

**VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN COLOMBIA POR PARTE
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA A PARTIR DEL AÑO 2010 A 2012**

**ALEJANDRO AGUIRRE RESTREPO
OMAR RICARDO OJEDA**

**UNIVERSIDAD LIBRE, SECCIONAL PEREIRA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL
PEREIRA RISARALDA
2013**

**VULNERACION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN COLOMBIA POR PARTE
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA A PARTIR DEL AÑO 2010 A 2012**

**ALEJANDRO AGUIRRE RESTREPO
OMAR RICARDO OJEDA**

**“Proyecto de grado como requisito para optar por el título de
especialista en Derecho Constitucional”**

**UNIVERSIDAD LIBRE, SECCIONAL PEREIRA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL
PEREIRA RISARALDA
2013**

Nota de Aceptación

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

“A quienes entienden que la Ley es una prioridad y no una opción”

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	6
1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	8
1.1. HIPOTESIS	8
1.2. SISTEMATIZACION DEL PROBLEMA	8
2. OBJETIVOS	10
2.1. OBJETIVO GENERAL.....	10
2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	10
3. JUSTIFICACIÓN	11
4. RESULTADOS ESPERADOS	12
5. MARCO REFERENCIAL	13
5.1. ESTADO DEL ARTE	13
5.2. MARCO JURÍDICO	13
5.3. MARCO JURISPRUDENCIA.....	16
5.4. MARCO TEÓRICO	16
6. ESTRATEGIA METODOLOGICA.....	19
6.1. ENFOQUE.....	19
6.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN	19
6.3. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.....	19
7. FUENTES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	20
7.1. FUENTES SECUNDARIAS.....	20
7.2. FUENTES PRIMARIAS	20
7.3. INVESTIGACIÓN CUALITATIVA	20
7.4. TALENTO HUMANO, RECURSOS TÉCNICOS Y FINANCIEROS.....	20
8. LA TIPICIDAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO	21
9. PRONUNCIAMIENTOS EMITIDOS POR LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	25

9.1. AUTO 33039 DE 2010, PROFERIDO POR LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.	29
9.2. AUTO 33118 DE 2011, SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	43
9.3. AUTO 36828 DE 2011, SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	48
10. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.....	52
10.1. PACTO SAN JOSÉ, COSTA RICA.....	52
10.1.1. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.....	52
10.1.2. CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO	53
10.1.3. CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD	54
10.1.4. DEFINICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD Y GENOCIDIO (JURISPRUDENCIA)	56
11. CONCLUSIONES.....	63
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67

INTRODUCCIÓN

El derecho penal colombiano, se considera como aquella rama del derecho que se encarga de la regulación de las conductas punibles, bajo tres principios básicos: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; coligiéndose de ello, que si se presentan los tres elementos, puede decirse que hay delito.

Para la prevención y sanción del delito, el Estado tiene la facultad de generar la política criminal, lo cual ha hecho a través de Códigos Penales que buscan señalar qué conductas se consideran delitos y cuáles son las penas que deben imponerse, para el efecto, lo que se traduce en que no hay delito sin estar descrito y no hay sanción sin estar establecida en la ley. Esa situación hace alusión a un principio importante en el derecho penal, que irriga incluso el procedimiento penal, denominado principio de legalidad, pues si la conducta que se reprocha como punible no se encuentra como se dijo descrita, no puede decirse que haya delito.

De igual manera, la legislación colombiana ha prohibido en materia penal la aplicación de la retroactividad, a menos que sea a favor del enjuiciado, situación que también es propia del derecho penal, sin que por norma posterior se pueda hacer más gravosa la situación del condenado.

Teniendo en cuenta los parámetros señalados y teniendo en cuenta que los anteriores precedentes son principios importantes en materia penal, el presente trabajo pretende confrontar tres providencias emanadas de la Corte Suprema de Justicia, en los que al advertir la comisión de un delito de lesa humanidad, pudo eventualmente trasgredir el principio de legalidad establecido en materia penal y en efecto la tipicidad, vulnerando con ello, derechos de naturaleza constitucional como el debido proceso y el derecho de defensa y cambiando el panorama jurídico o mejor, la conceptualización jurídica respecto de la aplicación en el derecho penal de estos principios.

Corolario de lo anterior, en el presente trabajo se ha de desarrollar inicialmente el significado del principio de legalidad, tipicidad y la importancia de los derechos de defensa y debido proceso en materia penal, para hacer a posteriori, un estudio sobre los autos números 33039 de 2010 en el que se acepta imputación a paramilitares sobre delitos que no estaban tipificados para la fecha de los hechos, Auto 33118 de 2010 y Auto 36828 de 2011 donde se establece que el delito de desplazamiento forzado es de aplicación retroactiva, todos ellos proferidos por la Corte Suprema de Justicia.

Es menester para los efectos del presente trabajo, analizar la aplicación de los tratados y convenios internacionales en el ordenamiento jurídico vigente y pronunciamientos de las cortes sobre la aplicación de los tratados y convenios internacionales.

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La vulneración del principio de legalidad por cuenta de sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, las cuales, dispone que pueden ser juzgadas conductas punibles consideradas de lesa humanidad que hayan sido cometidas antes de la entrada en vigencia de la ley que creaba estos tipos penales (desaparición forzada y desplazamiento forzado, entre otros, indicando que la fuente jurídica para el juzgamiento no son las leyes internas, ni el código penal, si no, el bloque de constitucionalidad.

