de mayo de 1993, artículo 24.

prohibiciones de las conductas particulares y las sanciones para los actos que eventualmente las infrinjan deban aparecer especificadas en una ley anterior al acto que se enjuicie⁴⁹⁴. Según Daza el “principio de legalidad rígido (norma interna), se flexibiliza, o mejor se amplía o complementa con la norma internacional como lo es Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la medida que, como se mencionaba anteriormente, la protección de los Derechos Humanos, su vulneración, investigación, juzgamiento y condena, dejaron de ser problemas locales para convertirse en problemas globales⁴⁹⁵”.

Se entiende por principio de legalidad extendido(o flexible) aquellos casos en los que se aplican normas que están presentes tanto en los tratados internacionales, o en la costumbre o bien son principios generales del derecho, a pesar de que no estén tipificados en el ordenamiento nacional interno.

“La experiencia más temprana de la flexibilización o redefinición del principio de legalidad a escala internacional se vivió en los procesos de Nuremberg, regidos por unos principios, el primero de los cuales advierte:

“Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.”

Y en el principio II se estipula que:

“El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido⁴⁹⁶”.

⁴⁹⁴ MARIN, Zafra Germán. Crisis del principio de legalidad en la Corte Penal Internacional. Problemas contemporáneos del Derecho 1. Editorial Bonaventuriana, Colombia. 2010, p. 107 citado. BERNAL Pulido, Carlos. El Derecho de los Derechos, p. 358.

⁴⁹⁵ DAZA, González, Alfonso, Investigación, juzgamiento y sanción de los actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, Revista Diálogos de Saberes No. 43, Bogotá D.C. Colombia, Diciembre de 2015, p. 51.

⁴⁹⁶ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, SP. 744-2016, Radicación n° 44462, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, Enero 27 2016.

Debido a las circunstancias en que se ha desarrollado el conflicto colombiano, es factible la aplicación del principio de legalidad extendido. Denominado también principio de legalidad flexible, ciertamente reconduce y permite tener en cuenta los tratados internacionales firmados y ratificados por Colombia, los cuales, en virtud de la teoría del Bloque de Constitucionalidad, hacen parte de la normativa interna, y permiten aplicar a casos concretos la normativa internacional. “El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto de San José y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, extienden el principio de legalidad al derecho internacional⁴⁹⁷”.

En la actualidad, se encuentra que un comportamiento puede ser reprimido con fundamento en normas internas o internacionales, puntualmente la adecuación típica se puede dar desde la tipicidad externa. Lo que es posible, si el análisis respecto de la tipicidad parte de normas que se encuentran en tratados internacionales, estas normas es preciso aplicarlas en razón de acudir al artículo 93 de la Constitución, esta situación se da cuando no existe un tipo penal en la ley interna que recoja la conducta aludida. La anterior situación se patentiza cuando existe una obligación estatal que proviene del orden internacional, en este sentido, la Corte Suprema ha señalado que “la obligatoriedad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad imponen al Estado –todo- adaptar las normas internas a los contenidos del derecho internacional humanitario. En este orden de ideas, las autoridades colombianas deben observar no solo la normatividad interna sino aquella integrada en el bloque de constitucionalidad y las decisiones proferidas por organismos internacionales, tales como el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁹⁸”. Como es bien sabido el DIH es de aplicación en Colombia lo que obliga al Estado colombiano a cumplir con normas imperativas del derecho internacional.

A pesar de lo dicho hay quienes consideran que el principio de legalidad flexible o extendido conlleva inseguridad jurídica, al respecto es de tener en cuenta lo expresado

⁴⁹⁷ Corte suprema de justicia sala de casación penal, SP744-2016, Radicación n° 44462, de Enero 27 del 2016. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

⁴⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado No. 31539 del 31 de julio del 2009, M.P. Augusto Ibáñez.

por Cuervo y Orduz: “las decisiones de los tribunales de Justicia y Paz, en el marco de las sentencias judiciales, han planteado diferentes posiciones para la calificación jurídica de la tipicidad y han aceptado, inclusive, teorías como la del principio de legalidad “flexible” que rompe con el sistema jurídico del Estado de Derecho, generando inseguridad jurídica. En estos procesos se puede evidenciar el desbordamiento en la aplicación del principio de legalidad al permitir la imputación por delitos que no estaban vigentes al momento de la comisión de los hechos, y la adición a las sentencias condenatorias ya ejecutoriadas de nuevos delitos⁴⁹⁹”. Al emplearse normas de esta naturaleza, no se está generando inseguridad jurídica, ya que estas normas son de obligatorio cumplimiento por parte del Estado, ya que así lo firmó en un Convenio o en un Tratado, siendo necesario que se implementen dichas normas en el ordenamiento jurídico interno.

Cuando se habla de seguridad jurídica se está haciendo mención al principio de legalidad, tal como se ha dicho en la sentencia T-502 de 2002 “este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta. La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones⁵⁰⁰”. La seguridad jurídica, no resulta lesionada cuando una persona comete un crimen que no obstante no estar consagrado en el ordenamiento jurídico interno, este se encuentra descrito en una norma de carácter internacional que resulte vinculante para el Estado en razón de haber firmado y ratificado un tratado o convenio internacional.

En el caso de la jurisdicción especial para la paz en Colombia, se habla de la existencia de seguridad jurídica en las decisiones que tome este tribunal, así lo dicen los Acuerdos de la Habana, “La JEP adoptará decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado. Todas las

⁴⁹⁹ CUERVO, Criales Beatriz y ORDUZ, Claudia Patricia. Criterios de Aplicación de los Principios del Derecho Penal y Nuevos Enfoques en la Ley de Justicia Y Paz. Criterio Jurídico Garantista. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia. 2014, p. 131.

⁵⁰⁰ Corte constitucional colombiana, Sentencia T T-502 del 27 de junio de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Linnet.

decisiones de la JEP harán tránsito a cosa juzgada cuando estén en firme y se garantizará su inmutabilidad. El Tribunal para la Paz será el órgano de cierre de la JEP. Las decisiones de la JEP sólo podrán ser invalidadas o dejadas sin efecto por el Tribunal para la Paz⁵⁰¹. Esto representa un apego al principio de legalidad y la posibilidad de que para que exista seguridad jurídica decisiones posteriores de otros tribunales como por ejemplo la CIDH “no echen” para atrás sus providencias.

1.14 El juzgamiento de responsables de crímenes durante el conflicto armado en la justicia transicional.

En medio de la justicia transicional, es fundamental el procesamiento de todos los responsables de crímenes cometidos a lo largo del conflicto. Según Meltze este tipo de justicia, “contribuye a: prevenir la reanudación del conflicto, mediante la restauración y mantenimiento del orden social; establecer responsabilidades individuales por crímenes cometidos y condenar a los infractores; otorgar indemnización y reparaciones para las víctimas; reafirmar el estado de derecho e incrementar la confianza en las instituciones democráticas; controlar y prevenir brotes futuros de violencia⁵⁰²”.

1.15 La favorabilidad en el acto legislativo 01 del 4 de abril de 2017.

Gran parte el desarrollo normativo de la favorabilidad como principio rector de la justicia transicional va ligado estrechamente al principio de legalidad, esto en razón a que se está en medio de una justicia de transición la cual permite flexibilizar la legalidad, es decir la legalidad no es de carácter rígida, sino que, en procesos de tránsito desde situaciones de guerra a procesos de paz y negociación política, ésta puede ser flexibilizada, es más

⁵⁰¹ ABC Jurisdicción Especial Para la Paz. Consultado el 07 de Enero del 2017. Disponible en: www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/...de-paz/abc-jurisdiccion-especial-paz.htm.

⁵⁰² MELTZER, Judy, Justicia Transicional y Reconciliación en Colombia luego del Conflicto Armado: Consideraciones para una Posible Cooperación Canadiense Disponible en: [http://www.focal.ca/pdf/Colombia_Meltzer-FOCAL_transicional%20justice%20reconciliation%20post-conflict%](http://www.focal.ca/pdf/Colombia_Meltzer-FOCAL_transicional%20justice%20reconciliation%20post-conflict%20), p 3.

tiene que ser así, porque no de otro modo se puede argüir una defensa de la verdad por encima de la justicia (situación propia de la justicia transicional). Así pues en tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad para beneficiar a las personas que se someten al régimen legal y constitucional del Estado, en otras palabras a la jurisdicción especial para la paz. En principio al modificarse la Constitución y por ende la ley no es que necesariamente se esté modificando tratados o acuerdos internacionales, sino que al contrario, se está interpretando desde el punto de vista de la ley más favorable, por ejemplo, artículo 15-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone:

“Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas, según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

En consecuencia, la aplicación del principio de favorabilidad en nada afecta los derechos de las víctimas, ya que estas tendrán su reparación tal como lo define la ley. Existiendo además la verdad, como el gran componente de la justicia transicional, el cual junto a la justicia, y no repetición son en suma las formas de reparar el daño causado a las víctimas del conflicto armado no internacional sucedido en Colombia.

En resumidas cuentas y de acuerdo con el artículo 10 del Acuerdo “favorabilidad. En la interpretación y aplicación de la presente ley se garantizará la aplicación del principio de favorabilidad para sus destinatarios.”

Estas dos circunstancias, y en especial la segunda demuestran a las claras que la favorabilidad en todas las actuaciones de la JEP no solamente son obligatorias por la vía del código penal interno si no lo son con la anuencia del Derecho Internacional y lo será por supuesto de conformidad con el desarrollo jurisprudencial que a partir de ahora se surta. Aunque hay que aclarar que en virtud a que el Acuerdo y el acto legislativo (01 del 4 de abril de 2017) aluden a que en primer lugar a que se tendrá en cuenta al código penal colombiano respecto de las conductas cometidas en relación directa o indirecta de los autores, partícipes o encubridores con el conflicto armado no internacional. Es decir,

que esta haya influido en la comisión de la conducta punible, ya sea en grado de tentativa o de consumación.

Así pues se tendrá en cuenta para determinar la sanción imponible al postulado ante la JEP estas tienen que ver con su capacidad y las habilidades adquiridas durante el desarrollo del conflicto armado para ejecutar la conducta punible. De igual modo, se tendrá en cuenta la resolución o disposición del individuo para cometer la conducta punible y que el conflicto armado sirviera para consumir la conducta y además este le haya permitido lograr su objetivo. (Art. 23 del acto legislativo 01 del 4 de Abril del 2017). También el artículo 17 del Acuerdo señala que la amnistía cumpliendo ciertos requisitos, se puede otorgar a “personas, tanto nacionales colombianas como extranjeras que, en grado de tentativa o consumación, sean autores o partícipes de los delitos conexos al político conforme a lo establecido en el artículo siguiente respecto a criterios de conexidad”. En definitiva, los autores y los partícipes podrán ser beneficiados con amnistías siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en la ley.

Analizando el acto legislativo 01 del 4 de Abril del 2017 se encuentra que se tiene en cuenta el código penal colombiano, el Derecho Penal Internacional, el DIH, DDHH y las normas operacionales para los integrantes de la Fuerza Pública. En todo caso se aplicara el principio de favorabilidad, lo que demuestra un amplio margen de posibilidades de obtener toda suerte de beneficios para aquellos individuos que ese acojan a la JEP. Se destaca que en los casos de amnistías o indultos se aplicara el principio de favorabilidad, lo que también ocurrirá en los eventos en que los postulados sean agentes del Estado. (Artículos 21 y 45 de la ley 1820 del 30/12/2017; artículo 10 y 44 del Acuerdo).

Lo anterior es patente en la ley 1820 (30/12/2016), artículo 11 ya señalado. En este orden de ideas el Derecho Internacional y el desarrollo jurisprudencial del mismo, ocupa un segundo lugar frente al Derecho Penal interno.

En cuanto a la responsabilidad por el mando se señala en el Acuerdo da origen a la JEP en el numeral 44 que: “En concordancia con lo anterior, respecto a los agentes del Estado, se establece un tratamiento especial, simultáneo, equilibrado y equitativo basado en el Derecho Internacional Humanitario. Dicho tratamiento diferenciado valorará lo establecido en las reglas operacionales de la fuerza pública en relación con el DIH. En ningún caso la responsabilidad del mando podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la fuerza

pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes. Del mismo modo en el numeral 59 se señala que: “La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía.

Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional”.

No obstante, el subordinado no podrá evitar su responsabilidad penal así manifieste que actuó por que obedecía órdenes dadas por su superior. Como lo dice el artículo 6 del mismo Estatuto en su numeral 4: “El hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal”.

El origen de la responsabilidad por el mando, se remonta al caso Tomoyuki Yamashita (1946). Con posterioridad, el protocolo adicional 1 de 1977 establece en sus artículos 86 y 87 lo siguiente:

“Artículo 86: Omisiones

1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios o del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar.
2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a

cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.

Artículo 87: Deberes de los jefes 1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso necesario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.

2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo.

3. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones”.

1.16 El tratamiento penal diferenciado para agentes del Estado.

Debido a la magnitud del Acuerdo suscrito entre el presidente colombiano Juan Manuel Santos con las Farc-Ep se concertó que el trato diferencial no solo sería para las personas integrantes de ese grupo subversivo, si no a su vez sería para los agentes del Estado que cometieron conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, a los cuales se les aplicaría igualmente, un tratamiento penal diferencial “equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico”⁵⁰³ en donde se empleará la renuncia a la acción penal, en la ley 1820 del 2011 en el artículo 48 define la renuncia

⁵⁰³ Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 24 de noviembre 2016, Numeral 32, p.149.

de la ley penal como: “un mecanismo de tratamiento penal especial diferenciado para agentes del Estado propio del sistema integral mediante el cual se extingue la acción penal, la responsabilidad penal y la sanción penal, necesario para la construcción de confianza y facilitar la terminación del conflicto armado interno, debiendo ser aplicado de manera preferente en el sistema penal colombiano, como contribución al logro de la paz estable y duradera⁵⁰⁴” y a su vez estos agentes del Estado deben revelar al proceso la verdad de los crímenes cometidos, igualmente, brindar la reparación a las víctimas y la reconciliación. En este sentido, el trato diferencial brinda la oportunidad para que los jueces de la jurisdicción especial para la paz otorguen a los agentes del Estado la suspensión o la renuncia a la acción penal o a la pena aunque ya hayan sido condenados o procesados por delitos que tengan relación con el conflicto armado no internacional y no sean los delitos de “lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma⁵⁰⁵”.

En definitiva para todos los actores del conflicto armado no internacional que se acojan a la jurisdicción especial creada para hacer justicia dentro el marco de la justicia de transición, existe una posibilidad real de tener una justicia diferencial, que ningún evento de una forma de impunidad.

En el caso de la justicia transicional y de conformidad con lo acordado en la ciudad de Bogotá, existirán tratamientos diferentes para los integrantes de las Farc-Ep y para los

⁵⁰⁴Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones, artículo 48.

⁵⁰⁵Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 24 de noviembre 2016, numeral 40, p.151.

agentes del Estado que han cometido delitos, lo mismo que civiles que hayan cometido delitos graves dentro del conflicto armado interno.

Empecemos por el tratamiento *diferenciado, independencia e imparcialidad* que debe cobijar a los agentes del Estado que han cometido delitos:

“En relación con los Agentes del Estado que hubieren realizado conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, el tratamiento será simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado y simultáneo⁵⁰⁶”.

Así pues se tiene que tener en cuenta el contexto del conflicto armado no internacional colombiano y el cómo y dónde han desarrollado las operaciones militares y las ordenes emitidas desde el alto mando militar, en muchos las ordenes operacionales deben ser entendidas en un entorno de guerra.

Dentro del marco de la Jurisdicción Especial para la Paz, se crea una ley sobre Tratamiento Penal Especial Diferenciado para los Agentes del Estado, con el fin de que el Estado renuncie “a la persecución penal para los agentes del Estado que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, siempre que no constituyan delitos graves, tales como delitos de genocidio, lesa humanidad y graves crímenes de guerra. Estos delitos graves serán de competencia y conocimiento del Tribunal para la Paz.

La renuncia a la persecución penal tendrá como efecto la resolución definitiva de la situación jurídica de los agentes del Estado que hayan cometido conductas punibles en el marco del conflicto armado. Hará tránsito a cosa juzgada material como presupuesto de la seguridad jurídica para quienes participen en la Jurisdicción Especial para la Paz⁵⁰⁷”.

Como se ve, para los agentes del Estado existirán tratamientos especiales en los cuales está contemplada la renuncia a la persecución penal, la responsabilidad penal y la

⁵⁰⁶ABC Jurisdicción Especial Para la Paz. Consultado el 07 de Enero del 2017. Disponible en: www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/...de-paz/abc-jurisdiccion-especial-paz.htm.

⁵⁰⁷ Ministerio de Defensa Nacional, Tratamiento penal especial diferenciado para agentes del Estado, disponible en: <https://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa>.

sanción penal siempre y cuando el agente reconozca una verdad detallada. En otras palabras se puede suspender la ejecución de la pena o bien, renunciar a la persecución penal.

1.17 La imprescriptibilidad de crímenes en justicia transicional.

Con el objetivo de continuar con el hilo conductor de esta investigación, para este caso se lleva a cabo un análisis jurídico-crítico de doctrina y jurisprudencia sobre el tema de la legalidad y su tensión con la prescripción de los crímenes de lesa humanidad.

La legalidad tiene estrecha relación en un escenario de justicia transicional con el instituto de la prescripción, y los crímenes de lesa humanidad, en consecuencia este apartado está enfocado principalmente a estudiar el instituto de la prescripción, y los crímenes de lesa humanidad, en un escenario de posconflicto. Esto permite que se dividan los principales fundamentos para determinar si la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad es o no válida en términos jurídicos, y en especial si es acorde en lo que tiene que ver con el principio de legalidad.

En lo que respecta a la prescripción el artículo 29 del Estatuto de Roma menciona que los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional son de carácter imprescriptible, confirmando decisivamente un principio que procedía anticipadamente de interpretaciones doctrinales y del texto de algunos instrumentos, tales como la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas.

Por otra parte, la prescripción de los crímenes internacionales ha sido estudiada mayormente desde la óptica de la prescripción de la acción penal, luego de transcurrida la segunda Guerra Mundial, concretamente posterior a los juicios de Núremberg los Estados tomaron iniciativa en cuanto a la imprescriptibilidad, lo cual es sin duda una labor importante teniendo en cuenta la gravedad de los crímenes que se cometían y se juzgaban para aquel tiempo, luego entonces es una práctica que ha pasado a ser generalizada y que tiene bases para fortalecerse.

Para efectos de comprender la tensión existente entre legalidad, e irretroactividad de la ley penal, como legalidad e imprescriptibilidad es importante recordar que el principio de legalidad es uno de los pilares del Estado Constitucional, incluso puede considerarse como un principio fundamental; como bien se conoce, es una limitación al poder punitivo que vela por que al ciudadano se le garantice un debido proceso y sobre todo la libertad del mismo, tal es el caso de la prohibición de retroactividad.

En un primer momento, el principio de legalidad implicaba impedir que la pena o la sanción penal fuese utilizada como una estrategia política, o como una forma de agredir al adversario, razón por la cual la institución de este principio ha buscado desde siempre evitar algún tipo de abuso hacia el reo.

Así las cosas, a través del tiempo el principio de legalidad se ha basado en dos aspectos, el primero de estos, de tipo político criminal por el cual debe cumplir con la función de respetar los diferentes criterios que exige el mismo principio con el fin de que se garantice un sustento legal, ello exige que la norma debe ser clara, debe estar taxativamente en la legislación, y anterior a los hechos punibles. Por otra parte, existe un fundamento político democrático apoyado en el principio de la separación de poderes y evitar que el sistema criminalista y el poder legislativo impidan que se brinde una verdadera seguridad jurídica, luego entonces impide alguna acción arbitraria del Estado en ejercicio del *ius puniendi*.