Esta situación puede darse, de acuerdo a la interpretación de las normas atinentes al bloque de constitucionalidad que forman parte del derecho interno y que son tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados por el país, pudiendo conllevar a la probable vulneración del principio de legalidad en nuestro país, que indica, que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, esto es por motivos previamente definidos por la ley.

FORMULACION DEL PROBLEMA

1.1. HIPOTESIS

¿Cuáles son las razones de tipo jurídico que invoca la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para señalar que pueden ser investigados y juzgados delitos de lesa humanidad en Colombia en los años 2010 a 2012, cuando para la fecha de los hechos no existía en nuestro ordenamiento penal tipificadas tales conductas punibles, vulnerándose con ello el principio constitucional de legalidad que indica que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.

1.2. SISTEMATIZACION DEL PROBLEMA

- ¿Qué principios inspiran la tipicidad en el derecho penal Colombiano?
- ¿Qué pronunciamientos jurisprudenciales ha emitido la Corte Suprema de Justicia respecto a la investigación y juzgamiento de delitos de lesa humanidad antes de su tipificación en el código penal colombiano?.
- ¿Cuáles son los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad en que se apoya la Corte Suprema de

Justicia para la toma de estas decisiones que surgieron desde el año 2010 a nuestros días?

2. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVO GENERAL

- Determinar las razones de tipo jurídico que tuvo en cuenta la Corte Suprema de Justicia para emitir sentencias que indiquen la posibilidad de juzgar personas por delitos de lesa humanidad, antes de ser consideradas como tal, en el ordenamiento jurídico vigente.

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Establecer los principios y conceptos que determinan la tipicidad penal en el derecho penal colombiano.
- Analizar los pronunciamientos jurisprudenciales que ha emitido la Corte Suprema de Justicia respecto a la investigación y juzgamiento de delitos de lesa humanidad antes de su tipificación en el código penal colombiano.
- Considerar los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad en que se apoya la Corte Suprema de Justicia para la toma de estas decisiones que surgieron desde el año 2010 a nuestros días.

3. JUSTIFICACIÓN

El derecho penal en Colombia se concibe como la política criminal del Estado para hacer frente al delito, desarrollándose bajo unos supuestos normativos muy taxativos que no permiten interpretación que afecte derechos fundamentales.

Así pues, la importancia del presente trabajo de grado radica en conocer cuál es la verdadera afectación del principio de legalidad en los procedimientos penales aplicados a ciudadanos colombianos, teniendo en cuenta la jurisprudencia emitida por la sala penal de la corte suprema de justicia.

La presente información puede ser utilizada por todos los estudiosos del derecho, pues se ha de analizar la eventual vulneración del principio de legalidad en el derecho penal, cuando se aplica para la investigación de un delito, un tratado internacional que se entiende dentro del ordenamiento jurídico interno en razón al bloque de constitucionalidad.

4. RESULTADOS ESPERADOS

- Socialización de los resultados de la investigación
- Determinar si efectivamente se vulnera en Colombia por nuestra Corte Suprema de justicia el principio de legalidad.
- Aportar a los lectores conocimientos sobre esta situación

5. MARCO REFERENCIAL

5.1. ESTADO DEL ARTE

En relación al estado del arte del presente proyecto de investigación, se hace necesario hacer alusión a la fuente principal de recolección de información, siendo esta las providencias emitidas por nuestra Corte suprema de justicia en casos donde los paramilitares cometieron delitos que para esa época no eran considerados como tales

Ahora bien, el núcleo principal de la presente investigación gira en torno a la posible vulneración del principio de legalidad por cuenta de sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, las cuales, dispone que pueden ser juzgadas conductas punibles consideradas de lesa humanidad que hayan sido cometidas antes de la entrada en vigencia de la ley que creaba estos tipos penales (desaparición forzada y desplazamiento forzado, entre otros, indicando que la fuente jurídica para el juzgamiento no son las leyes internas, ni el código penal, si no, el bloque de constitucionalidad.

Esta situación puede darse, de acuerdo a la interpretación de las normas atinentes al bloque de constitucionalidad que forman parte del derecho interno y que son tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados por el país, pudiendo conllevar a la probable vulneración del principio de legalidad en nuestro país, que indica, que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, esto es por motivos previamente definidos por la ley.

5.2. MARCO JURÍDICO

La disposiciones constitucional y legales que se deberán analizar en el presente proyecto de investigación son:

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. El precepto en cita indica que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al 105

Afirma la Claudia Patricia Orduz Barreto que ¹el principio de legalidad en la ley penal colombiana acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Por disposición constitucional se entiende que es requisito sine qua non que el acto que se impute debe constituir un hecho típico, es decir que en la ley penal se debe indicar o describir de manera completa los elementos estructurales del tipo, luego no hay delito si la ley no lo ha contemplado previamente como tal, describiendo y atribuyendo al autor una pena (nullum crimen sine lege – nulla poena sine lege).Al respecto se ha dicho:

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 Constitución”.

“El principio de estricta y preexistente legalidad corresponde a los siguientes rasgos esenciales de normatividad:

¹ Claudia Patricia orduz Barreto. * Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Penal y Criminología. Maestría en Derecho Penal, Universidad Libre. Docente Universidad Libre y Universidad Autónoma de Colombia. Ex juez penal del Circuito de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. Ex juez penal del Circuito ley 600 de 2000 y ex juez penal del Circuito de Conocimiento ley 906 de 2004. Actual Secretaria Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Colombia.

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 esta última característica, su aplicación sea para favorecer y no para desfavorecer al sindicado o condenado.

Es comprensible entonces, asegurar que el principio de legalidad es requisito indefectible, forzoso y obligatorio del debido proceso, pues toda conducta punible debe ser descrita por el legislador de manera previa, clara y precisa.

Teniendo en cuenta lo anterior, el **código penal colombiano en su libro primero, parte general, título i** determina:

Artículo 1 Legalidad. Nadie podrá ser condenado 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 encuentren establecidas en ella.

Artículo 2. Hecho Punible. Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable.

Artículo 3 Tipicidad. La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca.

Artículo 6 Favorabilidad. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para los que estén condenados.

Artículo 8 Igualdad ante la ley. La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella

PACTO SAN JOSÉ, COSTA RICA
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad

5.3. MARCO JURISPRUDENCIA

El material jurisprudencial que se expondrá en este proyecto de investigación, será el siguiente:

- **SENTENCIA C-177 DE 2001 M. SUSTANCIADOR DR. FABIO MORON DIAZ se determina el delito de genocidio.**
- **SENTENCIA C-578 DE 2002 M. SUSTANCIADOR Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA**
- **SENTENCIA C-578/02 Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA**
- **Auto 33118 de 2011, proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**
- **Auto 36828 de 2011, proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**
- **Auto 33039 de 2010, proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**

5.4. MARCO TEÓRICO

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 oprimidos. Esta situación es clara en las múltiples revoluciones que en el transcurso del tiempo han marcado la historia de la humanidad por la lucha incesante de plasmar estos derechos como normas valederas y acatamiento inmediato ante quienes ostentaban el poder.

Una de las primeras normas de protección legal de los derechos humanos, fueron plasmados, por primera vez en un acta escrita, la Magna Carta Inglesa de 1215. Esta tuvo su origen en Inglaterra, donde era conocida como Magna charta libertatum ('Carta magna de las libertades'). Fue un documento inglés aceptado por el rey Juan I de Inglaterra, más conocido como Juan sin Tierra (originalmente Sans-Terre en francés, Lackland en inglés) ante el acoso de los problemas sociales y las graves dificultades en la política exterior.

En su articulado se especifica que ningún hombre libre, será arrestado, o detenido en prisión, o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado o molestado de alguna manera y no disponer sobre él, ni se pondrá en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país (artículo 39).

Es así como este texto estableció por primera vez un principio constitucional muy significativo (habeas corpus, principio de legalidad) en la que más que establecer unos principios totalmente nuevos, se reconocía el respeto de los derechos y se limitaba el ejercicio del poder monarca; no obstante suponía una vuelta a ciertas libertades antiguas que con el tiempo serian normas universales.

Para el año 1789 y con la crisis a raíz del desfalco económico que afecto a Francia en donde se desataron conflictos sociales en contra de un régimen anacrónico y opresor, como era la monarquía la revolución significó el triunfo de un pueblo pobre, oprimido y cansado de las injusticias, sobre los privilegios de la nobleza feudal y del estado absolutista dando como resultado uno de los acontecimientos con mayor alcance histórico de la revolución que fue la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. En su doble vertiente, moral (derechos naturales inalienables) y política (condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos naturales e individuales), condiciona la aparición de un nuevo modelo de Estado, el de los ciudadanos, el Estado de Derecho, democrático y nacional. Aunque la primera vez que se proclamaron solemnemente los derechos del hombre fue en los Estados Unidos (Declaración de Derechos de Virginia en 1776 y Constitución de los Estados Unidos en 1787), la revolución de los derechos humanos es un fenómeno puramente europeo. Será la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789 la que sirva de base e inspiración a todas las declaraciones tanto del siglo XIX como del siglo XX.

A partir de estos y muchos más sucesos históricos de lucha por los derechos del hombre surgen universalmente las leyes como expresiones de la voluntad general de pueblo, determinadas a una representación de figura autoritaria como lo son los representantes o figura como lo es el parlamento, dando vida al principio de legalidad. Siendo el pueblo el que especifica los derechos y obligaciones que lo rigen, en consecuencia, los ciudadanos y todos los poderes públicos, como se ha dicho, están sometidos a las leyes, que son creadas por el soberano, el pueblo, pues así se ha entendido a nivel universal desde la Declaración de Derechos del hombre y del Ciudadano, y Colombia, acogiendo los planteamientos allí previstos, ha dispuesto en nuestra normatividad constitucional y penal el principio de legalidad.