La regla general es que el principio de legalidad no permite una aplicación retroactividad, esto si tenemos en cuenta que la ley ha de ser *scripta, certa, praevia, y stricta*.

No obstante, y como bien se sabe, entre la legalidad y la retroactividad existe una tensión constante, ya que si se remite a la normativa internacional el principio de legalidad permite la retroactividad aun cuando esta no sea favorable lo cual sin duda se contraponen con la irretroactividad de las leyes cuando esta sea desfavorable para el acusado.

Como se señalaba más arriba el principio de legalidad extendido, a pesar de tener muchas críticas, permite la retroactividad de la ley penal, aun cuando esta no sea favorable al procesado y se permite este tipo de retroactividad cuando se aplican normas se encuentran en tratados internacionales, o en la costumbre o bien son principios generales del derecho.

Este matiz, es evidente que el principio de legalidad extendido no es de bien recibo en buena parte de la doctrina nacional, sin embargo no es propiamente una vulneración al principio de legalidad. Tanto la normativa vigente, como la jurisprudencia así lo han determinado, si se remite a diferentes estamentos internacionales; en primer lugar se reconoce el principio de legalidad pero existe una excepción, que tiene que ver con los crímenes de lesa humanidad y por tanto raya con la imprescriptibilidad, en ese sentido el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1968, en su artículo primero reconoce el principio de legalidad; pero en su numeral 2 señala: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los *principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*”; en ese mismo sentido el artículo 7 del Convenio de Roma de 1950 en el primer párrafo regula el principio de legalidad, pero a su vez establece que “el presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los *principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*”. Igualmente sucede en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el artículo 7.1 establece el principio de legalidad, pero en el inciso dos, dispone de igual forma que lo señalado en el Estatuto de Roma.

Por otra parte, la doctrina también ha compartido estas posturas, y sustenta las excepciones que contiene el principio de legalidad, en ese orden de ideas, los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas son el principal fundamento para ello. Luego entonces en el Derecho Internacional se han establecido diversas fuentes para asegurar que se formulen tipos penales orientados a que se sancionen a individuos que cometen graves crímenes. Es entonces un deber de la comunidad internacional asegurar la vigencia de los principios internacionales, entre estas fuentes se encuentra la de jurisdicción universal, la imprescriptibilidad o la no procedencia de algunas inmunidades; lo cual permite que exista una diferenciación con los delitos de carácter netamente interno.

En el caso colombiano y específicamente en medio de la justicia transicional se puede encontrar que la aplicación de esta justicia tendrá que ser acorde no solamente con el principio de legalidad sino que tiene que ser respetuosa de la imprescriptibilidad de crímenes como el de lesa humanidad, y además, respetuosa de la prescripción de aquellos crímenes que puedan llegar a prescribir.

En aquellos casos en los que se reconozca la prescripción hay que tener en cuenta que lo que desaparece no es el delito, sino el derecho del Estado para perseguirlo y de esa manera poder ejecutar la pena impuesta; por esta razón es que se ha considerado como una forma de extinción de la acción penal o de la pena corpórea, en razón del transcurso del tiempo⁵⁰⁸. Como lo menciona la Corte Constitucional de Colombia, cuando se da el termino de prescripción “el único camino a seguir es su declaración por parte del funcionario judicial que tiene el proceso, y no esperar a que se cumpla todo el trámite de rigor para que el superior jerárquico proceda a decretar la extinción de la acción pena⁵⁰⁹”. Es así como dentro de la normatividad colombiana dentro del “artículo 83 del Código Penal (Ley 599 de 2000) establece que el término máximo de prescripción de la acción penal en Colombia es de 20 años, con excepción de lo dicho en su inciso segundo según el cual “el término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado será de treinta (30) años⁵¹⁰”.

Así pues, en Colombia los delitos de lesa humanidad y las grandes violaciones de derechos humanos tienen un plazo de prescripción, situación que es contraria con los principios de Derecho Internacional. En ese sentido es necesario recordar que los principios de Derecho Internacional son preceptos normativos de carácter general que aunque son introducidos en el ordenamiento interno si hacen parte de este último ya que sirven como base de otros preceptos normativos de carácter particular. Por ende es importante determinar los principios que regulan las relaciones entre Estados en cuanto al tema de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad se refieren, la investigación y castigo de los responsables de los mismos.

⁵⁰⁸ LERÍN, Valenzuela, Jorge. La Prescripción Penal no influye en la Responsabilidad Civil

⁵⁰⁹ Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal. Proceso n° 31821 de 3 09 de 2009, M.P. ESPINOSA Pérez, Sigifredo.

⁵¹⁰ FAJARDO, Arturo Luis Andrés. Efectos del Bloque de Constitucionalidad en materia de prescripción de la acción penal en Colombia, 2009, http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar%20-%2017/Civilizar_17_%20art%203.pdf,

Revista Civilizar 9 [Consulta 15 de julio de 2015]

La Corte Constitucional ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse en cuanto al tema de la imprescriptibilidad, en ese sentido la Sentencia 580 de 2002 se refirió acerca de la constitucionalidad de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.

Según las consideraciones que realiza la Corte Constitucional en su sentencia C-578/02 teniendo como precedente el Estatuto de Roma el cual "[...] determina la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional y guarda silencio respecto a la prescripción de las penas [artículo 27 del Estatuto de Roma]. La Constitución Política, en el artículo 28 establece que no podrá haber penas ni medidas de seguridad imprescriptibles y calla con respecto a los delitos. Aunque las normas en estudio se refieren a fenómenos diferentes, persiste la duda sobre una posible discrepancia constitucional entre la norma del artículo 27 del Estatuto y la Carta Política⁵¹¹".

En esta sentencia la Corte determinó que efectivamente y en razón de la Constitución nacional existía un régimen especial para tratar aquellos delitos que lesionaban grandemente la dignidad humana, sin embargo no realizó un estudio muy minucioso en cuanto a las reglas que disponen la prescripción y una posible inconstitucionalidad que pudiesen tener las mismas.

Para la legislación colombiana no fue fácil adherirse a dicho Estatuto, ya que muchas consideraciones entran en conflicto con la Constitución Política. Por ejemplo, la prohibición de las inmunidades, o la consagración de la cadena perpetua y la imprescriptibilidad de los delitos, junto al desconocimiento del principio *non bis in ídem*. Esto originó, la realización de una reforma a la Constitución logrando de esta forma la concordancia entre el Estatuto y la Constitución; fue por medio del acto legislativo número 2 de 2001 que se modificó el artículo 93 con una cláusula genérica, eliminando de esta forma cualquier anomalía que se llegase a presentar entre las dos normas.

Frente a esto en la sentencia C-290/12 se hace una aclaración en cuanto a la imprescriptibilidad de los crímenes y a la competencia de los mismos "debe ser entendida

⁵¹¹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-578/02 de 30 07 de 2002. M.P. Cepeda Espinosa, Manuel José.

en el sentido de que si en Colombia un delito de genocidio, de guerra o de *lesa humanidad* ha prescrito, no sucederá lo mismo ante la Corte Penal Internacional⁵¹²”.

Es válido mencionar que “nuestro país si suscribió el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en el cual se establece la imprescriptibilidad de las conductas delictivas sometidas a su jurisdicción, entre ellas, los delitos de lesa humanidad, de manera que carecería de sentido aducir que tales comportamientos tienen tal connotación por su gravedad, pero a su vez, se estime que son prescriptibles⁵¹³”.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal. Proceso N° 30380 de 2010 con ponencia de la magistrada María del Rosario González De Lemos, hace una aclaración de lo que se debe considerar como delito de lesa humanidad y cómo opera la imprescriptibilidad de dichos delitos, en donde dichos crímenes después de la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio de 1946, excluyen la relación entre el crimen contra la humanidad y los estados de guerra, por lo cual este tipo de delitos no solo se presentan en los estados de guerra nacional o internacional o de conflictos armados, sino que puede presentarse en cualquier momento y realizados por cualquier persona.

Es perfectamente factible que algunos delitos, particularmente los de lesa humanidad, gocen de la posibilidad de que su investigación sea imprescriptible.

Empero, cuando respecto de esos hechos ya existe una persona individualizada y formalmente vinculada al proceso (no basta con el cumplimiento de una sola condición, vale decir, se tienen que conjugar la individualización y la formal vinculación, para que se repute existente el derecho del procesado), respecto de ella no opera la imprescriptibilidad⁵¹⁴”.

⁵¹² Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-290/12 de 18 04 de 2012. M.P. Sierra Porto, Humberto Antonio.

⁵¹³ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Proceso N° 30380 de 22 de septiembre de 2010. M.P. González De Lemos, María del Rosario.

⁵¹⁴ *Ibidem*. Corte Suprema de Justicia Proceso N° 30380 del 22 de septiembre de 2010.

Según las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia en el radicado 35113, los delitos de lesa humanidad se tornan imprescriptibles “de acuerdo con el artículo primero de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (ONU 1968)⁵¹⁵”. Igualmente ha mencionado que otra de las consecuencias jurídicas que tienen los crímenes de lesa humanidad, “es el hecho de que su enjuiciamiento y castigo está librado de los marcos temporales a los cuales se someten los delitos ordinarios, conforme lo prevé la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad⁵¹⁶”. Dado lo anterior la imprescriptibilidad lo que busca es que no haya impunidad para los catalogados como delitos de lesa humanidad, ya que una de las grandes preocupaciones de la Corte Internacional Penal es poder proporcionar a los Estados justicia y de cierta manera reparación por los delitos cometidos en contra de su población.

1.18 La Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional colombiana frente a la imprescriptibilidad, perspectiva en justicia transicional.

Siempre, los Estados están en la obligación de perseguir y castigar por medio de la jurisdicción nacional a los responsables de cometer delitos de grave lesión a los derechos humanos, ya sea bajo el derecho internacional, convencional o consuetudinario, tales como la ejecución extrajudicial, la tortura, la desaparición forzada y la violencia sexual, crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. Así pues, por medio de estas disposiciones internacionales, los Estados se ven en la obligación de introducir en sus legislaciones internas estos tipos penales. En ese orden de ideas cuando un Estado decide adoptar en su ordenamiento penal delitos como los crímenes de lesa humanidad que encuentran amparo en el derecho internacional debe observar y tener en cuenta el principio de legalidad y la forma en cómo se hallan tipificados estos delitos en el ordenamiento internacional. Este principio no puede desconocerse en justicia transicional, habría que advertir que al imponer sanciones en justicia transicional y todo aquello que a ella concierne, se exige que las normas penales

⁵¹⁵ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Radicación 35113 del 5 de junio de 2014. M.P. Fernández Carlier, Eugenio.

⁵¹⁶ *Ibidem*. Corte Suprema de Justicia. Radicación 35113 de 5 de junio de 2014.

estén previamente previstas. Incluso cuando de legislar de conformidad con lo establecido en tratados y acuerdos internacionales y especialmente cuando en razón a estar la legislación interna acorde con la internacional el Estado legisle.

Así las cosas el Estado puede legislar y en consecuencia crear tipos penales que permitan una mayor protección a las víctimas, sin embargo la tipificación en el ámbito interno debe siempre ser una figura de lo acreditado en el derecho internacional; es decir reflejando los elementos mínimos que este exige, especialmente referidos a la legalidad. Mediante la ratificación de tratados que reglamentaban acerca del genocidio, tortura y desaparición forzada, y, con la adopción del Estatuto de Roma, luego de terminarse la segunda guerra mundial, varios países se preocuparon por adoptar leyes que castigaran estas graves infracciones que se habían cometido en esta, en especial los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. En ese sentido se ha estipulado que la prescripción ha de ser por un tiempo igual a la del delito más grave dispuesto dentro de la legislación interna; así pues para comprender el artículo 7 de la Convención es necesario hacer una distinción entre prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena, puesto que, la Convención no hace tal distinción.

En el ordenamiento constitucional colombiano, en su artículo 28 se establece que “en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.” Así las cosas el artículo 28 constitucional impide que existan penas imprescriptibles, por lo tanto la legislación Colombiana se halla regulada por lo expuesto en el segundo inciso del artículo de la Convención para efectos de la prescripción de la pena.

Tal inciso dispone que si hay una norma fundamental de esta índole, la prescripción de la pena será igual a la del delito más grave que se halle en la normativa interna. No obstante, esta norma constitucional dispuesta en el artículo 28 prohíbe explícitamente la imprescriptibilidad de las penas sin referirse de manera abiertamente a las acciones penales.

Lo que entonces lleva a concluir anticipadamente que Colombia no tiene una definición legal que sea explícita y que no dé lugar a interpretaciones ambiguas, no se puede decir que constitucionalmente este permitido la imprescriptibilidad de las penas. Es necesario

analizar si la legislación colombiana se halla de acorde con lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre desaparición Forzada de personas en su inciso 1, o, con lo regulado en el inciso 2.

Aun así, el derecho internacional especialmente el penal, tiene que ser respetado en justicia transicional, esto conlleva a que el respeto del principio de legalidad sea común a todas las decisiones tomadas en justicia transicional.

Es cierto que la tradición colombiana respecto a la prescripción genera confianza respecto a lo que será su aplicación en la justicia transicional. La concesión de su respeto abarca la posibilidad de efectuarlo a través de la acción de tutela, en aras de defender el debido proceso y en general las garantías procesales, y en últimas la dignidad humana, la tutela es efectiva.

En ese orden de ideas la Corte Constitucional se ha pronunciado de una manera en la que puede inferirse que se acepta el régimen de imprescriptibilidad, “a ello debe sumarse que en relación con las conductas más graves –respecto de las cuales incluso como en el caso de la desaparición forzada la acción penal es imprescriptible– la norma permitiría con el simple cambio de competencia que tales delitos sean excluidos del listado de excepciones a la prescripción, previsto en el artículo 531 de la Ley 906 de 2004⁵¹⁷”.

Así mismo en la sentencia C-370 de 2006 en la que se estudió la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz, la Corte Constitucional mencionó que: “La acción penal es imprescriptible respecto de delitos como el de desaparición forzada de personas. Lo anterior por varias razones: el interés en erradicar la impunidad, la necesidad de que la sociedad y los afectados conozcan la verdad y se atribuyan las responsabilidades individuales e institucionales correspondientes, y en general que se garantice el derecho de las víctimas a la justicia y a la reparación por los daños⁵¹⁸”.

⁵¹⁷Op.Cit. Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-1033/06 de 05 12 de 2006.

⁵¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

VALIDACION DE LOS RESULTADOS

1.19 Conclusiones

1.19.1 Validación de los Resultados

Para lograr la paz y estar acordes con estándares internacionales en Colombia se han creado leyes estatutarias que reglamentan el Marco jurídico para la paz, en ellas se definen mecanismos tales como la selección y la priorización de aquellos individuos que deben responder penalmente. En ese aspecto, el castigo a criminales ejecutores de delitos de importancia internacional como son los de lesa humanidad, conlleva la aplicación de teorías del derecho penal que hacen relación a la autoría y la participación basados en el respeto al principio de legalidad en medio de la justicia transicional.

La implicación del principio de legalidad en medio de una forma incipiente de justicia transicional como la sucedida hasta ahora que se basa en la ley 975 del 2005, obliga que de cara al futuro, se analicen diversas jurisprudencias del Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, relacionándolos con referentes de otros tribunales nacionales e internacionales, y se analiza en perspectiva lo que sería el nuevo escenario de la justicia transicional de conformidad con el “Acuerdo de Paz”, atendiendo al principio de legalidad desde una perspectiva del derecho penal internacional y desde el modelo de justicia transicional de corte restaurativo. En medio de ese tipo de justicia tanto las amnistías como los indultos, las sanciones de tipo alternativo, y la participación política proviene de la necesidad de acabar con el conflicto armado no internacional, cuestión que solamente es posible a través de una Acuerdo de paz y de la aplicación de la justicia transicional. Los límites son muy amplios y habría que tener en cuenta que los crímenes internacionales no caben dentro la categoría de delitos políticos, así las cosas en justicia transicional, una primera parte que es la implementación de leyes de amnistías e indultos que son del resorte del presidente de la República y del Congreso son de carácter general, mientras que se le deja al nuevo Tribunal Especial para la Paz, aquellos casos problemáticos y lo relativo a los delitos conexos con el delito político.

En un contexto como el colombiano en el que se va aplicar justicia transicional, el tratamiento penal para todos los actores que intervinieron en el conflicto armado no

internacional es acorde con lo expuesto en la doctrina internacional y jurisprudencia internacional respecto al principio de legalidad estricto. No obstante, el principio de legalidad flexible extendido, a pesar de sus controversias, es necesario aplicarlo. Dentro del principio de legalidad se encuentra la posibilidad de llegar a una flexibilización la cual se debe entender como una restricción que busca justificar los diferentes hechos delictivos, por otro lado es de tener en cuenta que el principio de legalidad también busca combatir la criminalidad por parte del Estado que en algunas ocasiones es totalitario, así pues el tratadista Velásquez declara que la flexibilización a la legalidad, “implica una restricción a las garantías del justiciable en pro de la lucha contra la criminalidad que agravia a la humanidad, se explica en que con frecuencia se trata de una manifestación delincencial auspiciada –o sistemáticamente cometida- por los Estados totalitarios, que por supuesto no estarían interesados en legislar tipificando sus propios actos⁵¹⁹”. Además se entiende que el principio de legalidad extendido o flexible solo será aplicable para delitos de Lesa humanidad, Genocidio, Agresión y delitos en contra del Derecho Internacional Humanitario; también conocidos como delitos internacionales.

La preponderancia del principio de legalidad estricto impuesto hasta ahora, no es de recibo en medio de la aplicación de justicia transicional debido a que no se puede renunciar a la jurisprudencia internacional en la que se acoge la utilización de una legalidad flexible o extendida. Todo lo cual permite que exista verdadera justicia, sin vulnerar de ningún modo el clásico principio de legalidad.

En perspectiva se encuentra que en Colombia de acuerdo con el Acuerdo de paz final suscrito entre las Farc- Ep y el gobierno colombiano tiene en cuenta los estándares internacionales en materia de persecución y castigo a los responsables de conductas cometidas con ocasión y en desarrollo del conflicto armado no internacional. De igual modo garantizara los derechos de los procesados y cumplirá no solamente con mandatos sociales en la lucha contra la impunidad de los delitos de enorme interés para toda la humanidad, sino con normas del derecho internacional relativas a evitar la impunidad en graves crímenes.

⁵¹⁹ VELÁSQUEZ, V Fernando. La Flexibilidad del Principio de Legalidad y los Crímenes que Agravian a la Humanidad. Revista Universidad Sergio Arboleda. 2015, p. 95

Así mismo el Acuerdo y el acto legislativo que lo desarrolla, hace relación a los tipos penales aplicables en la JEP, destacando que estos no podrán ser otros que los que se consagran en el código penal colombiano, los cuales se encuentran acordes con el Derecho Penal Internacional, con el DIH y con los DDIH. Sin embargo la jurisprudencia de los tribunales internacionales podrá aplicarse ya sea de conformidad con la legalidad estricta o flexible, siempre que se aplique el principio de favorabilidad.

En la ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, que hace curso (septiembre de 2017) en el Congreso de la Republica sobre la implementación de los Acuerdos de La Habana y Bogotá, se señala en el artículo 10 el principio de legalidad: “La JEP cumplirá sus funciones garantizando la aplicación del principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política”. Como se puede analizar se tiene en cuenta la Constitución en su artículo 29 de tal manera que el principio de legalidad no sea en ningún momento obviado, aun cuando se pueda afirmar en un modelo de justicia transicional la legalidad puede ser tanto estricta como flexible.

La ley estatutaria establece que en las decisiones que se tomen al interior de JEP se tendrá en cuenta el derecho penal interno y en segundo lugar se tendrá en cuenta el Derecho Internacional el DIH y el DDIH todo esto en aplicación del principio de legalidad.