Este principio en Colombia tiene su fundamento en la Constitución Política, donde establece objetivamente uno de los fundamentos bajo los cuales está organizado constitucionalmente el ejercicio del poder en un Estado social de derecho. Por otra parte, desde el punto de vista subjetivo, el respeto por el principio de legalidad constituye una garantía fundamental del derecho al debido proceso, que vincula a todas las autoridades del Estado y que se concreta en el respeto de los derechos adquiridos, de los procedimientos, y del derecho de defensa. En efecto, el principio de legalidad circunscribe el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico que lo rige, de manera que los actos de las autoridades, las decisiones que profieran y las gestiones que realicen, estén en todo momento subordinadas a lo preceptuado y regulado previamente en la Constitución y las leyes. La Corte ha sostenido que este principio puede concretarse en dos aspectos, a saber: que exista una ley previa que prevea la hipótesis o situación de que se trate, y que tal tipificación sea precisa en la determinación y consecuencia de dicha situación o conducta, aspectos que buscan limitar al máximo la facultad discrecional de la administración en ejercicio de sus prerrogativas. El principio de legalidad es constitutivo del debido proceso (SENTENCIA T433/02 M.P DR. RODRIGO ESCOBAR GIL)

Es así como 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 proceso.

6. ESTRATEGIA METODOLOGICA

6.1. ENFOQUE

Investigación Jurídica, teniendo en cuenta que este proyecto investigativo se basa en su integridad en conocimientos legales y jurisprudenciales, toda la información obtenida será objeto de análisis con el fin de obtener los resultados esperados y ofrecer a los lectores claridad sobre el tema investigado.

6.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

Descriptiva en virtud a que se determinará el alcance de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia frente al principio de legalidad en nuestro país y en armonía con el Bloque de Constitucionalidad en donde a éste último se le da prelación.

6.3. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.

Análisis y Síntesis, toda vez que se pretende efectuar un análisis y estudio riguroso sobre el concepto del principio de legalidad y debido proceso, los alcances de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, observando su contenido desde el punto de vista legal, doctrinal y jurisprudencial, dado que se parte de un análisis lógico, descomponiendo el objeto a investigar a partir de las diferentes posiciones jurídicas y legales encontradas, procurando de esta manera obtener conocimientos exactos y ordenados.

7. FUENTES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

7.1. FUENTES SECUNDARIAS

Usaremos información proveniente de textos, jurisprudencia nacional y extranjera

7.2. FUENTES PRIMARIAS

Comprenderán como fuentes técnicas: El Examen de contenido de textos, doctrina, normatividad vigente y jurisprudencia.

7.3. INVESTIGACIÓN CUALITATIVA

7.4. TALENTO HUMANO, RECURSOS TÉCNICOS Y FINANCIEROS

En virtud a que este proyecto de investigación estará basado en el análisis de información recolectada, no requiere de una base presupuestal ni financiera.

8. LA TIPICIDAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

El derecho penal en su concepción básica, se concibe como el conjunto de normas y disposiciones que regulan el ejercicio de la política criminal por parte del Estado, a través de la tipificación de los delitos y las sanciones, de allí que se genere la teoría de la conducta punible.

Para que una conducta se considere punible, es necesario que sea típica, jurídica y culpable.

En el Estado de derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder. En este sentido ha dicho la Corte Constitucional, que “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 ley”²

En materia penal dicho principio comporta varios elementos que la doctrina especializada reconoce como “los principios legalistas que rigen el derecho penal”³, los cuales define de la siguiente manera:

“...nullum crimen sine praevia lege: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; nulla poena sine praevia lege: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemo iudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemo damnetur nisi per legale iudicium, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal.”⁴

Lo anterior se traduce en que para poder legítimamente aplicar sanciones por parte del Estado, y como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, deben respetarse las 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 estatal”⁵.

² Corte Constitucional, Sentencia C-200 de 2002.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-739/00 M.P. Fabio Morón Díaz.

⁴ Jiménez de Asúa, Luis, “Tratado de Derecho Penal. Tomo II Filosofía y Ley Penal”, Edit. Losada, Buenos Aires Argentina, 1950.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-708/99, MP: Alvaro Tafur Galvis.

Pese a que no es del resorte del presente capítulo, es necesario advertir que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15-1, que establece: *"Artículo 15-1 Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá 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."* como la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 9º, se refieren en forma particular y explícita a la preexistencia de los delitos y sus respectivas sanciones.

La Carta Política colombiana, exige 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 proceso.

En torno a cada uno de los aspectos enunciados, la Corte Constitucional, ha precisado el entendimiento que en el ordenamiento jurídico colombiano debe darse al artículo 29 constitucional⁶, haciendo énfasis entre otros temas, en los principios de reserva legal y de tipicidad o taxatividad de la pena. Así ha dicho esa Corporación lo siguiente:

"13- El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente 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 respectivas". De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (CP art. 29).

14- 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

⁶ Corte Constitucional, sentencias C-127 de 1993, C-344 de 1996 y C-559 de 1999

establecidos por los representantes del pueblo, y no de la voluntad individual y de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo.

15- Esta reserva legal es entonces una importante garantía para los asociados. Pero no basta, pues si la decisión legislativa de penalizar una conducta puede ser aplicada a hechos ocurridos en el pasado, entonces 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 penas. Por ello esta Corporación había precisado que 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 preexistente.”** (Se resalta)

Es importante, hacer referencia entonces a la prohibición de la retroactividad y la reserva legal no son sin embargo suficientes, **pues si la ley penal puede ser aplicada por los jueces a conductas que no se encuentran claramente definidas en la ley previa, entonces tampoco se protege la libertad jurídica de los ciudadanos, ni se controla la arbitrariedad de los funcionarios estatales,** ni se asegura la igualdad de las personas ante la ley, ya que la determinación concreta de cuáles son los hechos punibles recae finalmente, ex post facto, en los jueces, quienes pueden además interpretar de manera muy diversa leyes que no son inequívocas. Por eso, la doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacionales, han entendido que en materia penal, el principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente y debe ser complementado por un principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad⁸, según el cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente, sino, taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley. Según esa concepción, que esta Corte prohija, sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal.