Las sanciones establecidas en el Acuerdo final son evidentemente medidas restaurativas y reparatoras en muy pocos casos son sanciones retributivas. En el artículo 1 transitorio del acto legislativo literalmente se dice: “Uno de los paradigmas orientadores de la JEP será la aplicación de una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización. La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido”, el artículo transitorio 13 del acto legislativo señala como finalidad esencial la satisfacción de los derechos de las víctimas y la consolidación de la paz y además agrega que estas “Deberán tener la mayor función restaurativa y reparatora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad.

Las sanciones podrán ser propias, alternativas u ordinarias y en todos los casos se impondrán en los términos previstos en los numerales 60, 61, 62 y en el listado de sanciones del sub-punto 5.1 .2 del Acuerdo Final”. Las sanciones vistas así, para los responsables cumplen con los cánones internacionales y están determinadas en el Acuerdo, lo que es perfectamente acorde con la legalidad estricta y permite una seguridad jurídica para todos los que se acojan a la JEP. Estas sanciones se encuentran descritas con carácter previo, escrito, estricta y cierta en el numeral 45 “En el componente de justicia se aplicarán dos procedimientos: 1. Procedimiento en caso de reconocimiento de verdad y reconocimiento de responsabilidad. 2. Procedimiento en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y de responsabilidad”. Así pues la legalidad en ningún momento está vulnerada cuando de sanciones se trata.

En relación a los tipos penales aplicables en la JEP estos no podrán ser otros que los que se consagran en el código penal colombiano, los cuales se encuentran acordes con el Derecho Penal Internacional, con el DIH y con los DDIH. Sin embargo la jurisprudencia de los tribunales internacionales podrá aplicarse ya sea de conformidad con la legalidad estricta o flexible, siempre que se aplique el principio de favorabilidad.

Queda claro que en la comisión delitos ya sean políticos (los realizados por las Farc-Ep) o comunes (los efectuados por agentes del estado o particulares), todos ellos tienen en común que para la culminación real del conflicto y para que exista una paz duradera, el tratamiento jurídico penal que se le otorgue a las personas objeto de la ley especial para la terminación del conflicto armado, es acorde con los principios de igualdad y legalidad, aun cuando, la jurisdicción especial para la paz, acuda a utilizar la legalidad extendida.

A lo largo de este trabajo se analizó el tratamiento penal que se tiene que brindar a los ejecutores de crímenes dentro del conflicto armado no internacional sucedido en Colombia.

La hipótesis inicialmente planteada en esta investigación se corrobora plenamente, siendo que dentro de la justicia transicional colombiana el tratamiento penal a los autores o partícipes de crímenes cometidos dentro del conflicto armado no internacional, obliga a relativizar la imprescriptibilidad de crímenes de naturaleza internacional, como cuando se considera que ciertos crímenes no caben dentro de la categoría de lesa humanidad,

permitiendo así que sean catalogados como crímenes comunes, incluso conexos con el delito político de rebelión.

El tratamiento a los delitos políticos y sus conexos y los beneficios que a estos altruistas delitos se consagran en el derecho internacional, tales como las amnistías o los indultos, permiten consolidar los acuerdos entre el gobierno colombiano y las Farc-Ep, de ese modo se puede lograr una paz aceptable y duradera. Esto no obsta, para que no se tenga que imponer un riguroso estudio, inclusive, caso a caso, del principio de legalidad. Luego, es importante tener en cuenta que “La justicia transicional tiene el gran reto de asegurar al mismo tiempo la paz y la justicia. En este sentido, si bien la amnistía se puede convertir en un medio para facilitar la paz y la reconciliación, no puede convertirse en un instrumento para asegurar intereses personales de inmunidad de la justicia⁵²⁰”. De igual forma la Justicia Transicional no es ajena al derecho penal ya que tiene como base “la propia aplicación del Derecho penal en los procesos de justicia transicional tiene características especiales que pueden implicar un tratamiento punitivo más benigno que el ordinario, sea mediante la imposición de penas comparativamente más bajas, la adopción de medidas que sin eximir al reo de su responsabilidad penal y civil, hacen posible su libertad condicional, o al menos el más rápido descuento de las penas impuestas⁵²¹”. Ventajas para el procesado que son fundamentales en medio de la justicia de transición, toda vez que de otro modo, no hubiese sido posible llegar a un acuerdo de paz, como el que suscribió el Estado colombiano con las Farc- Ep.

En esa línea, aspectos relativos no solo a la imprescriptibilidad de delitos de naturaleza internacional o en cuanto a, cuales delitos determinar cómo conexos con delitos políticos; o el tipo de sanciones a imponer; a quienes considerar responsables penalmente; y en el

⁵²⁰ Tribunal Superior de Medellín Sala de Justicia y Paz. Radicado. 110016000253 2008 83825. Julio 7 del 2016. Ponencia Conjunta de Magistrados. Juan Guillermo Cárdenas Gómez y Rubén Darío Pinilla Cogollo, p. 492.

⁵²¹ Tribunal Superior de Medellín Sala de Justicia y Paz. Radicado. 110016000253 2008 83825. Julio 7 del 2016. Ponencia Conjunta de Magistrados. Juan Guillermo Cárdenas Gómez y Rubén Darío Pinilla Cogollo. Medellín – Antioquia, p. 493.

caso aquí objeto de estudio el principio de legalidad y su trascendencia en justicia de transición, son temas cruciales para entender el funcionamiento de la justicia transicional.

A partir de la aplicación de justicia transicional y entendiendo su función y su naturaleza restaurativa, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad tienen que ser analizados teniendo en cuenta que estos crímenes se cometieron en medio del conflicto armado. Por lo tanto, en un margen de discrecionalidad generoso, ciertos casos deberían ser considerados como crímenes de naturaleza política, es decir tener las prerrogativas propias de los delitos políticos. Aunque de esta posición, se discute que el principio de legalidad estricto prohíbe un análisis en contrario, en verdad debe predominar la concesión y consecución real de paz. Esto no significa impunidad, ya que existen sanciones previstas dentro del Marco Jurídico Para la Paz, que permiten castigar esos crímenes sin que exista impunidad. Los delitos políticos y los conexos con estos, dan lugar a la aplicación de amnistías e indultos, la principal discusión se centra en la definición clara y precisa de delito político.

En lo que si bien para el Tribunal especial para la Paz, delitos como el terrorismo o el narcotráfico, generan controversias. Aun así, respecto al narcotráfico este deberá tener una interpretación muy laxa que permita considerarlo como parte del accionar de las Farc- Ep para lograr conseguir sus fines. Esta conexidad se fundamenta en que siempre que no sean delitos de lesa humanidad y no hayan sido cometidos de manera que beneficien al individuo y no al grupo, se considera como que el narcotráfico es conexo con el delito político de rebelión. Respecto al terrorismo, la adecuación típica del mismo puede apartarse de los tipos penales de terrorismo consagrados en el código penal (artículos 144 y 343), lo que permite considerar que una conducta no es terrorismo sino que corresponde a otro tipo penal. Esta adecuación típica, precisa que este delito es conexo con la rebelión lo que determina la aplicación de los beneficios otorgados a los delincuentes políticos.

En la jurisprudencia y doctrina internacional existen numerosos casos que permiten tener justicia sin necesidad de atentar contra el principio de legalidad. A pesar de conseguir que el Tribunal Especial para la Paz utilice la legalidad extendida, la terminación del conflicto armado no internacional sucedido en Colombia requiere de ser omnicompreensivo y generoso de tal manera que se imponga el respeto por la legalidad

con amplio margen de consideraciones como delitos políticos, siempre concibiendo la justicia transicional como una justicia restaurativa que permite consolidar la paz, centrándose en la reparación integral a las víctimas.

La ley especial para la terminación del conflicto, es acorde con el principio de legalidad, aun cuando se acuda a utilizar la legalidad extendida. La ley (1820 de 2016), acoge una legalidad extendida al señalar que para los integrantes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia se les va a otorgar indultos y quedarán en libertad a disposición de la JEP en caso de que tuvieran acusaciones por delitos no amnistiables según la Ley de Amnistía acordada en el Acuerdo Final.

La definición de delito político está sujeta al contexto histórico, y a quien emita la opinión, pero al provenir del Estado a través del Congreso de la Republica se supone que el juicio político y las razones de esa índole, se encaminan a la reconciliación nacional, todo bajo la inicial consideración del delito político y la amnistía o el indulto como consecuencia de dicho apreciación. Como dice Perdomo las leyes de amnistía están orientadas a la restauración del orden afectado⁵²², pero no son fuente de impunidad, al contrario son una forma de hacer justicia, quizás la más importante, dentro de la justicia transicional.

Es totalmente cierto que en la JEP y en general en la implementación del Acuerdo, su componente de justicia tiene que brindar seguridad jurídica a quienes se acojan a la JEP. En el marco de la justicia transicional colombiana, las sanciones para todos los autores y partícipes de todos aquellos que se acojan a la jurisdicción especial para la paz (JEP), se amoldan perfectamente al principio de legalidad flexible, todo en un plano de igualdad. Por supuesto que el SIVJRN no desconoce las normas convencionales y consuetudinarias que abordan el tema de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad, los Crímenes de Guerra y de agresión, al igual que el genocidio, igualmente, no desconoce el Estatuto de Roma hasta el artículo 29 de la Constitución Nacional. Por estas razones acoge lo señalado por la Corte Constitucional al interpretar el derecho internacional contenido en tratados, y Convenios internacionales que hayan sido

⁵²² PERDOMO Torres, José Fernando, Justicia penal Internacional, editorial Jurídica Grijley, Lima Perú, 2006, p. 75.

ratificados por el congreso; aspecto que obliga a atender normas internacionales referidas en pro de los derechos humanos.

La consecuencia más importante de todo el SIVJRN es que no hay impunidad, aun cuando se señale que los magistrados que integren la JEP elaboraran el procedimiento aplicable para su jurisdicción basados en varios principios entre ellos el de favorabilidad.

La aplicación del principio de favorabilidad, estipulada en el acto legislativo 01 del 4 de Abril del 2017 tiene en cuenta el código penal, Derecho Penal Internacional, el DIH, DDHH y las normas operacionales para los integrantes de la Fuerza Pública.

La aplicación de amnistías o indultos tendrá en cuenta el principio de favorabilidad, lo que también ocurrirá en los eventos en que los postulados sean agentes del Estado, (Artículos 21 y 45 de la ley 1820 del 30/12/2017; artículo 10 y 44 del Acuerdo).

Los agentes del Estado que cometieron crímenes durante y en medio del conflicto armado no internacional ocurrido en Colombia recibirán un tratamiento diferencial, especial, simultáneo equilibrado y equitativo, que les permite un tratamiento penal en el que hay una aplicación de legalidad extendida.

El acto legislativo 01 de 2017, al igual que la Ley estatutaria (en curso en el Congreso de la República) contemplan ese “trato equitativo” para los agentes del Estado, este trato lo es para cierta clase de delitos que en general son delitos considerados no graves. En la ley, se establece un trato diferenciado, simultáneo, equilibrado y equitativo, basado en el DIH.

Es decir a la JEP se pueden acoger agentes de la fuerza pública, que hayan cometido delitos durante la existencia del conflicto armado interno y que estos delitos hayan sido efectuados en cumplimiento de sus labores.

Todo lo anterior determina que la JEP si bien aplica en algunas ocasiones una legalidad estricta, en su gran mayoría aplicará una legalidad flexible esto obedece a permitir lograr una justicia basada en el conocimiento de la verdad y en favorecer a todos aquellos que se acojan a la JEP y establezcan la verdad de lo ocurrido. Solamente así se lograra una paz estable y duradera.

Es destacable que en los mencionados Acuerdos y en la ley que lo desarrolla se indique que “en la implementación se garantizarán las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y se adoptarán medidas afirmativas en favor de grupos discriminados o marginados, teniendo en cuenta el enfoque territorial, diferencial y de género”, esto significa que tanto los victimarios como las víctimas tienen igual trato, lo que convierte como eje central del acuerdo, a las víctimas.

Desde otro punto de vista esta investigación realizó análisis de diversas jurisprudencias colombianas, encontrado por ejemplo que en sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá se dice que “en el marco de una justicia transicional, que se corresponde con una perspectiva restaurativa de la justicia que a su vez contribuye a los procesos de reconciliación nacional, la Reparación Integral puede involucrar la participación de quienes fueron victimarios, incluso como una forma de fomentar el ejercicio de las responsabilidades que les derivan en su condición de sujetos de derechos⁵²³”. En este sentido, abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha señalado que la materialización de la justicia transicional tiene como gran componente la restitución de tierras, esta genera un verdadero restablecimiento de los derechos de las víctimas, a pesar de que no es fácil lograr que aquellos que han despojado de tierras sean quienes resarzan el perjuicio a través de la extinción del dominio, tampoco es fácil penalizar a los agentes victimarios⁵²⁴, aun así la ley de restitución de tierras está cumpliendo con el objetivo primordial de proteger a las víctimas del conflicto armado⁵²⁵.

⁵²³ Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá Sala De Justicia Y Paz. M.P. Léster María González Romero Radicaciones: 1100160002532008-83194; 1100160002532007-83070. Bogotá D.C. 01 de diciembre del 2011, p. 93.

⁵²⁴ En torno al tema GARAY Salamanca, Luis Jorge y Vargas Fernando, Memoria y reparación: Elementos para una justicia transicional pro víctima. Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 65.

⁵²⁵ Así se hizo referencia en sentencia del Tribunal Superior de Justicia y Paz esta trae a colación el artículo 8º, Ley 1448 de 2011 además de la doctrina internacional en la que dice que “la Justicia Transicional comprende los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales utilizados por una sociedad para garantizar que los responsables, incluidos los Estados y sus agentes, de las violaciones a los Derechos Humanos rindan cuentas de sus actos, sean

En conjunto las jurisprudencias C-820 de 2012⁵²⁶ y la sentencia C-794 de 2014⁵²⁷ han sido relevantes en la construcción de los verdaderos propósitos de la justicia de transición. La misma la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que “la particularidad del proceso de justicia transicional exige la garantía de la restitución desde sus inicios, sin que se obligue a las víctimas la espera de un fallo definitivo, momento para en el cual puede ser demasiado tarde para garantizar sus derechos⁵²⁸”, con el fin de garantizar un verdadero restablecimiento de derechos.

Respecto al principio de legalidad, el tratadista Velásquez ha dicho que: en un Estado de Derecho Social y Democrático como el existente en Colombia, fundamentado y positivizado en la Constitución Política en su artículo 1 s.s, el principio de legalidad es “una de las columnas vertebrales de ese andamiaje de organización social⁵²⁹”. Dentro del principio de legalidad se encuentra que este se compone de “cuatro categorías de los llamados delitos internacionales, vale decir a los crímenes de genocidio, agresión, de lesa humanidad y contra el derecho internacional humanitario⁵³⁰”.

investigados, juzgados y condenados; y que además se busque la realización de los derechos a la justicia, a la verdad y a la reparación integral de las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible”. Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz M.P. Eduardo Castellanos Roso. Rad. 11-001-60-00253-2007 82855 - Rad interno 1520 Bogotá D.C., 29 de Mayo 2014, p. 491.

⁵²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-820 de 2012. M.P, Mauricio González Cuervo.

⁵²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-794 de 2014. M.P, Jorge Iván Palacio.

⁵²⁸ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero Aprobado Acta No. 218 Bogotá, D.C., 6 de junio 2012, p. 373.

⁵²⁹ VELÁSQUEZ, Velásquez Fernando. La jurisprudencia como fuente formal del derecho penal. Cuadernos de Derecho Penal, ISSN: 2027-1743, junio de 2013, p. 154.

⁵³⁰ Tribunal Superior de Medellín Sala de Justicia y Paz. Radicados: 1 1 0 0 1 6 0 0 0 2 5 3 2 0 0 6 8 0 0 6 8, 1 1 0 0 1 6 0 0 0 2 5 3 2 0 0 8 8 3 4 4 4, 1 1 0 0 1 6 0 0 0 2 5 3 2 0 0 8 8 3 3 1 9, 1 1 0 0 1 6 0 0 0 2 5 3 2 0 0 8 8 3 3 1 6, 1 1 0 0 1 6 0 0 0 2 5 3 2 0 0 7 8 3 0 7 3, 1 1 0 0 1 6 0 0 0 2 5 3 2 0 0 9 8 3 7 8 2. 28 de abril de 2016. M. P. María Consuelo Rincón Jaramillo. p. 333.

La justicia transicional no es precisamente nueva en Colombia, es de tener en cuenta que en “el Estado colombiano ha implementado en las últimas décadas procesos políticos, administrativos y judiciales que buscan responder a las necesidades de las víctimas del conflicto armado, es decir que se han diseñado y puesto en marcha instrumentos o mecanismos de Justicia transicional. Colombia ha venido desarrollando un corpus iuris de carácter transicional⁵³¹”.

1.19.2 El principio de legalidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz.

Es importante mencionar que el concepto de legalidad internacional se construye a partir de los derechos y deberes internacionales, es decir, tiene una forma de producción descentralizada, por lo tanto el principio de legalidad abarca la normatividad interna, así como también la internacional, en donde lo que se busca es proteger al individuo frente al ejercicio del derecho penal, en donde con anterioridad de la comisión de la conducta punible debe estar consagrada dentro de la normatividad, en dónde puede darse el caso que dicha conducta este tanto en la normatividad interna de un Estado, así como también en la normativa internacional⁵³².

Siguiendo este orden de ideas, los Tratados Internacionales, la Costumbre Internacional e incluso los Principios Generales de Derecho pueden ser fuentes del derecho penal, esta apreciación tenida en cuenta por el tribunal el de Justicia y Paz de Bogotá. Y allí se afirma que esto “les permite a los Estados investigar y juzgar al autor de comportamientos constitutivos de delitos internacionales, aunque no se encuentren tipificados en la legislación interna, lo cual lleva a la flexibilización del derecho penal⁵³³”.

⁵³¹ Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz. M.P. Eduardo Castellanos Roso Rad. 11-001-60-00 253-2006 80531 Rad. Interno 1263. Bogotá D.C., 6 de diciembre del 2013, p. 532.

⁵³² Sentencia 6 de diciembre de 2013. M.P. Dra. Uldi Teresa Jiménez López Rad. 110016000253 - 200782862 y 200680082.

⁵³³ Sentencia 6 de diciembre de 2013. M.P. Dra. Uldi Teresa Jiménez López Rad. 110016000253 - 200782862 y 200680082.

Al respecto, la Corte Suprema mediante auto 33.039 del 16 diciembre 2010, amplió la flexibilización del principio de legalidad en el ámbito interno y especialmente en materia penal pues reconoció que los individuos que se acogían a la Ley de Justicia y Paz, pueden ser imputados por crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario.

Esta ilustrativa Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, realiza varias afirmaciones importantes, citadas y traídas a colación por el Tribunal, así pues señala:

“...el principio de legalidad en tratándose exclusivamente de crímenes internacionales – de agresión, de guerra, de lesa humanidad y genocidio –, se define en función de las fuentes del derecho, ampliándolas en los términos del artículo 38 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, a los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina internacional. (...) En ese orden, en tratándose de crímenes internacionales la legalidad supone la integración de los tratados internacionales a los sistemas jurídicos domésticos con plenos efectos como ley previa para hacer viable su sanción, así los mismos no estuvieran formalmente tipificados en la legislación nacional al momento de su comisión, tal como se ha concluido en procesos adelantados por las Cortes Supremas de Justicia de Uruguay, Argentina, Chile y Perú, entre otros⁵³⁴”.

Dentro de las sentencias del Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz no se encuentran mayores alusiones a la conceptualización de lo que es Justicia Transicional, prescripción e imprescriptibilidad⁵³⁵.

No existe una definición de justicia transicional del orden regional, las decisiones encontradas recogen lo dicho por la Corte Constitucional, por ejemplo, para el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Justicia y Paz⁵³⁶ en sentencias proferidas en el 2016

⁵³⁴ Sentencia 6 de diciembre de 2013. M.P. Dra. Uldi Teresa Jiménez López Rad. 110016000253 - 200782862 y 200680082.

⁵³⁵ Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz. Aprobado Acta No. 08 Bogotá D.C., Rad. 11001600253200680526. M.P. Eduardo Castellanos Roso. 19 de marzo del 2009.

⁵³⁶ Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Radicado. 110016000253 2008 83825. Julio 7 del 2016. Ponencia Conjunta de Magistrados. Juan Guillermo Cárdenas Gómez y Rubén Darío Pinilla Cogollo. Medellín – Antioquia. p. 189 a 192.

definen la Justicia Transicional, tal como lo había señalado la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia 579 de 2013.

Sin definir que es justicia transicional, la Sala de Justicia y Paz del tribunal Superior de Bogotá, la considera una justicia “de excepción, que aspira a dar una respuesta no solo a los problemas de violaciones sistemáticas o generalizadas a los Derechos Humanos, sino a todos los demás delitos cometidos como consecuencia del accionar de grupos armados organizados al margen de la ley y hacer efectivos, al mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social⁵³⁷”.

Las conductas a investigar en medio de la justicia transicional tienen que ver con toda clase de conductas criminales llevadas a cabo por los actores del conflicto armado no internacional sucedido en Colombia. Esta opinión es efectuada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la Sala de Justicia y Paz, la que trae a colación a la Corte Suprema de Justicia (Radicado No. 42534 de abril 30 de 2014. M. P. María del Rosario González Muñoz), la cual manifiesta “que el procedimiento en materia de justicia transicional no se agota en el estudio de conductas lesivas de los derechos humanos sino que se “extiende a todas las conductas delictivas cometidas por los grupos organizados al margen de la ley”.⁵³⁸ Dicha postura la reproduce en 2015 el Tribunal Superior del Distrito Sala de Conocimiento de Justicia y Paz de Medellín⁵³⁹.

⁵³⁷ Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz. Rad. 11-001-60-00 253-2006 80526 Rad. Interno 0197 WILSON SALAZAR CARRASCAL Rad. 11-001-60-00 253-2007 82873 Rad. Interno 1429 WHORIS SUELTA RODRÍGUEZ Rad. 11-001-60-00 253-2007 83036 Rad. Interno 1485 FRANCISCO ALBERTO PACHECO ROMERO M. P. Eduardo Castellanos Roso. p. 375.

⁵³⁸ En Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz M.P. Uldi Teresa Jiménez López. Radicación: 110012252000201300069. 10 de Abril del 2015.

⁵³⁹ Tribunal Superior del Distrito Sala de Conocimiento de Justicia y Paz Medellín. Radicados: 0016000253-2007-82700, 0016000253-2008-83269, 0016000253-2007-82699, 0016000253-2008-83275, 0016000253-2006-80864, 0016000253-2008-83275 y 0016000253-2008-83285. 24 de 09 del 2015. M.P. Rubén Darío Pinilla Cogollo. 159.

Son pocas las decisiones de los Tribunales de Justicia y Paz en cuanto al principio de legalidad, en realidad solo ha sido una, lo cual constituye un amplio panorama de discusión doctrinaria. Del mismo modo, es desde ya un llamado a que nuestros tribunales deben proferir crecidamente fallos y realizar más pronunciamientos en cuanto al tema. Aunque las decisiones no han sido numerosas, cabe mencionar que la única existente hasta el momento, utilizó buenos fundamentos para dictar la sentencia, consolidando la postura interna de la legalidad estricta, pero sin dejar atrás los presupuestos y fundamentos de la legalidad flexible.

En efecto, en este momento (enero de 2017) para validar los resultados objeto de esta tesis, se investiga entonces la sentencia del Tribunal de Justicia y Paz de Bogotá, que tiene como radicado N°110016000253 - 200782862 y 200680082 del 6 de diciembre de 2013 y que tuvo como magistrada ponente a la Doctora Uldi Teresa Jiménez López. La mencionada sentencia es analizada desde todas sus ópticas, y frente a los diferentes planteamientos convertidos en hipótesis dados al lector al inicio del presente trabajo; esto es, (i) en el sistema judicial colombiano se adhiere a la legalidad estricta; (ii) el sistema judicial actúa conforme a la legalidad flexible; y (iii) el sistema judicial colombiano toma decisiones de conformidad con la legalidad flexible respecto a los crímenes internacionales, pero sanciona de acuerdo a la legalidad estricta correspondiendo literalmente a la normativa interna; para tal fin se tienen en cuenta las posturas doctrinales y jurisprudenciales ya analizadas a lo largo del trabajo.

Para realizar los respectivos cuestionamientos frente a las decisiones de los Tribunales de Justicia y Paz, es necesario de antemano, traer a colación ciertos conceptos. Así es importante determinar con precisión, los fundamentos o criterios que doctrinal y jurisprudencialmente corresponden al principio de legalidad; especialmente es oportuno resaltar y mencionar nuevamente los conceptos de legalidad estricta y flexible en cuanto a la *lex praevia*. Dicho criterio señala que solo se puede juzgar por conductas que con anterioridad a su comisión constituían una conducta punible en la normativa. Del mismo modo, la norma tiene que ser *scripta, stricta y certa*⁵⁴⁰.

⁵⁴⁰ Al respecto: MORENO, Melo M. El Principio de Legalidad en Materia Penal Implicaciones Teóricas y Prácticas. Artículo Publicado en Foro Jurídico. 2015, p. 49.

1.19.3 El choque respecto a la ley de justicia y paz en Colombia, especial referencia al Tribunal de justicia y paz de Bogotá.

En el contexto de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz uno de los debates y las mayores controversias presentadas se dan respecto a si aplicar un concepto de legalidad estricta, en el sentido de equipararla con el concepto de ley formal, o por otra parte, tomar el sentido amplio de del principio de legalidad, es decir, como una serie de prohibiciones internacionales contenidas en el derecho penal internacional y que de acuerdo al artículo 93 de la Constitución tienen prevalencia en el ámbito interno.

De acuerdo a la legalidad estricta la norma debe estar revestida de ciertos requisitos, en especial la ley ha de ser cierta con lo cual se exige que las conductas punibles han de estar dispuestas de manera clara y de forma completa en la ley; de igual forma la sanción penal correspondiente para quien realizara dichas acciones punibles o quien no realiza las acciones ordenadas.

De otra parte, la legalidad flexible, ha sido propuesta y dispuesta para los casos en que se relacionen directamente con el Derecho Internacional, es oportuna en aquellas situaciones en las cuales se trata de crímenes internacionales, estos son, genocidio, agresión y contra la humanidad, de igual modo se han incluido en esa categoría los delitos que atentan contra el DIH⁵⁴¹. Siendo esta situación, como se ve, más propia del Derecho Penal Internacional.

En la toma de decisiones por parte del Tribunal de Justicia y Paz de Bogotá, si bien (sin citar textualmente) se acude a la pacífica doctrina colombiana para fundamentar tales fallos, se tiene en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional colombiana. A través de un análisis de la línea jurisprudencial en cuanto al tema, la Corte Constitucional ha reiterado que el principio de legalidad se encuentra tipificado en la Carta Política

⁵⁴¹VELÁSQUEZ, V, Fernando: La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad, agosto 16 de 2012, p. 10.

colombiana⁵⁴² como en los tratados de derechos humanos al ser un efectivo mecanismo para evitar la arbitrariedad del Estado y proteger la libertad individual en especial. Además de garantizar la igualdad ante la ley así expresamente se establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa⁵⁴³.

De tal forma, que el principio de legalidad cuando se da en sentido laxo de forma exclusiva para los crímenes internacionales, se ha reconceptualizado en función de las fuentes de derecho, y ha sido ampliado de acuerdo a lo dispuesto por el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, en su artículo 38 refiriéndose tal extensión a los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina internacional. En esas circunstancias de ampliación del concepto de ley, y específicamente de legalidad, es claro que emana de necesidades del orden universal.

Así pues que “en virtud a que el proceso de penalización nacional debe estar acorde con el internacional, fundado en un principio de legalidad que se sustenta en los Tratados Internacionales, la costumbre internacional e incluso los Principios Generales de Derecho, que también pueden ser fuente del derecho penal, lo que le permite a los Estados investigar y juzgar al autor de comportamientos constitutivos de delitos

⁵⁴² Sobre el principio de legalidad en materia penal, particularmente sobre la importancia del principio de reserva material de ley para la creación de tipos penales, en tanto que manifestación del principio democrático y garantía del pluralismo político, la Corte enunció las manifestaciones más relevantes del principio de legalidad:

- “1. La prohibición de la analogía (*nullum crimen, nullapoena sine legestricta*);
2. La prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nullum crimen, nullapoena sine legescripta*);
3. La prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nullapoena sine legepraevia*);
4. La prohibición delitos y penas indeterminados (*nullum crimen, nullapoena sine legecerta*)
5. El principio de lesividad del acto (*nullalexpoenalis sine iniuria*)
6. El principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (*nullum crimen sine necessitate*)
7. El derecho penal de acto y no de autor”. Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-205 de 2003, M.P. Inés Vargas Hernández.

⁵⁴³ Constitución Política colombiana. Artículo 29.

internacionales, aunque no se encuentren tipificados dentro de la legislación interna del Estado donde se perpetraron o donde es nacional el inculpado⁵⁴⁴”.

Del mismo modo esta Sentencia del Tribunal Superior Sala de Justicia y Paz habla también de que “en un sentido general el principio de legalidad extendida consiste en aplicar las normas presentes en los tratados internacionales, pese a que en el momento de los hechos esta tipificación no fuera explícita en la ley nacional⁵⁴⁵”.

En este punto, cabe señalar que Colombia ha suscrito diversos Tratados y Convenciones Internacionales, los que sancionan dichos crímenes internacionales, dentro de las cuales también se mencionan las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario y al mundo de los derechos humanos.

En este punto, vale la pena recordar que la Carta Política de 1991 (artículo 93) señaló claramente que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Con el objetivo de armonizar ese artículo con el 4º de la misma, la Corte Constitucional atendió a la noción de bloque de constitucionalidad, que lo señaló de la siguiente forma:

“el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues, verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*⁵⁴⁶”.

⁵⁴⁴ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz. M.P. Uldi Teresa Jiménez López. Radicación: 110016000253 – 200883167. Bogotá D. C., 19 de mayo del 2014, p. 196 y 197.

⁵⁴⁵ 347.

⁵⁴⁶ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Por otro lado haciendo mención a la Ley de Justicia y Paz (principal objeto por parte del Tribunal de Justicia y Paz) la aplicación del principio de legalidad, es debatida respecto a si se puede hablar de un concepto de legalidad estricta, en el presupuesto de hacer una comparación con una ley formal, es decir, “entendiéndola también como previsión de prohibiciones internacionales presentes en tratados, costumbres y principios generales del derecho, en términos de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos⁵⁴⁷”.

1.19.4 El principio de legalidad penal en su sentido laxo o extendido.

En cuanto al principio de legalidad en su sentido laxo, debe ser comprendido en cierta forma idealista, por un lado como un ideal jurídico del sistema, ya que aun cuando la conducta no estuviese tipificada como punible, el ideal es castigar tal conducta y, por otro, como un ideal social, en el sentido de que la sociedad en general entienda y legitime la aplicación de un derecho penal ajeno.

Esa noción amplia del principio de legalidad se da en la medida en que un Estado, no puede limitarse por sus normas internas, sino que necesita el apoyo y fundamento de otras, de forma que impere totalmente la legalidad, por normas sustentadas a nivel internacional tanto en su origen como en su estructura. En ese orden de ideas el principio *nullun crimen, nullapoena sine lege* en el derecho internacional, es laxo, quizás por la naturaleza misma de los crímenes que se cometen en el mundo y que son de su competencia. De igual forma, puede serlo también como una respuesta frente a la creciente corrupción mundial y la consecuente impunidad frente a crímenes como los de lesa humanidad y otros.

Ahora bien, cuando el principio de legalidad raya con la imprescriptibilidad de que gozan los crímenes de lesa humanidad la interpretación se hace un poco más profunda, pues

⁵⁴⁷ Sentencia 6 de diciembre de 2013. M.P. Dra. Uldi Teresa Jiménez López Rad. 110016000253 - 200782862 y 200680082.

en tal caso, el crimen es imprescriptible en virtud del Derecho Internacional, más la pena imponer se adhiere al principio de legalidad estricta, aplicable especialmente en el orden interno.

En este aspecto, para el presente caso (Sentencia Tribunal de Justicia y Paz⁵⁴⁸) se tradujo en la aplicación del principio de favorabilidad, es decir que las conductas cometidas por tales individuos no podían prescribir, ni tampoco ser atípicas aunque para el momento de su comisión no estuviesen tipificadas en el orden nacional esto es en virtud del Derecho Internacional, más la pena que se impuso se dio gracias al ordenamiento interno.

Visto así, la legalidad estricta es de cierta forma satisfecha, en tanto a que los individuos se les sancionó conforme a una ley que tipificaba la conducta (Ley 599 de 2000); sin embargo, si el principio de legalidad en su sentido estricto vela por asegurar que nadie pueda ser castigado por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por la ley, siendo esta entendida como una taxatividad penal, o mejor aún una legalidad estricta, la decisión del Tribunal cumple de cierta forma esa postura, o mejor se ha considerado como una postura razonable, equitativa en cuanto a la víctima, pero desde un punto objetivo frente al sujeto activo hace permite analizar la gran flexibilidad del sistema jurídico.

Lo anterior por cuanto el principio de legalidad estricta interviene directamente con el principio de taxatividad según el cual toda norma penal debe ser precisa, sin lugar a ambivalencias, con lo cual se garantiza que el sujeto conozca que conductas están prohibidas y que sanción tienen las mismas, teniendo en cuenta esto, el Tribunal no se adhiere plenamente al principio de legalidad estricta, pues si así lo hiciera, los crímenes internacionales cometidos por los individuos serían plenamente atípicos, pues como ya se ha mencionado estos no constituían delito para el momento de su comisión.

En ese orden de ideas, esa legalidad estricta plenamente conexas con el principio de taxatividad, puede verse como un enemigo frente a la legalidad flexible, pues su plena aplicación no respondería a todas las problemáticas sociales y jurídica a las cuales se ve

⁵⁴⁸ Sentencia 6 de diciembre de 2013. M.P. Dra. Uldi Teresa Jiménez López Rad. 110016000253 - 200782862 y 200680082.

enfrentado el Derecho Penal moderno, en especial, los reiterados casos en los cuales las conductas criminales no se hallaban tipificadas para el momento de su comisión

Desde esa óptica, otra postura frente a la decisión del Tribunal es que al no respetarse la taxatividad, como un principio transversal y base del principio de legalidad estricta, es posible no solamente poder violar la norma en sí, sino también principios jurídicos de rango constitucional, todo lo cual termina, sin lugar a equivocarse comprometiendo directamente su legitimidad jurídica. Así pues, teniendo en cuenta que el concepto de legalidad tiene una doble dimensión político-jurídica. Analizada desde la perspectiva de la ciencia política, la legalidad es un requisito y un atributo del poder que supone ciertos límites al ejercicio del mismo; un poder legal y actúa legalmente en la medida en que se constituye en conformidad con un determinado conjunto de normas y se ejerce con apego a otro catálogo de reglas previamente establecidas.

Bajo esta reflexión el concepto de legalidad está estrechamente relacionado con el de legitimidad el primero se refiere en ejercicio de poder y el segundo a la titularidad del mismo. Un poder es legítimo en sentido estricto cuando en su titularidad tiene un sustento jurídico y es legal cuando los actos de autoridad que de él emanan se adaptan a las leyes vigentes⁵⁴⁹. Por tanto la decisión del Tribunal, -para tal postura- sería en primer lugar, desacorde con el principio de legalidad de la acción y de la pena, pues ninguna de ellas estaban establecidas para el momento de la comisión de la conducta, y en segundo lugar sería ilegítima, en virtud de lo haya mencionado, además que recordando que el principio de legalidad se creó para evitar la arbitrariedad del Estado⁵⁵⁰ al imponer penas

⁵⁴⁹ Salazar Ugarte P. Legalidad. Léxico de la Política. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Editorial Fondo de Cultura Económica. México D.F. 2000. p. 389.

⁵⁵⁰ Al respecto, Corte Constitucional afirmó que es la seguridad jurídica la base del principio de legalidad, en el entendido de que los ciudadanos pueden conocer cómo y debido a que razones han sido o pueden ser objeto de sanciones ya sean estas privativas de la libertad o de otra naturaleza, todo ello con el fin de evitar toda forma o clase de arbitrariedad por parte del Estado. Expresamente menciona la Corte: “el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos por cuanto les permite conocer cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad

que no estuviesen plenamente tipificadas, tal acto también rompería con ese fin del principio.

Sin embargo, la anterior postura también puede derrumbarse cuando se tiene en cuenta la supremacía de los tratados y convenios internacionales suscritos ratificados por Colombia (legalidad flexible) en tanto que estos operan, complementan y hacen parte del ordenamiento interno; de ahí que algunos doctrinantes⁵⁵¹ y para el caso, -nos adherimos a tal postura- estén en desacuerdo con la legalidad estricta puesto que se estima rígida más los límites que se imponen no abarcan de forma suficiente la seguridad jurídica, pues se interesan plenamente en el sujeto infractor y dejan de un lado los intereses sociales que intervienen cuando se sanciona por una conducta delictiva.

Siendo más precisos, la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz, señala lo manifestado por la Fiscalía y dice: “en cuanto al principio de legalidad, se debe considerar que es necesario un análisis sistemático, sobre todo en tratándose de

o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas”. Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-133 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁵¹ Al respecto Uranga ha señalado que el principio de taxatividad “se nos presenta como enemigo de un Derecho Penal flexible, abierto al futuro y capaz de adaptarse a las situaciones cambiantes como las que nos presenta la biotecnología, en la que como consecuencia de los continuos adelantos científicos se nos exige una adecuada respuesta jurídica que en muchos casos resulta difícil poder darla debido a la taxatividad de los términos utilizados.” Uranga Martín, A. La Discusión Actual Sobre la Función del Derecho Penal. En Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón. Universidad de Deusto. 2006. p. 322. Además, otros tratadistas como Velázquez⁵⁵¹ están en desacuerdo con “rígido principio de legalidad” puesto que este no impone unos límites claros, idóneos, precisos y ciertos, si no que pasaran a un segundo plano debido a que lo que interesa es la protección ética y de la dignidad humana del individuo sin importar que haya una informalización. Aunque es destacable que parece predominar un análisis amplio del mencionado principio “las normas de competencia de los poderes públicos y las que rigen las relaciones de los gobernantes con los gobernados y de estos entre sí, cumplen con el principio de legalidad en sentido amplio”. Velázquez V Fernando. El derecho ante la globalización y el terrorismo: "Cedant arma togae": actas del Coloquio Internacional Humboldt. Montevideo. 2003, p. 15.

casos en los cuales se estudian graves violaciones a los derechos humanos, infracciones al DIH o crímenes de lesa humanidad. En la última década en Colombia ha ido haciendo carrera el uso del principio de legalidad extendido, el cual reconduce y permite tener en cuenta los tratados internacionales firmados y ratificados por Colombia, los cuales, en virtud de la teoría del Bloque de Constitucionalidad, hacen parte de la normativa interna, y permiten aplicar a casos concretos la normativa internacional⁵⁵².

Las anteriores apreciaciones indican que Colombia no puede sustraerse al derecho internacional y a las fuentes del derecho penal, en consecuencia la legalidad laxa o extendida se puede aplicar en el escenario de la justicia transicional que espera a este país en 2017.