La jurisprudencia ha señalado igualmente que para imponer sanciones penales, “no basta que la ley describa el comportamiento punible sino que además debe precisar el procedimiento y el juez competente para investigar y sancionar esas conductas (CP arts. 28 y 29)”.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-133 de 1999. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte No 3

⁸ FERRAJOLI, Luigi. Razón y derecho. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, Madrid, 1995, P. 28.

La tipicidad es una garantía imprescindible en el Estado de Derecho, exige del legislador el señalamiento claro y definido de la conducta reprochable, impidiendo que sea el capricho de quien aplica la norma penal el que deduzca en cada caso su alcance, lo que vulneraría el principio constitucional por cuya virtud se asegura a todas las personas que no serán juzgadas sino con arreglo a normas legales anteriores al acto que se imputa (principio de legalidad). Pero ese postulado no puede entenderse como una regla que impida al legislador, cuando tipifica el comportamiento delictivo, formular la descripción con base en conceptos que puedan tener muchas manifestaciones o modalidades, señalando que el contrario al ordenamiento jurídico es precisamente el comportamiento que tal concepto encierra, con independencia de la modalidad que asuma⁹.

Por otra parte la Corte ha considerado que el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (*praeceptum legis*) y de la sanción (*sanctio legis*). “El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto”. Ha considerado esta Corporación que la tipicidad desarrolla el principio fundamental “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” y busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. La descripción que efectúe el legislador debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria¹⁰.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1164 de 2000

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-099 de 2003

9. PRONUNCIAMIENTOS EMITIDOS POR LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES EMITIDOS POR LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, RESPECTO AL JUZGAMIENTO DE CIUDADANOS COLOMBIANOS QUE COMETIERON DELITOS EN EL TERRITORIO NACIONAL, SIN QUE ESTOS ESTUVIERAN DESCRITOS COMO TAL, EN LA LEGISLACIÓN PENAL.

Constitución política de Colombia, artículos 28 y 29

Alcance de los artículos 28 y 29 de la Constitución Política

Señala el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia:

ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

La Corte Constitucional, frente a este derecho fundamental establecido que a falta de normas constitucionales especiales que definan y protejan ámbitos específicos de libertad, el artículo 28 de la Carta Política “a manera de cláusula general, representa la máxima tutela y reconocimiento a la libertad”, cuyo núcleo esencial está conformado por “la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios” y comprende también “la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente”¹¹ Desde la perspectiva de los requisitos reseñados, cabe anotar que la norma comentada contempla el derecho de todos a no ser privados de la libertad sino en la forma y en los casos previstos

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia c-301 de 1993.

en la ley, de donde surge que la definición previa de los motivos que pueden dar lugar a la privación de la libertad es una expresión del principio de legalidad, con arreglo al cual es el legislador, mediante la ley, el llamado a señalar las hipótesis en que tal privación es jurídicamente viable. Se deduce de lo expuesto que el Constituyente no concibió la libertad individual a la manera de un derecho absoluto, inmune a cualquier forma de restricción; todo lo contrario, fluye del propio texto superior que en determinados supuestos, ese derecho fundamental es susceptible de limitación; empero, los casos en que tal limitación tenga lugar han de venir fijados por la ley, siendo claro, en consecuencia, que tratándose de la libertad personal la Constitución Política establece una estricta reserva legal¹².

Por su parte, el artículo 29 ibídem, dispone:

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.

La Constitución de 1991 consagró en su artículo 29 el derecho fundamental al debido proceso, entendido éste como el conjunto de garantías que procuran la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio. La norma constitucional lo consagra entonces para todo tipo de actuaciones, de manera que las situaciones de controversia que se presenten en cualquier proceso estén previamente reguladas en el ordenamiento jurídico, el cual, debe señalar las pautas que procuren el respeto de los derechos y obligaciones de las partes procesales para que ninguna actuación de las autoridades tenga origen en su propio arbitrio, sino que obedezca a los procedimientos descritos en la ley y los reglamentos.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-24 de 1994.

El debido proceso propende por una debida administración de justicia, la cual, a su vez, constituye una de las más importantes garantías para el amparo de los intereses legítimos de la comunidad y contribuye a la permanencia del Estado social de derecho, que tiene señalado en el artículo 2° de la Constitución Política como uno de sus deberes, el de proteger en su vida, honra, bienes, derechos y libertades a todos los ciudadanos. Esta Corporación ha concluido que el desconocimiento o incumplimiento de las normas que rigen los procesos, deriva en una violación de ese derecho. Por ello, el ordenamiento jurídico colombiano recoge diversas jurisdicciones especializadas y les señala no sólo los asuntos sometidos a su competencia, sino que además, regula los procedimientos a seguir. En relación con el tema, la Corte Constitucional ha sostenido:

“La doctrina define el debido proceso como todo el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho.

“El debido proceso es el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem. Como las demás funciones del estado, la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: sólo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan positiva y negativamente a los servidores públicos. Estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista, y únicamente pueden actuar apoyándose en una previa atribución de competencia. El derecho al debido proceso es el que tiene toda persona a la recta administración de justicia.

“Es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material.” (Sentencia No. T-001 de 1993, Magistrado Ponente, doctor Jaime Sanín Greiffenstein).

Así entonces, como tantas veces ha dicho la Corte, las actuaciones que adelanten los funcionarios judiciales o las autoridades administrativas, deben observar y respetar en todo momento las normas que regulen los procedimientos a seguir, con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción.

El debido proceso es un derecho de estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria. Algunas de las reglas constitucionales que configuran este derecho son de aplicación inmediata y anulan cualquier norma que las limite o restrinja. Así por ejemplo, el derecho a la legalidad del delito y de la pena no admite restricción ninguna, como tampoco el principio de la no reformatio in pejus, o el principio de favorabilidad (C.P. art. 29).

No obstante, otros de los elementos integrantes del debido proceso tienen la estructura lógica de estándares o reglas que deben ser aplicadas prima facie, y admiten ponderaciones o limitaciones útiles, necesarias y proporcionadas para asegurar la vigencia de otro derecho fundamental o de un interés constitucional de igual entidad. En particular, el derecho de defensa es uno de aquellos derechos que plantea parámetros de actuación que deben ser regulados por el legislador garantizando su máxima aplicación, pero cuidándose de afectar otros derechos o bienes constitucionalmente valiosos que se encuentran en juego en el juicio penal o administrativo. En otras palabras, el derecho de defensa admite restricciones destinadas al logro de una finalidad legítima de la misma entidad que el derecho que se restringe, siempre que no afecte su contenido esencial y que se trate de limitaciones útiles, necesarias y estrictamente proporcionadas a los beneficios que se busca alcanzar.

Frente a la tensión entre el derecho de defensa y el derecho a la justicia¹³ - a reconocer la verdad de los hechos reprochables, proteger a las víctimas y sancionar a los responsables-, no existe ninguna razón constitucional para sostener que el primero tenga primacía sobre el segundo o viceversa. En efecto, si los derechos de las víctimas tuvieran preeminencia absoluta sobre cualesquiera otros, podría desprotegerse al inculpado hasta el punto de desconocer la presunción de inocencia, y privar de libertad al sujeto mientras no se demuestre su inocencia. Sin embargo, si los derechos del procesado - como el derecho de defensa - tuvieran primacía absoluta, no podría establecerse un término definitivo para acometer la defensa, ni restringirse la oportunidad para practicar o controvertir las pruebas, ni negarse la práctica de pruebas inconducentes cuando hubieren sido solicitadas por el procesado, etc. Predicar la supremacía irresistible del derecho de defensa equivaldría, en suma, someter al proceso a las decisiones del procesado.

¹³ Corte Constitucional, Boletín Jurisprudencial No. 10. 2005.

9.1. AUTO 33039 DE 2010, PROFERIDO POR LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Esta providencia marca el inicio de una jurisprudencia sólida dentro de la Sala de Casación Penal, en la que se varió la imputación inicial realizada a un grupo de paramilitares, en aras de salvaguardar derechos humanos y en concordancia con la imprescriptibilidad por crímenes de lesa humanidad.

Los hechos pueden describirse, tal como los señaló esa Corporación, determinando que el señor BANQUEZ MARTÍNEZ ingresó a las Autodefensas Unidas de Colombia el 6 de noviembre de 1998, al Bloque Montes de María, Frente Golfo de Morrosquillo, de donde se desmovilizó el 14 de julio de 2005 en María la Baja con 594 personas más, luego de haber desplegado su accionar armado en los municipios de Colosó, Carmen de Bolívar, Toluviejo, Arjona, Mahates, María la Baja, San Onofre y Ovejas, bajo el mando de Rodrigo Antonio Mercado Pelufo, alias “Cadena”.

Luego de adelantarse los trámites y exigencias legales, al desmovilizado en cita se le escuchó en versión libre, y con posterioridad a ello se realizó la audiencia de formulación de imputación parcial los días 13, 15 y 16 de octubre de 2009; y de imposición de medida de aseguramiento el 3 de noviembre siguiente.

La formulación de imputación que se hizo contra BANQUEZ MARTÍNEZ en el proceso referenciado, contiene hechos cometidos en operaciones armadas del bloque “Montes de María” de las AUC, entre el 3 de noviembre de 1998 y 24 de abril de 2004; los cuales fueron tipificados por la Fiscalía como graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, en el entendido de que, se cometieron en desarrollo del conflicto armado interno que vive nuestro país; imputación que comprendió los siguientes hechos, con la calificación jurídica provisional indicada por la Fiscalía:

Hechos imputados	Calificación jurídica realizada por la Fiscalía
1. Masacre de Colosó, acaecida el 6 de noviembre de 1998, en la que se dio muerte a seis personas y desplazamiento forzado a seis más.	Homicidio en persona protegida en concurso con toma de rehenes y desplazamiento forzado de población civil.