Al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado dos aspectos importantes cuando de crímenes internacionales se trata, estos son la accesibilidad y la previsibilidad de la conducta, de tal forma que aun cuando no existiera una legislación interna ni internacional que tipificara y sancionara los crímenes de guerra era una situación previsible, es decir el sujeto podía prever que su conducta podía llegar a considerarse como un crimen grave, esta situación se observa en el asunto Kononov, quien como exmilitar soviético fue condenado por el Tribunal de Letonia en 2004, condena que fue aprobada y ratificada por el Tribunal de Estrasburgo. Es además necesario, recordar y enfatizar plenamente que la flexibilización del principio de legalidad opera únicamente cuando de crímenes internacionales se trate.

En Colombia, y en esta misma línea, la Corte Suprema de Justicia afirmó que, los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano poseen la calidad de fuente de derecho penal sin tener en cuenta la normativa interna que los concrete y viabilice; y por esto, desde su entrada en vigencia se legitima la punibilidad de las conductas descritas en tales instrumentos y por tanto se entienden incorporadas al ordenamiento jurídico nacional⁵⁵³.

⁵⁵² Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz M.P. Eduardo Castellanos Roso. Rad. 11-001-60-00253-2007 82855 - Rad interno 1520 Bogotá D.C., 29 de Mayo 2014, p. 346 y 347.

⁵⁵³ Auto de 13 de mayo de 2010, radicado 33118.

De tal forma que, los actos delictivos contra el llamado Derecho Internacional Humanitario contenidas en los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y sus dos protocolos adicionales de 1977, tienen rango de Tratado Internacional de Derechos Humanos, y son incorporadas automáticamente a la normativa interna desde que se surtieron en Colombia todos los pasos para que tal calidad pudiera ser predicada de los mencionados acuerdos internacionales.

Una de las características esenciales del Sistemas Universal y Europeo de Protección de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales penales es que la accesibilidad y la previsibilidad son características que se desprenden del *nullum crimen sine iure*, en últimas del principio de legalidad.

No se vulnera el principio de legalidad cuando se acude a la accesibilidad y la previsibilidad como elementos necesarios para poder considerar la utilización de una legalidad laxa o extendida.

Ha señalado el TEDH que para que se cumpla el requisito de la accesibilidad basta que “la disposición penal haya estado públicamente disponible, que haya sido accesible, para que podamos luego evaluar la previsibilidad dependiendo del contenido de la norma en cuestión⁵⁵⁴”.

Del mismo modo la jurisprudencia del TEDH, afirma que la “previsibilidad y la accesibilidad no son criterios subjetivos, sino criterios objetivos a la vez que jurídicos, digamos, criterios de carácter objetivo-normativo⁵⁵⁵”.

El tener en cuenta la legalidad extendida no implica que exista inseguridad jurídica, toda vez que “los conceptos de previsibilidad y accesibilidad persiguen el valor de la seguridad jurídica, esto es, que el ciudadano sepa de antemano “a qué atenerse⁵⁵⁶”, así pues en opinión de Díez Picazo, traído a colación por Lledó se concluye que no existiría una violación al principio de legalidad, habría que agregar que la seguridad jurídica permite a

⁵⁵⁴ LLEDÓ, Rodrigo. El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional. Universidad Carlos III de Madrid. Voces de Cultura de la Legalidad. 2016, p. 252.

⁵⁵⁵ LLEDÓ, Rodrigo. El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional. Universidad Carlos III de Madrid. Voces de Cultura de la Legalidad. 2016, p. 253.

⁵⁵⁶ LLEDÓ, Rodrigo. El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional. Universidad Carlos III de Madrid. Voces de Cultura de la Legalidad. 2016, p. 253.

los ciudadanos tener confianza en que los funcionarios actuarán siempre con sujeción a la ley⁵⁵⁷.

En el plano internacional y de conformidad con la jurisprudencia del TEDH, en ocasiones se recurre a la legalidad estricta y en otras a la legalidad laxa o extendida, esto es evidente en casos como *K.-H. W. Vs Alemania* y *Streletz, Kessler y. Krenz Vs Alemania*, allí el principio de legalidad se va a los componentes de previsibilidad y accesibilidad permitiendo la legalidad en su sentido extendido.

El principio de legalidad flexible establecido por el Derecho Internacional, se adecua perfectamente tanto a los diferentes pronunciamientos de la sala adecuándose tanto a los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia⁵⁵⁸.

El Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz, recuerda que el principio de legalidad flexible no es sinónimo de ilegalidad y avala lo presentado por la fiscalía, diciendo: “la Fiscalía, solicitó que todos los delitos se legalizaran, conforme a los estándares internacionales aplicando el principio de legalidad flexible. Esto, siguiendo el lineamiento trazado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, mediante el auto 33039, donde indicó que la aplicación de dicho principio constituye una garantía legal y constitucional, frente a las realidades fácticas que enmarcaron aquellos hechos juzgados y que hicieron parte del conflicto⁵⁵⁹”.

⁵⁵⁷ El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Justicia y Paz, afirma que “el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica y permite a los ciudadanos tener confianza en que los funcionarios actuarán siempre con sujeción a la ley. El respeto a la ley por parte de todas las autoridades públicas, está consagrado en los artículos 1º, 6º, 121º y 123º de la Constitución Política”. Tribunal Superior de Medellín Sala de Justicia y Paz. Radicados: 1 1 0 0 1 6 0 0 0 2 5 3 2 0 0 6 8 0 0 6 8, 1 1 0 0 1 6 0 0 0 2 5 3 2 0 0 8 8 3 4 4 4, 1 1 0 0 1 6 0 0 0 2 5 3 2 0 0 8 8 3 3 1 9, 1 1 0 0 1 6 0 0 0 2 5 3 2 0 0 8 8 3 3 1 6, 1 1 0 0 1 6 0 0 0 2 5 3 2 0 0 7 8 3 0 7 3, 1 1 0 0 1 6 0 0 0 2 5 3 2 0 0 9 8 3 7 8 2. 28 de abril de 2016. M. P. María Consuelo Rincón Jaramillo, p. 1006.

⁵⁵⁸ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz Radicado: 110016000253200782794 N.I. 1357. M. P. Alexandra Valencia Molina. 15 de Julio de 2016, p. 17.

⁵⁵⁹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz Radicado: 110016000253200782794 N.I. 1357. M. P. Alexandra Valencia Molina. 15 de Julio de 2016, p. 14.

Conforme con estos señalamientos de la doctrina y jurisprudencia internacional y de conformidad con lo señalado a lo largo de este trabajo investigativo, en Colombia el principio de legalidad puede no ser vulnerado al ser acogida la legalidad laxa o extendida, siempre que se acojan como requisito previo los componentes de previsibilidad y accesibilidad, de ese modo se puede permitir la legalidad en su sentido laxo.

1.19.5 El principio de legalidad penal internacional.

En primer lugar, la legalidad penal internacional se ha venido construyendo de manera distinta a la que se da en los ordenamientos internos. De forma que, mientras en esta última usualmente se tipifica un comportamiento reprochable, el cual se complementa típicamente con su respectiva pena y se prevé la existencia de un procedimiento y de un juez competente para aplicarla, en el derecho internacional la construcción de las prohibiciones, las sanciones y las jurisdicciones ha sido más complicada.

Lo anterior por cuanto, por ejemplo en materia de crímenes de guerra, durante un tiempo los Estados fueron los únicos competentes para tipificar las violaciones a los “usos y costumbres de la guerra”, como también para disponer los aspectos procesales referentes a la investigación y sanción de aquéllas. Es decir, no se trataba propiamente de los hoy denominados “crímenes internacionales”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en varios fallos⁵⁶⁰, ha mencionado que en materia del principio de legalidad, la noción de derecho aplicable se desarrolla no sólo en la normativa interna sino que también abarca el derecho no escrito,

⁵⁶⁰ El TEDH se ha pronunciado respecto al principio de legalidad de los delitos y de las penas en numerosas ocasiones, sin embargo a partir del año 2000 éste Tribunal ha hecho mención en lo que respecta al principio de legalidad en el derecho internacional y su aplicación retroactiva por la comisión de crímenes que gozan del amparo de la normativa internacional, tales fallos aluden a personas que “cometieron crímenes de guerra durante la II Guerra Mundial (caso Kononov c. Letonia), durante la ocupación soviética (caso Kolk y Kislyiy c. Estonia) o que fueron condenadas por las “ejecuciones del muro de Berlín” (casos Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania y K.-H.W. c. Alemania).

haciendo especial y expresa referencia a la jurisprudencia, costumbre y doctrina internacional.

Luego entonces, cuando se trata de crímenes internacionales el principio de legalidad permite la inclusión y unificación de los tratados internacionales a los ordenamientos jurídicos internos con todos los efectos que ello genera, por lo cual se tiene en cuenta una ley previa, ya sea está escrita o no, pero también se sancionaran aun cuando no estuviesen tipificados en el ordenamiento interno para cuando sucedieron.

Así pues, el artículo 7 del Convenio Europeo consagra la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, además de establecer el principio de legalidad de los delitos, pero a su vez tiene una excepción en el inciso 2 del mismo artículo. Adicional a ello el Tribunal Europeo ha determinado que la noción de ley traducida en “law”, que se emplea en el mencionado artículo 7 corresponde tanto el derecho escrito como no escrito⁵⁶¹. Esta posición frente al tema, es bien importante por cuanto es una visión diferente a los postulados de *lexscripta*, *certa*, *preavia* y *scrita*, ya que se está permitiendo que las leyes no positivizadas en el momento de su comisión puedan ser *ex post facto* objeto de investigación y juzgamiento⁵⁶².

Esta apreciación es válida en la medida en que se tiene totalmente en cuenta el derecho internacional. En este orden de ideas, la denominación de “derecho aplicable en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁶³ no excluye de la órbita

⁵⁶¹ ANDREU, Guzmán Federico. Retroactividad penal de crímenes internacionales. Comisión Colombiana de Juristas. Bogotá, Colombia. 2012, p. 28.

⁵⁶² Este argumento utilizado en la jurisprudencia analizada (radicado N°110016000253 - 200782862 y 200680082 del 6 de diciembre de 2013 M.P. Dra. Uldi Teresa Jiménez López). E igualmente, aunque el principio de legalidad en su forma estricta es el más acogido por la doctrina internacional; en la jurisprudencia colombiana en mención se toma desde la *legalidad laxa*, la cual se acoge siempre que se trate de delitos de naturaleza internacional.

⁵⁶³ CADH. Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

de aplicación del principio *nullum crimen sine iure*, el derecho nacional, ni mucho menos el derecho internacional el cual está fundamentado bajo parámetros consuetudinarios⁵⁶⁴. Luego entonces ciertamente se permite una aplicación del principio de legalidad más allá previsto en los Sistemas Universal y Europeo de Protección⁵⁶⁵.

Por supuesto que existe tensión entre el derecho interno y el internacional cuando de desarrollar el principio de legalidad se trata.

La discusión no es pacífica tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, pero especialmente en el plano internacional. En ese sentido, existe una fuerte tensión entre la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia internacional, pues esta última fundamentada en el CEDH, y la CADH, si bien tienen estipulado el principio de legalidad con todos los elementos que la componen, e incluso han sido estrictos en ello como el caso de la denominada “Doctrina Parot” y el caso del Río del Prada, fallados en el TEDH, también tienen su excepción permitiendo que se juzgue por delitos que con anterioridad a su comisión no se hallaban positivizados, y además también ha permitido la agravación de la pena.

En otros casos tratados por la Corte IDH, como el asunto Barrios Altos de 2001, la Corte señaló y ratificó la incompatibilidad de las leyes de amnistías sancionadas en Perú, pues se determinó que se establecieron con el fin de garantizar la impunidad de los crímenes cometidos por parte de los agentes de dicho país, luego entonces mediante tal decisión esta

⁵⁶⁴ OLÁSULO, Héctor. El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo Penal, ANIDIP, vol. 1, 2013, p. 32.

⁵⁶⁵ A pesar de lo afirmado, Olásulo señala que “No obstante, la jurisprudencia de la CORIDH en los casos García Asto y Ramírez Rojas frente a Perú (2005)71, Fermín Ramírez frente a Guatemala (2005)72, Lori Berenson frente a Perú (2004)73, De la Cruz Flores frente a Perú (2004)74 y Castillo Petruzzi frente a Perú (1999)75 ha optado por una interpretación del Artículo 9 de la CADH, en la que, sobre la base del objeto y fin de la garantía que se define en la misma, ha extendido su contenido más allá de lo previsto en los Sistemas Universal y Europeo de Protección de los Derechos Humanos y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales”. Op.cit. OLÁSULO, Héctor. El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo Penal, ANIDIP, vol. 1, 2013, p. 32.

Corte permitió nuevos juzgamientos de crímenes internacionales, ya prescritos por el ordenamiento jurídico interno. La CIDH, en estos casos “considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁵⁶⁶”.

1.19.6 El debate en el Tribunal de Justicia y Paz de Bogotá, acerca del predominio del derecho internacional frente al derecho interno.

El principio de legalidad se halla sustentado y reconocido por diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, exigiendo como criterio fundamental que la conducta se encuentre prohibida con anterioridad a su comisión, no obstante, el Derecho Internacional abarca también las fuentes del derecho internacional público dispuestas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, donde se enfatizan los tratados, la costumbre internacional, los principios generales del derecho y los actos jurídicos unilaterales.

En consecuencia, en el ámbito Internacional los Principios de Legalidad y de Irretroactividad de la ley Penal “se encuentran satisfechos con la prohibición, de la acción o de la omisión, en tratados internacionales o en el derecho consuetudinario, al momento de su comisión”.⁵⁶⁷

En sentencia del Tribunal Superior de Medellín se encuentra plasmado una explicación en lo referente al origen del principio de legalidad y como este tiene como fuente el derecho penal internacional, “en tratándose exclusivamente de crímenes internacionales de agresión, de guerra, de lesa humanidad y genocidio, se redefine en función de las fuentes del derecho, ampliándolas en los términos del artículo 38 del Reglamento de la

⁵⁶⁶ Corte IDH, Sentencia del 14.03.2001, caso *Barrios Altos contra* Perú, (párr. 41).

⁵⁶⁷ Sentencia 6 de diciembre de 2013. M.P. Dra. Uldi Teresa Jiménez López Rad. 110016000253 - 200782862 y 200680082.

Corte Internacional de Justicia, a los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina internacional”.⁵⁶⁸

Por su parte el Tribunal de Justicia y Paz de Bogotá, hizo mención respecto al principio de legalidad en el 2013, caso en el que estudió la adecuación típica y dosificación de la pena de los procesados e imputados por diferentes delitos cometidos con ocasión del conflicto armado, los individuos hacían parte del Frente Héctor Julio Peinado Becerra de las Autodefensas Unidas de Colombia AUC, y desarrollaron varias conductas punibles que fueron concretadas por la Fiscalía en una imputación y posterior formulación de cargos.

De manera que, con el fin de adecuar las conductas delictivas a los tipos penales descritos en el ordenamiento interno fue necesario tener en cuenta que la militancia de los dos sujetos en el Frente Héctor Julio Peinado Becerra de las Autodefensas Unidas de Colombia AUC y la comisión de los hechos objeto de legalización se desplegaron en espacios de tiempo y lugar diferentes, en los que se encontraban vigentes, normas diversas estas son el Decreto 100 de 1980 y la vigente Ley 599 de 2000, tal situación fue especialmente estudiada en tanto que aquél no sancionaba crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario y Lesa Humanidad; mientras que ésta tampoco incluye la última de las categorías mencionadas. En consecuencia, en tal caso la Sala procedió a diferenciar el proceso de penalización nacional con el que se produce a nivel internacional, concluyendo que este se halla regido por el principio de legalidad fundamentado en los tratados y una práctica de costumbre de prohibición por parte de los Estados, lo que permite determinar el tiempo dentro del cual la conducta está prohibida y el contenido de tal prohibición.

De conformidad con lo anterior, se aclara que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no están dotando el principio de legalidad penal con la ley en sentido

⁵⁶⁸ Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz M.P. María Consuelo Rincón Jaramillo. Radicado: 110016000253200680018. 2 febrero del 2015, p. 232.

formal⁵⁶⁹, lo que se infiere es que existe una flexibilización del principio de legalidad, luego entonces pueden ser fuente del derecho penal los Tratados Internacionales, la Costumbre e inclusive los Principios Generales de Derecho con lo cual se está dando potestad jurisdiccional a los Estados para investigar y juzgar a un sujeto por conductas consideradas crímenes internacionales sin que se tengan en cuenta la tipificación de la acción en el lugar donde se cometió o donde es nacional el acusado.⁵⁷⁰

De ahí que, en el Derecho Internacional, los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal, se encuentran plenamente establecidos con la disposición prohibitiva de acciones y/u omisiones en tratados internacionales como en el derecho consuetudinario, al momento de su comisión. Esto significa que los hechos que en el presente caso estudiado fueron cometidos por sujetos militantes del Frente Héctor Julio Peinado Becerra de las Autodefensas Unidas de Colombia AUC, podían encuadrar dentro de la categoría de crímenes de guerra y de lesa humanidad con fundamento en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por Colombia, la Costumbre Internacional, e incluso los Principios Generales de Derecho, -aun cuando para la fecha en que se dio la comisión de las conductas punibles éstas no se hallaban tipificados como de ese modo en el ordenamiento interno- en tanto que en virtud de la Carta política en su artículo 93 hacen parte del Bloque de Constitucionalidad y por ende prevalecen sobre las normas internas.

No obstante, el mencionado Tribunal afirmó que si bien las conductas podría encuadrar como crímenes de lesa humanidad o delitos contra el Derecho internacional Humanitario, ello no configuraba un impedimento para que en virtud del principio de legalidad de los delitos y de las penas cuando se diera la individualización de la pena se debía aplicar la que se hallaba vigente para cuando se dio la conducta punible o la ley más favorable

⁵⁶⁹ Aunque de forma histórica en el derecho interno el principio de legalidad se ha ido en armonía con aquel de ley en sentido formal, esto es, un acto normativo expedido por un Congreso, Parlamento o Asamblea, mientras que en derecho internacional la legalidad abarca todas las fuentes del derecho internacional público en especial, los tratados, las costumbres internacionales, los principios generales del derecho y los actos jurídicos unilaterales..

⁵⁷⁰ Sentencia 6 de diciembre de 2013. M.P. Dra. Uldi Teresa Jiménez López Rad. 110016000253 - 200782862 y 200680082.

cuando se halle dispuesta una norma posterior al hecho. Para efectos de la legalización de formulación de cargos, el Tribunal realizó un estudio normativo de los delitos cometidos contra el derecho internacional humanitario y lesa humanidad en un contexto de conflicto armado, así como también de delitos comunes. Igualmente realizó una descripción de los mismos con fundamento en las normas nacionales e internacionales y luego se clasificaron teniendo en cuenta los móviles, en aras de dar a conocer los patrones de criminalidad del Frente Héctor Julio Peinado Becerra en el Sur del Cesar y la provincia Ocañera, sus formas de operar y destacar que el accionar del mencionado grupo armado organizado al margen de la ley, afectó la comunidad en general, particularmente a personas que se encontraban en especiales circunstancias de vulnerabilidad y marginalidad social.

En consecuencia, acreditada la responsabilidad de los individuos integrantes del Frente en cuestión, en la comisión de los delitos para efectos de individualización de la pena la Sala se adhirió a principio de legalidad estricta, por ende, aunque las conductas desarrolladas se configuran como crímenes de guerra y de lesa humanidad, la Corte afirmó: “se realizará con fundamento en la denominación jurídica del tipo penal vigente al momento de la comisión del hecho y la pena allí consignada, o la que posteriormente se haya señalado siempre que le resulte más favorable. Para el efecto, la Sala aplicará los presupuestos señalados por los artículos 60437 y 61438 de la Ley 599 de 2000.

El mismo procedimiento se utilizará para fijar la multa cuando ésta forme parte de la pena principal”.⁵⁷¹ De este modo queda claro que la sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá aplica el principio de legalidad estricto, cuando expresa que “la Sala se encargará de tasar la pena correspondiente para cada uno de los delitos legalizados, teniendo en cuenta que por aplicación estricta del principio de legalidad y pese a que se logró determinar que las conductas desarrolladas por los postulados constituyen crímenes de guerra, se realizarán con fundamento en la denominación jurídica del tipo

⁵⁷¹ Sentencia 6 de diciembre de 2013. M.P. Dra. Uldi Teresa Jiménez López Rad. 110016000253 - 200782862 y 200680082.

penal vigente al momento de la comisión del hecho y la pena allí consagrada⁵⁷². El Tribunal Superior de Bogotá reiteró este aspecto en el Radicado 2319 del 1/09/2014⁵⁷³.

Como se puede observar el Tribunal acoge la legalidad en cuanto al procedimiento, pues si bien las conductas constituyeron efectivamente crímenes internacionales de los cuales se propugna la legalidad flexible, se adhirió a la legalidad estricta en tanto que la conducta debía estar debidamente tipificada como punible en el ordenamiento para que pueda ser sancionable. Luego entonces en el orden nacional aunque se tenga en cuenta la supremacía de que gozan los tratados internacionales, en virtud de la legalidad de la acción y de la pena así como del principio de favorabilidad la pena a imponer debía ser la más favorable para el reo⁵⁷⁴.

Es también importante aclarar que tales conductas que configuran crímenes internacionales en el orden internacional se sancionan de conformidad con la legalidad laxa lo cual quiere decir que no interesa si la conducta se hallaba tipificada como punible para el momento de su comisión en tanto que al tratarse de este tipo de crímenes el principio de legalidad tendrá en cuenta el derecho escrito como el no escrito, y en dado caso, los presupuestos ya mencionados de accesibilidad y previsibilidad que permiten la aplicación de la legalidad flexible o extendida.

⁵⁷² Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz. M.P. Eduardo Castellanos Roso Rad. 11-001-60-00 253-2006 80531 Rad. Interno 1263. Bogotá D.C., 6 de diciembre del 2013, p. 435.

⁵⁷³ Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz. M.P. Eduardo Castellanos Roso Rad. 11001-22-52000-2014-00019-00 Rad. Interno 2319. Bogotá D.C., 1 de septiembre del 2014, p. 671 y 672.

⁵⁷⁴ En igual sentido, se habla de “para efectos de la dosificación de la pena en respeto del principio de legalidad se tendrá en cuenta la denominación jurídica y la pena prevista en la legislación vigente para el momento de ocurrencia de los hechos y en los casos en que sea precedente se aplicará el principio de favorabilidad”. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz Radicado: 110016000253200782794 N.I. 1357. M. P. Alexandra Valencia Molina. 15 de Julio de 2016, p 299 y 300.

1.19.7 Las víctimas como principal rector de la justicia transicional.

Siendo la paz “calificada universalmente como un derecho humano superior, y requisito necesario para el ejercicio de todos los demás derechos y deberes de las personas y del ciudadano⁵⁷⁵”. Esta se encuentra consagrada como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento en los acuerdos finales de 24 de noviembre de 2016 suscritos entre el gobierno colombiano y las FARC-EP. En este sentido es evidente que la justicia transicional se rige bajo la premisa fundamental de ocuparse es de las víctimas, tal como se consagra en el derecho internacional, el Estado colombiano está en la obligación de tener en cuenta directrices básicas que hacen parte de los DDHH y del DIH.

Como establece el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz la justicia transicional tiene como objetivo las víctimas y “reivindicar sus derechos de la mejor manera posible, abandonando la indiferencia a la tragedia de cada víctima y buscando que el Estado cumpla los fines que justifican su existencia esto es la prosperidad de la comunidad en general, la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, además del aseguramiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.⁵⁷⁶

La Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala de Justicia y Paz de Bogotá, trae a colación la Sentencia de Corte Constitucional C- 370 del 2006, en la cual se encuentra plasmado quienes pueden ser considerados víctimas de la siguiente forma:

“el proceso de Justicia Transicional en Colombia no reduce o limita el que las víctimas puedan ejercer y exigir la realización de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. En ese sentido, la Sala considera necesario interpretar de forma sistemática la normatividad que en materia de justicia transicional ha expedido el Estado colombiano, por tanto, siguiendo lo preceptuado por el artículo 3º de la Ley 1448 de 2012, también pueden ser reconocidas como víctimas en el marco de la Ley 975 de 2005, las siguientes

⁵⁷⁵ Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera de 24 de noviembre de 2016, Bogotá Colombia.

⁵⁷⁶ Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz. M.P. Eduardo Castellanos Roso Rad. 11-001-60-00 253-2006 80531 Rad. Interno 1263. Bogotá D.C., 6 de diciembre del 2013, p. 129.

personas: las parejas del mismo sexo, los familiares en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida⁵⁷⁷”.

En la misma Sentencia se encuentra que “el Gobierno Nacional, a través de la Unidad para las Víctimas debe brindar a los Comités Territoriales de Justicia Transicional (CTJT), la asistencia técnica necesaria para la elaboración de criterios que deban tener las medidas de satisfacción que se ejecutarán dentro del territorio, según el contexto y tradiciones de cada población. Adicionalmente, los CTJT deberán hacer seguimiento a la implementación de las medidas de satisfacción en su municipio o departamento⁵⁷⁸”.

Por su parte, el Tribunal Superior de Medellín Sala de Justicia y Paz del 9 de septiembre del 2016, expresa que dentro de la Justicia Transicional el juez como garante de derechos constitucionales para estos casos en concreto lo que debe propugnar es la Justicia Material para la víctimas del conflicto armado no internacional, con el fin de que en procesos de Justicia y Paz lograr la Justicia Material a través de las potestades legales y constitucionales que lo revisten⁵⁷⁹.

En las decisiones tomadas por la Sala de Justicia y paz de Bogotá se encuentra que existe una protección a los menores de edad víctimas del conflicto armado interno colombiano, allí se afirma que “quienes sean sospechosos de cometer delitos en contra de niños o niñas de acuerdo con la legislación internacional, deberán recibir una atención particular en los mecanismos de post-conflicto o justicia transicional. No podrá otorgarse ningún tipo de amnistía en cualquier acuerdo de paz o de cese el fuego, por delitos

⁵⁷⁷ Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz. M.P. Eduardo Castellanos Roso. Rad. 11-001-60-00 253-2006 810099 Rad. interno 1432. Bogotá D.C., 30 de octubre del 2013, p. 460.

⁵⁷⁸ Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz. M.P. Eduardo Castellanos Roso. Rad. 11-001-60-00 253-2006 810099 Rad. interno 1432. Bogotá D.C., 30 de octubre del 2013, P, 500.

⁵⁷⁹ Tribunal Superior de Medellín Sala de Justicia y Paz Radicado: 110016000253201084442. M.P María Consuelo Rincón Jaramillo. 9 de Septiembre del 2016.

contemplados en el derecho internacional, incluso aquellos que se cometieran contra niños y niñas⁵⁸⁰”.

Es de resaltarse que el análisis de la sentencia de la Sala de Justicia y Paz de Bogotá es muy importante en la medida en que es una decisión acorde con el principio reserva legal, esto significa que la conceptualización de la conducta punible es labor del legislador, con lo cual se considera que es una garantía para los asociados, siempre y cuando se presenten todos los requisitos del principio de legalidad, entre estos, el de irretroactividad, en el que toda ley goza en primer lugar de este aspecto; sin embargo, existe la excepción en tanto que esa ley anterior le sea más favorable al reo, en este aspecto la Corte ha mencionado que si la ley se aplica a hechos que ocurrieron en el pasado en perjuicio del reo: “el principio de legalidad no cumple su función garantista. Una consecuencia obvia del principio de legalidad es entonces la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes que crean delitos o aumentan las penas⁵⁸¹”.

Luego en esta misma sentencia, la Corte ha mencionado que la retroactividad y la reserva legal resultan insuficientes deduciendo que el juez puede aplicar la ley a aquellas conductas que no se encuentren claramente definidas en la ley previa, en ese sentido, no se estaría garantizando la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que no se evita la arbitrariedad de la maquinaria punitiva ni tampoco se asegura la igualdad ante la ley, en tal caso, la determinación de una conducta como un hecho punible estaría ex post facto a cargo de los jueces, además en su labor interpretativa una misma ley que no es inequívoca podría tener diversas aplicaciones.

De ahí que, cuando el Tribunal se adhiere a la supremacía de los Tratados, pero a su vez impone la legalidad estricta es una postura válida en tanto que como señala la Corte Constitucional, tanto la doctrina la jurisprudencia nacional e internacional han comprendido el principio de legalidad en su sentido lato o también denominado de

⁵⁸⁰ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala De Justicia y Paz. M.P. Uldi Teresa Jiménez López Radicación: 110016000253200782701 Bogotá D.C. 16 de Diciembre del 2011, p. 261.

⁵⁸¹ *Ibidem.*, Corte Constitucional. Sentencia C-559/2000.

reserva legal, por el cual no resulta suficiente el precepto bajo el cual se deben disponer de forma previa las conductas punibles, luego entonces debe ser complementado con el fundamento de la ley en sentido estricto, o como lo afirma dicha Corporación traducido en el principio de tipicidad o taxatividad por el cual los hechos considerados punibles deben no solamente encontrarse señalados y estipulados de forma expresa, sino que también deben ser claras e inequívocas sin lugar alguno para un vacío normativo, por tanto la labor del juez debe ser únicamente la de comprobar y confirmar que una conducta se adhiere o no a la adecuación típica⁵⁸².

Para la predeterminación de la conducta punible, el proceso y la pena, existe reserva de ley. En ese sentido el principio de legalidad, el proceso y la pena tienen dos sentidos básicos de su existencia, el primero de estos es por cuanto es una configuración del principio de separación de poderes públicos, luego entonces el encargado de ejecutar o de reglamentar una ley no es el mismo que la promulga, esto último, recalca la Corte se da desde el “surgimiento de la modernidad política.”

Respecto a la determinación legal del delito, el proceso y la pena por parte del ente legislativo, se debe asegurar al ciudadano que la decisión tomada se halle acorde con los derechos fundamentales de la persona. Este aspecto es tenido en cuenta en el ámbito interno, sin mayores discusiones, tratándose por supuesto de delitos del orden nacional. No así en delitos de naturaleza internacional.

En cualquier caso, 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 ejecutores⁵⁸³”.

En ese orden de ideas son evidentes las dos vertientes del principio de legalidad, en el orden nacional se encuentra la legalidad en su sentido estricto, que para el caso de la Sentencia del Tribunal de Justicia y Paz analizada⁵⁸⁴ fue aplicada, en tanto que en virtud

⁵⁸² Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-559/2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁸³ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-101 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵⁸⁴ Sentencia 6 de diciembre de 2013. M.P. Dra. Uldi Teresa Jiménez López Rad. 110016000253 - 200782862 y 200680082.

de la misma todos los actos del órgano legislativo del Estado deben hallarse fundamentados y motivados por las normas vigentes, esto significa que cada acto del sistema judicial debe tener una base legal, esto es, una norma vigente la que a su vez debe encontrarse sustentada en una norma superior. Por su parte la aplicación de legalidad extendida, permite adecuar y compatibilizar la norma nacional con el derecho penal internacional. En ambos casos, la justicia transicional evita la impunidad y sobre todo concede una amplia posibilidad de conseguir su objetivo de ser una justicia restaurativa.

De otra parte, en los Acuerdos Gobierno-Farc-Ep, es evidente que se aborda de manera holística e implícita y en pocos eventos explícita el tema de la legalidad. En general los Acuerdos gobierno-FARC-EP exteriorizan que todas las acciones encaminadas a la implementación buscan el tránsito a la legalidad de los integrantes del grupo guerrillero, lo cual comporta cambios en el Estado colombiano en cuanto a lo económico, lo político y lo social. Estas reiteradas alusiones no son precisamente al principio de legalidad, son menciones a la legalidad, en otras palabras con el término legalidad se alude a la presencia de un conjunto de leyes nacionales (e inclusive extranjeras) y las que surjan para implementar los Acuerdos, las cuales deben ser cumplidas tanto por las Farc-Ep como por el gobierno. Dentro de los acuerdos suscrito en noviembre de 2016, este apunta a dos significativos aspectos, en primer término que todas las medidas que se adopten deben garantizar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado, lo cual reconocen los firmantes del Acuerdo solamente se logra con legitimidad, es decir con aceptación social, dicha legitimidad basada en los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad garantizar, de ese modo se logra el respeto y los derechos fundamentales de toda la ciudadanía.

Así mismo se pretende asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado en todo el territorio: en el marco del fin del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, las medidas que se adopten deben garantizar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado, con el fin de garantizar el respeto y los derechos fundamentales de toda la ciudadanía. La legitimidad deviene del cumplimiento de la obligación de asegurar plenamente el

disfrute de los derechos fundamentales de todos los colombianos/as, bajo los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad⁵⁸⁵.

En el marco del fin del conflicto “Acuerdo Final” en el numeral 5.1.3.3.3, se habla de los Planes nacionales de reparación colectiva y dentro de ellos se señalan que dentro del marco de la legalidad, se entiende la legalidad en materia penal, el Gobierno Nacional, en desarrollo de este Acuerdo, fortalecerá los Planes nacionales de reparación colectiva. Y señala que estos planes deberán contribuir, también, a la convivencia, la no repetición y la reconciliación. Por su parte en el numeral 5.2., bajo el título “Compromiso con la promoción, el respeto y la garantía de los derechos humanos” se estipula que “El escenario de fin del conflicto permitirá garantizar la cultura de la legalidad”. Lo que insinúa que el conjunto de leyes tanto nacionales y las contenidas en tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por Colombia deben ser acatadas por todos aquellos que se acojan a la JEP.

Del mismo modo hay que destacar que el principio de legalidad en Colombia, se ha construido a partir del derecho internacional, puntualmente del derecho penal internacional. A su vez se ha nutrido de abundante jurisprudencia penal y constitucional emitida por las altas Cortes colombianas. En consecuencia la legalidad penal en atención a la llamada jurisdicción especial para la paz a aplicarse en Colombia es importante, ya que permite que el Tribunal especial nombrado para hacer justicia, pueda recurrir a la doctrina y específicamente la jurisprudencia internacional, para elaborar su propia jurisprudencia basándose tanto en la legalidad estricta como en la legalidad extendida.

En la JEP no hay posibilidades de que exista una violación al principio de legalidad ni por supuesto al Convenio Europeo de Derechos Humanos ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como tampoco a la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ Numeral 3.4.1. del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, suscrito el 24 de noviembre de 2016 en Bogotá.

⁵⁸⁶ Así por ejemplo: El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el artículo 7 reza: “1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no

Lo que simboliza que los Acuerdos acogen toda la normativa nacional e internacional y atienden abundante jurisprudencia emanada de tribunales Adhoc y de la Corte Penal Internacional en materia de respetar el principio de legalidad penal y de evitar la impunidad.

Así pues, a lo largo de esta tesis se ha evidenciado, al menos, tres cosas bien importantes: en **primer lugar**, que en el modelo de justicia transicional colombiano el tratamiento diferenciado con el gran componente de “descriminalización” o “despenalización”, es vital para la consecución de los fines del acuerdo, esto es paz estable y duradera.

En segundo lugar que el castigo los máximos dirigentes o máximos responsables, al igual que la pertenencia a la organización y en general el castigo a los máximos responsables no vulnera el principio de legalidad. Con la inclusión del tratamiento penal diferenciado para los militares se acallan las voces de quienes disienten de lo

podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas”. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 7.

De igual modo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 2 dice: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”. Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2.

También la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 11 señala: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. Convención americana sobre derechos humanos (pacto de San José), artículo 9.

consagrado en el Acuerdo, y consideran que hay un trato desigual para ellos. No es de recibo tal inquietud ya que se va a aplicar una legalidad extendida, lo que evidentemente permite el trato diferencial que incluye una especie de “amnistía”.

Y en **tercer lugar**, queda claro que en ocasión del conflicto armado no internacional sucedido en Colombia, el Congreso de este país aprobó la ley 1448 del 2011 donde el gran componente es la restitución de tierras como parte de la reparación a las víctimas. En el actual modelo de justicia transicional esta ley es aplicable tanto en su contenido como en el enfoque diferencial allí señalado, en razón a que en Colombia “hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad”. En consecuencia, el Estado debe ofrecer a través de planes y programas garantías, medidas de protección, atención y asistencia a los grupos con mayor vulnerabilidad, lo que es aplicable a todos los que han sido parte o víctimas del conflicto armado; en efecto el gobierno colombiano ha venido adoptando criterios diferenciales, con el fin de evitar la discriminación a la marginalidad de grupos especialmente vulnerables.

Finalmente, hay que destacar que el principio de legalidad en Colombia, se ha construido a partir del derecho internacional, puntualmente del derecho penal internacional, en consecuencia la legalidad penal en atención a la llamada jurisdicción especial para la paz a aplicarse en Colombia es importante, ya que permite que el Tribunal especial nombrado para hacer justicia, pueda recurrir a la doctrina y específicamente la jurisprudencia internacional, para elaborar su propia jurisprudencia basándose tanto en la legalidad estricta como en la legalidad extendida.

En últimas se puede señalar que el tratamiento penal diferenciado se hace de tal modo que resultan beneficiados todos los autores y partícipes de crímenes cometidos con ocasión y en desarrollo del conflicto, así por ejemplo, respecto a los agentes del Estado que hubieren realizado conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, el tratamiento será simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado y simultáneo. Para los integrantes de las Farc-Ep, se reconocen amplias amnistías e indultos.

Es decir hay un trato en términos de igualdad real y efectiva, las víctimas no ven vulnerados sus derechos ya que la justicia transicional se basa en la búsqueda de la

verdad, la cual es posible otorgando beneficios en la medida en la que los victimarios digan la verdad.

Respecto al trato diferenciado, simultáneo, equilibrado y equitativo para los agentes estatales, este no tiene implicaciones respecto al principio de legalidad. Es claro que aquí se corroboró la hipótesis respecto a que el principio de legalidad no se vulnerado.

Estas consideraciones surgen en primer lugar de considerar legítimas las acciones de los agentes del Estado (especialmente integrantes de la Fuerza pública y de la policía), presunción que en principio, deja ver como legítimas las acciones de estos en un contexto de conflicto; en segundo lugar, en un proceso de justicia transicional no solamente pueden resultar “beneficiados” los integrantes del Farc-Ep sino que deben existir mecanismos para agentes estatales; mecanismos que permitan unas sanciones en igualdad de condiciones; no obstante, estos no son los únicos argumentos. El más válido de todos surge de la interpretación de la Ley estatutaria y del acto legislativo 01 de abril de 2017. En este sentido, siendo que se tiene en cuenta en la Jep el código penal colombiano y el derecho internacional en segundo lugar, aspecto este que consagra la posibilidad real de “favorecer” es decir aplicar el principio de favorabilidad y además en caso de ser necesaria la imposición de sanciones esta será la más favorables que exista, lo cual es a todas luces legal, y acorde con el principio de legalidad, inclusive viéndolo desde la legalidad estricta o rígida. Pero, el análisis se puede hacer más fácil desde la legalidad flexible, toda vez que, como ya se ha dicho, la legalidad puede ser flexible en casos de aplicación de justicia restaurativa, tal como es el caso de la Colombia actual.