<p>2. Masacre de San Isidro o Caracolí en Carmen de Bolívar, perpetrada el 11 de marzo de 1999 en el corregimiento Caracolí o San Isidro de Carmen de Bolívar, en la que fueron asesinadas 10 personas.</p>	<p>Homicidio en persona protegida en concurso con tortura en persona protegida, toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos y desplazamiento forzado de población civil.</p>
<p>3. Homicidios de Manuel Antonio Fernández, Luis Eduardo Flórez y Édgar Martelo, cometidos el 6 de noviembre de 1999 en jurisdicción de Toluvejo.</p>	<p>Homicidio en persona protegida en concurso con tortura en persona protegida y toma de rehenes.</p>
<p>4. Masacre El Salao, acaecida el 18 de febrero de 2000 en el municipio de Carmen de Bolívar, en la que se dio muerte a 62 personas, se produjo la desaparición forzada de cuatro, se atentó contra la integridad y libertad sexual de dos ciudadanos; además de destrozar y saquear la población, como consecuencia de lo cual se generó el desplazamiento de 635 humildes labriegos del poblado.</p>	<p>Homicidio en persona protegida (62) en concurso con tortura en persona protegida, desaparición forzada (4), toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos, desplazamiento forzado de población civil, acceso carnal y acto sexual violento en persona protegida.</p>
<p>5. Masacre de Palo Alto realizada en San Onofre el 30 de abril de 2000, en la que fueron asesinadas 5 personas.</p>	<p>Homicidio en persona protegida en concurso con tortura en persona protegida, toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos y desplazamiento forzado de población civil.</p>
<p>6. Masacre Curva del Diablo, en el municipio de Colosó, cometida el 25 de agosto de 2000, en la que fueron asesinadas 5 personas.</p>	<p>Homicidio en persona protegida en concurso con tortura en persona protegida, toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos, desplazamiento forzado de población civil y acceso carnal violento en persona protegida.</p>
<p>7. Masacre Chinulito, (cacerío El Prejo-Arenita) municipio de Colosó,</p>	<p>Homicidio en persona protegida (10) en concurso con toma de rehenes,</p>

cometida el 13 de septiembre de 2000, en la que fueron asesinadas 10 personas.	destrucción y apropiación de bienes protegidos y desplazamiento forzado de población civil.
8. Masacre Macayepo en Carmen de Bolívar, realizada el 14 de octubre de 2000, en la que murieron 7 personas, 19 fueron desplazadas y se cometió despojo de 17 bienes.	Homicidio en persona protegida en concurso con desplazamiento forzado de personas y despojo en el campo de batalla.
9. Masacre de Chengue, municipio de Ovejas, perpetrada el 17 de enero de 2001 en la que fueron asesinadas 25 personas y desplazadas 129.	Homicidio en persona protegida en concurso con tortura en persona protegida, toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos, acceso carnal y acto carnal violento en persona protegida.
10. Homicidio de Elvis de Jesús Petro Piero, realizado el 21 de marzo de 2001 en María La Baja.	Homicidio en persona protegida
11. Masacre de Retiro Nuevo, municipio María La Baja, perpetrada el 19 de abril de 2001, en la que se cometieron 4 homicidios	Homicidio en persona protegida en concurso con tortura en persona protegida, toma de rehenes, y destrucción y apropiación de bienes protegidos.
12. Secuestro y homicidio del alcalde de Chalán Sucre, Aury Sara Marrugo y su escolta, acaecida el 30 de noviembre de 2001 en el corregimiento Pasacaballos de Cartagena y hallados luego sus cadáveres en Pava Mahates Bolívar.	Homicidio en persona protegida, toma de rehenes, tortura en persona protegida y destrucción y apropiación de bienes protegidos.
13. Homicidio de Carmelo Ospina Catrillo, cometido el 18 de marzo de 2003 en Arjona Calle La Palma.	Homicidio en persona protegida
14. Homicidio de Rafael Antonio Vergara Bonfante perpetrado el 24 de abril de 2004 en María la Baja Calle del Puerto.	Homicidio en persona protegida

Ya en desarrollo de la audiencia en la que se solicitó la imposición de medida de aseguramiento por tales delitos, el Magistrado con Funciones de Control de Garantías de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, invocando el principio de legalidad, al analizar las conductas imputadas decidió imponer a BANQUEZ MARTÍNEZ medida de aseguramiento por los delitos correspondientes, teniendo en cuenta que las infracciones al derecho internacional humanitario están tipificadas por nuestra legislación interna sólo a partir de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, y en tal perspectiva a los punibles realizados en vigencia del Decreto Ley 100 de 1980 se le impusieron la medida en consideración a dicha legislación, vale decir, como crímenes comunes.

El argumento del a quo está sustentado en que si bien nuestro país ha suscrito compromisos internacionales, consistentes en tipificar como punibles las graves infracciones al derecho internacional humanitario, sólo los vino a cumplir con la inclusión en el Código Penal del Título II Capítulo Único del Código Penal que nos rige desde el 25 de julio de 2001; y que por ello, en estricto acatamiento al principio de legalidad de la pena y de la conducta, los hechos cometidos en vigencia de la ley anterior deben ser imputados como delitos comunes.

Sólo en el hecho del numeral 14, los demás, como fueron cometidos antes de la vigencia de la Ley 599, se aplicará la medida del delito correspondiente en la ley previa, agravada por la circunstancia 8ª del numeral del artículo 104, homicidio con fines terroristas.