Referencias Bibliográficas

- ABC Jurisdicción Especial Para la Paz. Consultado el 07 de Enero del 2017.
- Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, Capítulo VI efectos de la amnistía, artículo 40.
- AGUILAR, Cavallo G. Crímenes Internacionales y la Imprescriptibilidad de la Acción Penal y Civil: Referencia al Caso Chileno. Ius et Praxis v.14 n.2 Talca. 2008.
- AGUILERA, M. Refundemos la nación: perdonemos a delincuentes políticos y comunes. Revista Análisis Político, Vol. 25, Núm. 76. Universidad Nacional. 2012.
- AGUIRRE, Restrepo Alejandro y OJEDA Omar Ricardo. Vulneración del principio de legalidad en Colombia por parte de la Corte Suprema de Justicia a partir del año 2010 a 2012. Universidad Libre, Seccional Pereira. 2013.
- ALBÁN, Alencastro J. P. Sobre la Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Casos de Graves Violaciones a los DDHH. Pro Homine, Blog de Derechos Humanos y Derecho Internacional. 2013.
- Alicia Gil p. 88. Derecho penal internacional Editorial Dickinson 2016.
- AMBOS KAI Joint criminal enterprise y responsabilidad del superior, Revista de Derecho Penal y Criminología UNED, 2.a Época, N°19, España 2007.
- -La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática. (E. Malarino, Trad.) Bogotá: Temis.2006.
- -Justicia de transición y constitución Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional, Editorial Temis obras jurídicas, Colombia 2014.
- -Malarino Ezequiel. Jurisprudencia Latinoamericana Sobre Derecho Penal Internacional. Con Informes Adicionales de España e Italia. Georg-August-Universität-Göttingen. Editorial, Konrad Adenauer Stiftung. 2008.
- -Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional. Revista General de Derecho Penal, 2012.
- -El marco Jurídico de la justicia de transición. Editorial Temis, Bogotá, 2008.

- -Justicia de Transición y constitución II Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional Editorial Temis. 2015.
- -Marco jurídico de la justicia de transición en Justicia de transición Informes de América Latina, Alemania, Italia y España, Editorial Konrad - Adenauer - Stiftung E. V., Alemania 2009.
- ANDREU, Guzmán Federico. Retroactividad penal de crímenes internacionales. Comisión Colombiana de Juristas. Bogotá, Colombia. 2012.
- ARAQUE, Moreno D. A Propósito de la Dificultad de Establecer Criterios de Distinción Entre Actos Preparatorios y Ejecutivos del Delito. Comentario a la Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 8 de Agosto de 2007, M.P. Dra. Ma. del Rosario González de L. Nuevo Foro Penal, No. 71 2007.
- AL-CAWWA, M.S., "The Basis of Islamic Penal Legislation", en The islamic criminal justice system, Oceana Publications, Roma, 1982; TAYMOUR KAMEL, The Principle of Legality and Its Application in Islamic Criminal Justice, en The islamic criminal justice system, Cherif Bassiouni, ed., New York, Praeger, 1982.
- ARELLANO, Ortiz F. El Estatuto de Roma. La Corte Penal Internacional.
- ARIAS, Holguín D. P. Proporcionalidad, pena y Principio de Legalidad. Revista de Derecho N.º 38, Barranquilla. Universidad de Antioquia Colombia 2012.
- ARLETTAZ, Fernando. Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad: Una Perspectiva Latinoamericana. Jornadas Derechos Humanos y Memoria Histórica. Universidad de Zaragoza. 2012.
- ARMIJO, Gilbert. Del Control Político al Control Constitucional: El Principio de Legalidad Penal. 2005.
- Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.
- Auto de 13 de mayo de 2010, radicado 33118.
- AZNAR, Gil Federico R. Myriam M. Cortés Diéguez. López Zubillaga, José Luis. El Derecho en la misión de la Iglesia. Biblioteca de autores cristianos. Madrid. 2006.
- BACIGALUPO, E, Principios Constitucionales de Derecho Penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires Argentina, 1999.
- BACIGALUPO, E. Principios Constitucionales de Derecho Penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires Argentina, 1999.

- BAEZA, Pérez Enrique Octavio. La acción, tipo y legalidad, como garantías del gobernado. Revista criminogeneis enero 2008.
- BAILÓN, Valdovinos Rosario. Derecho Procesal Penal. México. Editorial Limusa. S.A.2003.
- BARBOSA, Castillo Gerardo. Principio de legalidad y proceso penal. Universidad externado de Colombia. Bogotá. 2005.
- BARDALES, Lazcano E. Guía Para el Estudio del Sistema Acusatorio en México. Tercera Edición. Magister, México. 2002.
- BASSIOUNI, C., The Sharia, IslamicLaw and Post-ConflictJustice, documento elaborado para el 10th ISISC Course en Siracusa, mayo 2011, p.3
- BERNALES, Rojas, Gerardo,La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos. Revista Ius et Praxis, 13 (1): 245 - 265, 2007.
- BLANCO, LOZANO C. El Principio de Legalidad Penal. 2015¹ Ibídem., Corte Suprema de Justicia. Proceso No 23899. 2005.
- -Lozano C. El Principio de Legalidad Penal. 2015.
- BODERO C. Edmundo R. La Causalidad en el Derecho Penal. Revista Jurídica On Line. Artículos de Derecho Penal. 2015.
- BOLÍVAR, Mojica E. Crímenes de Lesa Humanidad en el Derecho Penal Internacional. Universidad Santo Tomas. Revista Principia Iuris N°.15, 2011.
- BOURGEOIS, Bernard. Filosofía y Derechos del Hombre: Desde Kant Hasta Marx. 2003.
- CABALLERO, Brun Felipe.Derecho penal sustantivo y efectos en el tiempo de la sentencia del tribunal constitucional que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal. Revista de derecho Valdivia.
- CÁCERES, Ruiz Luis. La Corte Penal Internacional: el Estatuto de Roma. Editorial Visión Net. Madrid España.
- CAMACHO, Flórez J. *Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Penal Interno*. Revista Iusta, Número 38 Gennaio, Universidad Santo Tomas. 2013.
- CÁRDENAS, Ruiz M. Las Teorías de la Pena y su Aplicación en el Código Penal. Revista Derecho y Cambio Social. 1995.

- Carta al Presidente Santos sobre el nuevo acuerdo de paz con las FARC, consultado el 28 diciembre del año 2016.
- CASO, Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.
- CASSESE, Antonio. Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales. Grupo Editorial Norma. 2004.
- CASTIÑEIRA, Teresa M. y Otros. Terminología y Derecho Complejidad de la Comunicación Multilingüe. Edicions a Petició. S.L. 2006.
- CHAPARRO, Castañeda. Amnistía e Indulto en Colombia 1965-2012. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá Colombia. 2013.
- CICR, Comentario de los Protocolos adicionales del 8 de junio de 1977 a los Convenios Ginebra del 12 de agosto de 1949, MartinusNijhoff, Ginebra, 1986.
- CIDH. Barrios Altos Vs Perú, Sentencia de 14 de marzo, 2001 (Ser.C) No.75, párrafo 41-44.; Loayza Tamayo v Perú. Sentencia (Reparaciones) (ser C) No.42 (1998) 168.
- CIDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras sentencia del Tribunal de 29 de julio, 1988, No.4, parágrafo174.
- Código de Procedimiento Penal.
- Código penal colombiano.
- Constitución Española.
- Constitución Política colombiana.
- CÓRDOBA, Triviño, J. Derecho Penal Internacional. Estudio de los delitos de genocidio, lesa humanidad y de los crímenes de guerra. Con referencia al nuevo Código Penal. Bogotá, Ibáñez. 2001.
- CORNIELES, Cristóbal y MORAIS María G. Segundo Año de Vigencia de la Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente. Universidad Católica Andrés Bello.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-101 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-127 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-133 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-144 del 2010, M.P. Juan Carlos Henao.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-205 de 2003, M.P. Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-290/12 de 18 04 de 2012. M.P. Sierra Porto, Humberto Antonio.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-559/2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-578/02 de 30 07 de 2002. M.P. Cepeda Espinosa, Manuel José.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-592 del 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-739/2000, M.P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-897 del 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia. C-200 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte constitucional colombiana, Sentencia T T-502 del 27 de junio de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Linnet.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia 579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub, párrafo 6.1.1. Concepto y alcance.
- Corte Constitucional Sentencia C- 577 del 2014. M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.
- Corte Constitucional Sentencia C- 695 del 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional Sentencia C-133 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional Sentencia C-200 de 2002. M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional Sentencia C-559 de 1999. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional Sentencia C-710 de 2001. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional Sentencia C-739 de 2000. M. P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional Sentencia C-843 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional Sentencia. C-592 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional Sentencia. C-897 de 2005M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional Sentencia. C-205 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional Sentencia. C-144 de 2010. M. P. Juan Carlos Henao.
- Corte Constitucional Sentencia. C-401 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional Sentencia. C-580 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional, Sentencia C-579 del 2013. M.P Jorge Ignacio, PreteltChaljub.
- Corte Constitucional, Sentencia C-794 de 2014. M.P, Jorge Iván Palacio.
- Corte Constitucional, Sentencia C-820 de 2012. M.P, Mauricio González Cuervo.
- Corte constitucional. Sentencia C- 771 del 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte IDH, Sentencia del 14.03.2001.
- Corte IDH, voto razonado del juez Antonio Augusto CançadoTrindade, caso Almonacid Arellano y Otros versus Chile.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C. Número 92.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Proceso N° 30380 de 22 de septiembre de 2010. M.P. González De Lemos, María del Rosario.
- Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Radicación 35113 del 5 de junio de 2014. M.P. Fernández Carlier, Eugenio.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. M.P. Fernando Uribe Restrepo 1/09/1983.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Proceso No 29772. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán 17/09/2008.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Proceso No 2217-19. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán 15/12/1959.

- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Proceso No 23899. M.P. Marina Pulido de Barónía 12/12/2005.
- Corte Suprema de Justicia en Sentencia 35.099. Del 23 de Marzo del 2011. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, SP. 744-2016, Radicación n° 44462, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, Enero 27 2016.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. La protección de los derechos humanos a través de la jurisprudencia penal. 2008.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero Aprobado Acta No. 218 Bogotá, D.C., 6 de junio 2012.
- Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal. Proceso n° 31821 de 3 09 de 2009, M.P. ESPINOSA Pérez, Sigifredo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, Sentencia SP. 744-2016, radicado N° 44462, Bogotá, D.C., 27 de enero del 2016. M.P. Luis Guillermo, Salazar Otero.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado No. 31539 del 31 de julio del 2009, M.P. Augusto Ibáñez.
- CUERVO, Ciales Beatriz y ORDUZ, Claudia Patricia. Criterios de Aplicación de los Principios del Derecho Penal y Nuevos Enfoques en la Ley de Justicia Y Paz. Criterio Jurídico Garantista. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia. 2014.
- DAZA, González, Alfonso, Investigación, juzgamiento y sanción de los actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, Revista Diálogos de Saberes No. 43, Bogotá D.C. Colombia, Diciembre de 2015.
- DAZA, Márquez, Tania Milena. La imprescriptibilidad de la acción y la sanción disciplinaria por graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario Revista Estudios Socio-Jurídicos. 2010.
- DE GRACIA, Oyarzábal, Marcia S. "La teoría de la empresa criminal conjunta" consultado: 10 de enero de 2017.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948. Artículo 11.2.

- DEL RÍO, Ferretti Carlos. La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Estudio Comparado del Derecho Español con el chileno. Departamento de Derecho Administrativo y Procesal. Valencia España 2007.
- DELGADO, Lara Álvaro R. Las Leyes Penales en Blanco en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2005 - 2011) 2012.
- EMANUELA, Fronza. En Kai Ambos, Malarino Ezequiel. Jurisprudencia Latinoamericana Sobre Derecho Penal Internacional. Con Informes Adicionales de España e Italia. Georg-August-Universität-Göttingen. Editorial, Konrad Adenauer Stiftung. 2008.
- En este tema véase la excelente tesis doctoral de Montiel, Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonampartem en el Derecho penal, 2009.
- En Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz M.P. Uldi Teresa Jiménez López. Radicación: 110012252000201300069. 10 de Abril del 2015.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Naciones Unidas 1998. Arts. 22 a 24.
- Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del “proyecto de alternatividad penal” en el caso colombiano en: Temas Actuales Del Derecho Penal Internacional Contribuciones de América Latina, Alemania y España, Editorial Mastergraf, Uruguay 2005.
- Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia de 25 de mayo de 1993, artículo 24.
- ESTUPIÑÁN, Silva Rosmerlin. Los Crímenes de Guerra en Colombia. Estudio Desde el Derecho Internacional y Desde el Derecho Colombiano. Departament de Dret Internacional. Universitat de València España. Servei de Publicacions. 2011.
- FAJARDO, Arturo Luis Andrés. Efectos del Bloque de Constitucionalidad en materia de prescripción de la acción penal en Colombia, 2009.
- FERDIANDUSSE, Direct Application of International Criminal law in National Courts, 2006.
- FERNÁNDEZ, Mejía D. Atipicidad de los Crímenes de Lesa Humanidad, Una Revisión del Caso Colombiano. Opinión Jurídica, Vol. 10, N° 20. 19 Julio-Diciembre de 2011 / 216 p. Medellín, Colombia.

- FERNÁNDEZ, Neira K. C. La prescripción gradual, aplicada a los delitos de lesa humanidad. La experiencia jurisprudencial chilena. Editorial Académica Española. 2012.
- -La prescripción gradual, aplicada a los delitos de lesa humanidad. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago, Chile 2010.
- FERRAJOLI Luigi. El Derecho Penal del Enemigo y la Disolución del Derecho Penal. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas. 2007.
- -citado por Suárez López Carlos Alberto. Aporías jurídicas de los delitos de lesa humanidad en el derecho colombiano. Revista análisis internacional número 4. Bogotá. 2011.
- -Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal. Editorial Trotta, Madrid, 1997.
- -Derecho y Razón. Teoría del garantismo Penal. Madrid, Trotta, 1998.
- FERREIRA, Marcelo. Crímenes de Lesa Humanidad: Fundamentos y ámbito de validez. 2007.
- FLORABEL, Quispe Remón, Reynaldo Bustamante Alarcón. Derechos humanos y lucha contra la impunidad: El caso Fujimori. Librería-Editorial Dykinson, 2012.
- FRANCO, Loor, E. Importancia de la Acción Penal Pública en el Derecho Procesal Penal.
- GALLANT, Kenneth S. La Legalidad Como Norma del Derecho Consuetudinario Internacional: La Irretroactividad de los Delitos y de las Penas, en: Montiel Juan P. La Crisis del Principio de Legalidad en el Nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o Evolución? Editorial Marcial Pons. Algete Madrid España. 2012.
- GALLEGO, Marín C. A. El Concepto de Seguridad Jurídica en el Estado Social. Universidad de Caldas, Colombia. Jurid. Manizales, 9(2): 2012.
- GAMBOA, Tapias C. Justicia Transicional Justicia y Praxis. Botero Marino C. Derecho penal internacional y justicia de transición ¿Estamos condenados a repetir incesantemente la historia trágica de la muerte y la doncella? Editorial Universidad del Rosario. 2006.
- GARCÍA, a. M. & López D. Coord. Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El caso Pinochet. Valencia, España. Tirant lo Blanch. 2000.
- GARCÍA, Aran M. Remisiones Normativas, Leyes Penales en Blanco y Estructura de la Norma Penal. Universidad Autónoma de Barcelona España. 2012.

- GARCÍA, Domínguez M.A. Pena, Disuasión, Educación y Moral Pública. Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNA.
- GARCÍA, Ramírez S. y Morales Sánchez J. Consideraciones Sobre el Principio de Legalidad Penal en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Núm. 24, Enero-Junio 2011.
- GARCÍA, Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, 2a. ed., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004.
- GARCÍA, Ricci Diego. Estado de derecho y principio de legalidad. Comisión nacional de los derechos humanos. México. 2011.
- GARCÍA, Sánchez M.B. Los Crímenes Contra La Humanidad: Regulación Española Ante la Adopción del Estatuto de Roma de 1998.
- GIL, Gil, Alicia, *Derecho penal internacional*, editorial Dykinson, 2016.
- GIOVANNI, Reale, ANTISERI. Darío, *Historia Del Pensamiento Filosófico y Científico*, Volumen 3 Herder, Editorial S.A. 1992.
- GÓMEZ, J.O. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Bogotá, Colombia. Ediciones doctrina y ley LTDA. 2001.
- GONZÁLEZ, Cussac José L. *El Derecho Penal Frente al Terrorismo. Cuestiones y Perspectivas*. Universidad Jaume I de Castellón de la Plana España. 2005.
- -Manual de Derecho Penal. Parte General Conforme al Proyecto de Código Penal de la República de Nicaragua de 2003.
- GUTIÉRREZ Rodríguez, María, *Joint Criminal Enterprise ¿Una especie jurídica en vía de extinción en el derecho penal internacional?* En: Alicia Gil, Gil, *Intervención delictiva y derecho penal internacional reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Editorial Dykinson, Madrid.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de hoy*, traducción de Patricia S. Ziffer, Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998.
- HENCKAERTS Jean-Marie y DOSWALD-BECK Louise. *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*. Comité Internacional Geneve. Vol. 1. 2007.
- HERENCIA, Carrasco Salvador. En Kai Ambos, Malarino Ezequiel. *Jurisprudencia Latinoamericana Sobre Derecho Penal Internacional. Con Informes Adicionales*

- de España e Italia. Georg-August-Universität-Göttingen. Editorial, Konrad Adenauer Stiftung, 2008.
- HERNÁNDEZ, Campos Augusto. La Corte Penal Internacional: Fundamentos y Características. Revistas PUCP. 55. 2013.
 - HUERTAS, Díaz Omar, Torres Vásquez Henry, El principio de jurisdicción o justicia universal. Instrumento jurídico para combatir la impunidad de delitos de extrema gravedad en el ámbito internacional, editorial Ibáñez. 2011.
 - -El Debate de la Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad en Colombia. Derechos Humanos Democracia y Ambiente. 2013.
 - HUHLE, Rainer. De Núremberg a la Haya. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia. Problemas, avances y perspectivas a los 60 años del Tribunal Militar Internacional de Núremberg. Revista Análisis Político N° 55, Bogotá, septiembre-diciembre, 2005.
 - HURTADO, Pozo, J. "Manual de Derecho Penal Parte General I", 3era Edición. Editorial Grijley, 2005, Lima Perú.
 - IBARRA, Padilla Adelaida María, Justicia transicional: la relación Derecho- Poder en los momentos de transición, Revista de derecho, Universidad del Norte, 2016.
 - IGLESIAS, Río Miguel Ángel. Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal. a propósito de las últimas reformas del código penal. Revista jurídica de castilla y león. N° 6. Universidad de Burgos. 2005.
 - JÄGER, Christian. "Problemas fundamentales de derecho penal y procesal penal" Editor Fabián Di Placido. Traducido por Enrique Díaz-Aranda en, Buenos Aires, 2003.
 - JARAMILLO, Cadavid Mauricio. Algunas consideraciones sobre el debido proceso. Consagrado en el artículo 29 de la constitución nacional. Facultad de derecho, Universidad de Antioquia.
 - JIMÉNEZ, de Asúa, L. Tratado de Derecho penal, 7 vols., 5ª ed., Buenos Aires, Editorial Losada, 1992.
 - Jurisdicción Especial para la Paz Amnistía e Indulto. Cartilla Para Prisioneras y Prisioneros Políticos 2016.
 - La ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, artículo 18.
 - LA ROSA, M. La prescripción en el Derecho Penal. Fundamentos. Prescripción de la acción penal y de la pena. Imprescriptibilidad de los delitos contra la

humanidad. Suspensión e interrupción del plazo. Jurisprudencia. Buenos Aires: Astrea. 2008.

- LAMARCA, Pérez Carmen, Principio de Legalidad Penal. Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad. Nº 1. 2012.
- Lauterpacht, Hersch, The Function of Law in the International Community (introduction: Martii Koskenniemi), Nueva York, Oxford University Press, 2011, p. 53 y 54.
-
- LEGAZ, Lacambra, “Legalidad y Legitimidad”, *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 101, 1958.
- LERÍN, Valenzuela, Jorge. La Prescripción Penal no influye en la Responsabilidad Civil
- Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016.
- Ley 599 de 2000. “Artículo 4°.
- LIROLA, Delgado Isabel y Martínez Magdalena Martín. La Corte Penal Internacional, Justicia versus Impunidad. 1° edición– Barcelona, España: Editorial Ariel S.A., 2001.
- LLEDÓ, Rodrigo. El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional. Universidad Carlos III de Madrid. Voces de Cultura de la Legalidad. 2016.
- LLOBET, AnglÍMariona. Terrorismo y “guerra” contra el terror. Tesis doctoral UPF/2008. Universidad Pompeu Fabra. 2008.
- LONDOÑO, Jiménez, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I. Bogotá: Ed. Temis. 1989.
- LÓPEZ, Claudia, en: Ambos, Kai, Desaparición forzada de personas Análisis comparado e internacional (Coordinador), Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH. Primera edición: julio de 2009.
- LÓPEZ, Díaz C, Cardona Chaves J.P, Guerrero Torres A, y Otros. (2011) Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable en Colombia. Ediciones Uniandes.
- LÓPEZ, Díaz C. y Otros. Jurisprudencia Internacional aplicable en Colombia. Ediciones Uniandes Bogotá, 2011.
- LÓPEZ, Goldaracena Oscar. Las Violaciones a los Derechos Humanos de la Dictadura Deben Juzgarse Por Ser Crímenes de Lesa Humanidad Crímenes de Lesa Humanidad, Principio de Legalidad y Régimen de Imprescriptibilidad.

Publicado en La Justicia Uruguaya, Revista Jurídica, Año LXXIV, tomo 147, Mayo 2013, Montevideo.

- Los Procesos de Nuremberg y Tokio, Precedentes de la Corte Penal Internacional. Publicado en Ars Iuris, Número 29, Universidad Panamericana, 2003.
- LUBAN, D. j. *Una teoría de los crímenes contra la humanidad*. Bogotá: Temis. 2011.
- MACCORMACK, Timothy L H. "From Sun Tzu to the Sixth Committee: The evolution of an international criminal law regime", en: MacCormack & Simpson, *The law of war crimes*.
- MACHO, Pérez, Ana Belén Tesis que presenta para la obtención del grado de Doctor, de la Universidad Pompeu Fabra, España, 2005.
- MALARINO, E. El Crimen Contra la Humanidad de Desaparición Forzada de Personas en la Jurisprudencia Argentina: Algunos Problemas en Relación con el Principio de Legalidad Penal. Perspectiva iberoamericana Sobre la Justicia Penal Internacional. Publicado por el Instituto Iberoamericano de la Haya. 2014.
- MANRIQUE, Reyes Alfredo, *Democracia local y derechos humanos, Personería de Bogotá*, 2005.
- *Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio*. Fiscalía General de la Nación. 2009.
- MARÍN, Ortiz I. La norma obligatoria e inderogable de reconocer y garantizar los derechos humanos es exigible al poder constituyente. *Revista In merito a questarivista*. Editorial Universidad del Rosario. *Estud. Socio-Juríd.*, Bogotá (Colombia), 12(1): 305-336, enero-junio de 2010.
- MARIN, Zafra Germán. Crisis del principio de legalidad en la Corte Penal Internacional. Problemas contemporáneos del Derecho 1. Editorial Bonaventuriana, Colombia. 2010, p. 107 citado. BERNAL Pulido, Carlos. *El Derecho de los Derechos*.
- MARIO, Sierra H, Salvador Cántaro A. *Lecciones de Derecho Penal*. Editorial de la Universidad del Sur. 2005.
- MARTÍNEZ, Pardo Vicente José, La prescripción del delito, *Revista Internauta de Práctica Jurídica* Núm. 27, año 2011 pp. 130-131.

- MARTÍNEZ, Marulanda Diego. Fundamentos Para Una Introducción al Derecho. Editorial Universal de Antioquia. 2007.
- MATYAS, Camargo E. Problemas en la Regulación e Interpretación de la Presunción de Inocencia en la Ley 906 de 2004. Corporación Universitaria Republicana. Revista Republicana. núm. 9. 2010.
- MEDINA, Otazu Augusto. La Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad y las Obligaciones del Estado Peruano con la Comunidad Internacional. Pensamiento Penal. 2011.
- MEJÍA, Luz María. El debilitamiento del principio de legalidad penal en las decisiones de control de constitucionalidad de la corte constitucional colombiana. Revista Nuevo Foro Penal Vol. 7, No. 78, Universidad EAFIT, Medellín, 2012.
- MELTZER, Judy, Justicia Transicional y Reconciliación en Colombia luego del Conflicto Armado: Consideraciones para una Posible Cooperación Canadiense
- Miguel Díaz y García Conlledo. Autoría y Participación. Revista de Estudios de la Justicia. Nº 10. Año 2008.
- MILANOVIC, Marko. ¿Fue Núremberg una violación al principio de la legalidad? Blog of the European Journal of International Law. 2010.
- MIR, Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Editorial Reppertor. 9 Edición. Barcelona España. 2011.
- MOLINA, López R. El debido proceso penal en Colombia y España. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 40, No. 112. Medellín. Colombia. 2010.
- MONTESQUIEU. Del Espíritu de la Leyes, Libro VI, Capítulos III y IV.
- MONTIEL, Fernández J.P -Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal.UniversitatPompeuFabra. Departament de Dret Barcelona. 2008.
- MONTOYA, Vivanco Yván. Los Crímenes de Lesa Humanidad y el Principio de Legalidad en la Sentencia Recaída en el Caso Fujimori. Breve Comparación con la Sentencia del Tribunal Supremo en el Caso Scilingo. Derechos Humanos y Lucha Contra la Impunidad. El caso Fujimori. Dikinson. S.L. Madrid. 2011.
- MORENO, Melo M. El Principio de Legalidad en Materia Penal Implicaciones Teóricas y Prácticas. Artículo Publicado en Foro Jurídico. 2015.

- MUÑOZ, Conde, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona 1975.
- NÁQUIRA, R. J. *Principios y Penas en el Derecho Penal Chileno*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. 2008.
- OCHOA, Sánchez Juan Carlos. *Un análisis crítico de cómo opera el derecho de los derechos humanos*. Universidad Javeriana. Ciencias Jurídicas. Bogotá. 2011.
- ODRIOZOLA, Gurrutxaga Miren. *La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales ad hoc y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma*. 2013.
- OGAS, Cabrera, Carolina. Soto Nilo, Alejandra. *Amnistía, indulto, prescripción y delitos universales*. Universidad de Chile. Facultad de derecho. Santiago – Chile 2007.
- OLÁSOLO, Héctor. *El principio nullum crimen sine iure en Derecho Internacional contemporáneo*, Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP, vol. 1, 2013.
- *-Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia España. 2013.
- OLIVER, Calderón G. *¿Irretroactividad de Jurisprudencia Penal?* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIV Valparaíso, Chile. 2003.
- ORDUZ, Barreto Claudia Patricia. *El principio de legalidad en la ley penal colombiana*. Universidad Autónoma de Colombia. Revista Criterio jurídico garantista. Bogotá. 2010.
- ORTA, Ana Cecilia. *La Evolución del Principio de Legalidad a nivel Internacional*, Enero de 2013.
- *Pacto de San José de Costa Rica 1969. Artículo 9º*.
- PERDOMO Torres, José Fernando, *Justicia penal Internacional*, editorial Jurídica Grijley, Lima Perú, 2006.
- PEREIRA, González, Félix. *Breve referencia a la historia de la prescripción de las infracciones penales. Especial consideración de la problemática surgida en el derecho romano a través de dos aportaciones fundamentales* revista de Derecho UNED, núm. 2, 2007.

- PIQUÉ, María L. Principio de Legalidad y de Retroactividad. La Convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección en el Derecho Argentino. Artículo. 9. 2013.
- QUINTERO, Olivares Gonzalo. Crimen y Teatro: Valoraciones Penales de la Imagen del Crimen en Shakespeare Con Especial Referencia a “Othello 2, el Moro de Venecia”. 2012.
- QUIROGA, Rojas L.F. El Principio de Oportunidad en el Derecho Penal Colombiano. Fundamentos Evolución y Aplicación. Editorial Académica Española. 2013.
- RAMELLI, Arteaga Alejandro. La jurisdicción y la protección internacional de los derechos. Capítulo XII. Debates sobre el principio de legalidad penal en investigaciones por crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra. Universidad de Medellín. Medellín, Colombia.
- -Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable en Colombia. Universidad de los Andes Facultad de Derecho. 2011.
- -La jurisdicción y la protección internacional de los derechos. Capítulo XII. Debates sobre el principio de legalidad penal en investigaciones por crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra. Universidad de Medellín., Medellín, Colombia. 2011.
- Real Academia Española de la Lengua, 22.ª edición y las enmiendas incorporadas hasta 2012.
- REBOLLO, Luis Martin. Constitución, Derecho Administrativo y Estado Autonómico. Asamblea Regional de Cantabria. 1990.
- RINCÓN, Bustos Katerin, PEÑAS, Felizzola Aura Helena. El delito político en Colombia frente al Derecho Internacional Humanitario Universidad Santo Tomás Facultad de Derecho. 2015.
- ROBERTSON, Geoffrey, Crímenes contra la humanidad. La lucha por una justicia global, editorial siglo XXI. 2008.
- RUIZ, Antón L. F. El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y la Jurisprudencia. Universidad de Extremadura. 1989.
- SAAVEDRA, Álvarez Yuria. Las Garantías del Debido Proceso en el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos Revista

de la Facultad de Derecho de México, Número 247, Tomo LVIII, México D.F., 2007.

- SAINZ, Borgo J.C. Lesa Humanidad y la Práctica del Estado Venezolano. Centro de Estudios de Derechos Humanos Universidad Central de Venezuela, 2007.
- SALAZAR, Ugarte P. Legalidad. Léxico de la Política. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Editorial Fondo de Cultura Económica. México D.F. 2000.
- SALAZAR, Pedro. Una Aproximación al Concepto de Legalidad y su vigencia en México. 1998. Revista Isonomía No 9. 1998.
- SALAZAR, Ugarte P. Legalidad. Léxico de la Política. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Editorial Fondo de Cultura Económica. México D.F. 2000.
- SANDOVAL, Mesa Jaime Alberto. Jurisdicción universal y legalidad del estatuto de roma, frente al derecho interno. Revista Prolegómenos - Derechos y Valores. Bogotá, D.C. Colombia. 2010.
- -Del Principio de Legalidad Penal a la Persecución de Crímenes Internacionales y de Supralegalidad Contemporánea. Revista Iusta. Universidad Santo Tomas. 2012.
- -Jurisdicción universal y legalidad del estatuto de roma, frente al derecho interno. Revista Prolegómenos - Derechos y Valores. Bogotá, D.C. Colombia. 2010.
- SARRABAYROUSE, Eugenio C. La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo: una propuesta de integración, en: Montiel, Juan Pablo (ed.). La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?, editorial, Marcial Pons, 2012.
- Sentencia 6 de diciembre de 2013. M.P. Dra. Uldi Teresa Jiménez López Rad. 110016000253 - 200782862 y 200680082.
- Sentencia del caso Barrios Altos Vs Perú. párrafo 41.
- SERGE, Gutwirth. Et al. Reloading Data Protections Multidisciplinary Insights Contemporary Challenges. Editorial Springer, 2014.
- SERRANO, Gómez, Alfonso. Prescripción de delitos. Boletín de la facultad de derecho. núms. 8-9,1995.
- SILVA, García Fernando. Jurisprudencia Interamericana Sobre Derechos Humanos y Criterios Esenciales. México Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura. 2011.

- Sobre el contenido de la prohibición de analogía en el Derecho penal, véase VASALLI, “Analogía neldirittopenale”, en *Digesto de Ite Discipline Penalistische*.
- SOSA, Meza J. Jurisdicción Universal, Corte Penal Internacional y Delitos de Lesa Humanidad. *Derecho Penal Internacional*.
- SUÁREZ, López de Castilla C. ¿De qué hablamos cuando hablamos de legalidad procesal penal? Un Concepto Nuevo en el Proceso Constitucional. *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Año II, N.º 3, 2006.
- TORRES Vásquez Henry. *Terrorismo de Estado y Derecho penal*, colección tesis doctorales, edit. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2010.
- -Posconflicto colombiano, el dilema de la nueva lucha contra el terrorismo. *Justicia Juris*, 11(1), 108-124, 2015.
- -La extraterritorialidad de la ley penal: el principio de la justicia universal, su aplicación universal en Colombia. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 16, 31, 99-115, 2013.
- -Conflicto armado y terrorismo en Colombia. El terrorismo de las Farc-EP de acuerdo con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Justitia Universidad Santo Tomás*. 2015.
- -La Persecución al Terrorismo frente a los derechos humanos. Una mirada desde el derecho penal internacional. Corporación Universitaria Republicana. *Revista Republicana*. Núm. 9, 2010.
- TORRES, Argüelles Alfredo. *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Tribunal Militar de Roma del 22 de julio de 1997 y de la Corte Militar de Apelaciones de Roma del 7 de marzo de 1998. caso de Priebke.
- Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz M.P. Eduardo Castellanos Roso. Rad. 11-001-60-00253-2007 82855 - Rad interno 1520 Bogotá D.C., 29 de Mayo 2014.
- Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz M.P. Eduardo Castellanos Roso. Rad. 11-001-60-00253-2007 82855 - Rad interno 1520 Bogotá D.C., 29 de Mayo 2014.
- Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz. Aprobado Acta No. 08 Bogotá D.C., Rad. 11001600253200680526. M.P. Eduardo Castellanos Roso. 19 de marzo del 2009.

- Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz. M.P. Eduardo Castellanos Roso Rad. 11-001-60-00 253-2006 80531 Rad. Interno 1263. Bogotá D.C., 6 de diciembre del 2013.
- Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz. Rad. 11-001-60-00 253-2006 80526 Rad. Interno 0197 WILSON SALAZAR CARRASCAL Rad. 11-001-60-00 253-2007 82873 Rad. Interno 1429 WHORIS SUELTA RODRÍGUEZ Rad. 11-001-60-00 253-2007 83036 Rad. Interno 1485 FRANCISCO ALBERTO PACHECO ROMERO M. P. Eduardo Castellanos Roso.
- Tribunal Superior de Medellín Sala de Justicia y Paz Radicado: 110016000253201084442 del 9 .de Septiembre del 2016. M.P. María Consuelo Rincón Jaramillo.
- Tribunal Superior de Medellín Sala de Justicia y Paz. Radicado. 1100160002532009 83825. M. P. Juan Guillermo Cárdenas Gómez. 7de Julio del 2015.
- Tribunal Superior de Medellín Sala de Justicia y Paz. Radicados: 1 1 0 0 1 6 0 0 0 2 5 3 2 0 0 6 8 0 0 6 8, 1 1 0 0 1 6 0 0 0 2 5 3 2 0 0 8 8 3 4 4 4, 1 1 0 0 1 6 0 0 0 2 5 3 2 0 0 8 8 3 3 1 9, 1 1 0 0 1 6 0 0 0 2 5 3 2 0 0 8 8 3 3 1 6, 1 1 0 0 1 6 0 0 0 2 5 3 2 0 0 7 8 3 0 7 3, 1 1 0 0 1 6 0 0 0 2 5 3 2 0 0 9 8 3 7 8 2. 28 de abril de 2016. M. P. María Consuelo Rincón Jaramillo.
- Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz M.P. María Consuelo Rincón Jaramillo. Radicado: 110016000253200680018. 2 febrero del 2015.
- Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Radicado. 1100160002532008 83825. Julio 7 del 2016.
- Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá Sala De Justicia Y Paz. M.P. Léster María González Romero. Radicaciones: 1100160002532008-83194; 1100160002532007-83070. Bogotá D.C. 01 de diciembre del 2011.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz. M.P. Uldi Teresa Jiménez López. Radicación: 110016000253 – 200883167. Bogotá D. C., 19 de mayo del 2014.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz Radicado: 110016000253200782794 N.I. 1357. M. P. Alexandra Valencia Molina. 15 de Julio de 2016.

- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala De Justicia y Paz. M.P. Uldi Teresa Jiménez López Radicación: 110016000253200782701 Bogotá D.C. 16 de Diciembre del 2011.
- Tribunal Superior del Distrito Sala de Conocimiento de Justicia y Paz Medellín. Radicados: 0016000253-2007-82700, 0016000253-2008-83269, 0016000253-2007-82699, 0016000253-2008-83275, 0016000253-2006-80864, 0016000253-2008-83275 y 0016000253-2008-83285. 24 de 09 del 2015. M.P. Rubén Darío Pinilla Cogollo. 159.
- UDOM, Ebert. Strafrecht Allgemeiner. Derecho penal parte general. Traducción: Escudero Irra, Said. Universidad autónoma del Estado de Hidalgo. 2005.
- UPRIMNY, Yepes, Rodrigo, Justicia para la paz crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada, Editorial Colección de justicia, Bogotá 2014.
- -Introducción al concepto de justicia transicional y al modelo de transición colombiano, Editorial Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, Colombia 2015.
- -Algunos lineamientos para pensar en el marco jurídico de la transición en Colombia en el contexto de un proceso de paz con algunos grupos guerrilleros En, Uprimny Yepes, SANCHEZ, María, SANCHEZ, Camilo. Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada. De justicia. Bogotá, 2014.
- URANGA, Martín, A. La Discusión Actual Sobre la Función del Derecho Penal. En Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón. Universidad de Deusto. 2006.
- VACAS, Fernández Félix. El Derecho Internacional ante el Conflicto de Colombia. Edit. Tirant lo Blanch. 2015.
- VALENCIA Villa H. El genocidio y los crímenes de lesa humanidad ante la nueva Corte Penal Internacional. Uniandes Revista número 7. 2000.
- -Introducción a la justicia transicional Hernando Valencia Villa, Conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana "Julio Cortázar" de la Universidad de Guadalajara, México, el 26 de octubre de 2007.
- VELÁSQUEZ Velásquez Fernando. La Flexibilidad del Principio de Legalidad y los Crímenes que Agravian a la Humanidad. Cuadernos de Derecho Penal, 2012.
- -El derecho ante la globalización y el terrorismo: "Cedant arma togae": actas del Coloquio Internacional Humboldt. Montevideo. 2003.

- -La Flexibilidad del Principio de Legalidad y los Crímenes que Agravan a la Humanidad. Revista Universidad Sergio Arboleda. 2015.
- -La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad, agosto 16 de 2012.
- -Derecho penal subjetivo y sus límites”. En: Derecho penal parte general. Comlibros, Bogotá, 2009.
- -La jurisprudencia como fuente formal del derecho penal. Cuadernos de Derecho Penal, ISSN: 2027-1743, junio de 2013.
- -Manual de Derecho Penal Parte General. Medellín: Ed. Librería Jurídica Comlibros, 2007.
- Víctimas. Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición, artículo 40.
- VILLANUEVA, Plascencia Raúl. Análisis del nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM. México. 2003.
- VILLAVICENCIO, T, Felipe, “Lecciones de Derecho Penal” Editorial Cultural Cuzco S.A. Lima-Perú 1990.
- VIVES, Antón Tomás. Principios Penales y Dogmática Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General) Derecho y Cambio Social.
- WERLE, G. Tratado de Derecho Penal Internacional. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2005.
- WOLFFHÜGEL, Gutiérrez Christian. La jurisprudencia como fuente formal del derecho penal. Cuadernos de Derecho Penal, ISSN: 2027-1743, junio de 2013.
- ZAMBRANO, Pasquel, Alfonso. La prescripción de la acción penal. Revista jurídica online. México.