En últimas quedó así la medida de aseguramiento:

Hechos imputados	Calificación jurídica por la cual el Magistrado con Funciones de Control de Garantías impone la medida de aseguramiento
1. Masacre de Colosó, acaecida el 6 de noviembre de 1998, en la que se dio muerte a seis personas y desplazamiento forzado a seis más.	Homicidio agravado en concurso homogéneo conforme lo dispuesto en el artículo 104.8 del Decreto Ley 100 de 1980 en concurso con desplazamiento forzado (en cuya situación aún permanecen las familias desplazadas).
2. Masacre de San Isidro o Caracolí en	Homicidio agravado en concurso

Carmen de Bolívar, perpetrada el 11 de marzo de 1999 en el corregimiento Caracolí o San Isidro de Carmen de Bolívar, en la que fueron asesinadas 10 personas.	homogéneo.
3. Homicidios de Manuel Antonio Fernández, Luis Eduardo Flórez y Édgar Martelo, cometidos el 6 de noviembre de 1999 en jurisdicción de Toluviéjo.	Homicidio agravado en concurso homogéneo.
4. Masacre El Salao, acaecida el 18 de febrero de 2000 en el municipio de Carmen de Bolívar, en la que se dio muerte a 62 personas, se produjo la desaparición forzada de cuatro, se atentó contra la integridad y libertad sexual de dos ciudadanos; además de destrozar y saquear la población, como consecuencia de lo cual se generó el desplazamiento de 635 humildes labriegos del poblado.	Homicidio agravado en concurso homogéneo, a su vez en concurso material con tortura, desplazamientos forzados, desapariciones forzadas y dos delitos de acceso carnal violento.
5. Masacre de Palo Alto realizada en San Onofre el 30 de abril de 2000, en la que fueron asesinadas 5 personas.	Homicidio agravado en concurso homogéneo.
6. Masacre Curva del Diablo, en el municipio de Colosó, cometida el 25 de agosto de 2000, en la que fueron asesinadas 5 personas.	Homicidio agravado en concurso homogéneo.
7. Masacre Chinulito, (cacerío El Parejo-Arenita) municipio de Colosó, cometida el 13 de septiembre de 2000, en la que fueron asesinadas 10 personas.	Homicidio agravado en concurso homogéneo.
8. Masacre Macayepo en Carmen de Bolívar, realizada el 14 de octubre de 2000, en la que murieron 7 personas,	Homicidio agravado en concurso homogéneo, a su vez en concurso material con desplazamientos forzados

19 fueron desplazadas y se cometió despojo de 17 bienes.	y despojos.
9. Masacre de Chengue, municipio de Ovejas, perpetrada el 17 de enero de 2001 en la que fueron asesinadas 25 personas y desplazadas 129.	Homicidio agravado en concurso homogéneo y en concurso material con desplazamiento forzado.
10. Homicidio de Elvis de Jesús Petro Piero, realizado el 21 de marzo de 2001 en María La Baja.	Homicidio agravado en concurso homogéneo.
11. Masacre de Retiro Nuevo, municipio María La Baja, perpetrada el 19 de abril de 2001, en la que se cometieron 4 homicidios	Homicidio agravado en concurso homogéneo.
12. Secuestro y homicidio del alcalde de Chalán Sucre, Aury Sara Marrugo y su escolta, acaecida el 30 de noviembre de 2001 en el corregimiento Pasacaballos de Cartagena y hallados luego sus cadáveres en Pava Mahates Bolívar.	Secuestro en persona protegida y homicidio en persona protegida.
13. Homicidio de Carmelo Ospina Catrillo, cometido el 18 de marzo de 2003 en Arjona Calle La Palma.	Homicidio en persona protegida
14. Homicidio de Rafael Antonio Vergara Bonfante perpetrado el 24 de abril de 2004 en María la Baja Calle del Puerto.	Homicidio en persona protegida

Sobre el caso particular, la Corte Suprema de Justicia¹⁴, manifestó:

1. La Sala comienza por reivindicar el principio de legalidad reconocido en nuestra Constitución Política como bastión de protección contra la arbitrariedad, cuyo reconocimiento se origina en los reclamos de la burguesía de la Europa del Siglo

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 16 de diciembre de 2010. Radicación número: 33039.

XVIII que veía con enorme preocupación que no existiera precisión sobre el contenido de lo prohibido, el juez llamado a juzgar los delitos, el procedimiento a seguir, así como el monto y la clase de pena aplicable, imponiéndose, por tanto la arbitrariedad del soberano; siendo pioneros de su materialización: Montesquieu¹⁵ llamando la atención de lo peligrosa que resultaba la costumbre como fuente de derecho y la necesidad de una ley en cuyo espíritu pudiera asentarse la expresión de las leyes naturales; Hobbes¹⁶ urgiendo sobre la necesidad de leyes que limitaran el egoísmo de los hombres; Beccaría¹⁷, quien influenciado por Jean Mabillon y por Montesquieu, reclamó por la ausencia de precisión de lo que estaba prohibido y permitido, entre otras consignas de su querrela humanista; Rousseau¹⁸ que abogó por la producción de la ley como expresión del contrato social; entre otros.

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 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 distinguir 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 personas.

Así, la legalidad limitó la arbitrariedad del soberano, y modificando la relación del hombre y del poder con la ley, propició la desaparición de los súbditos y el nacimiento de los ciudadanos.

Fue tal la presión ejercida por las ideas libertarias surgidas en la ilustración, que el proyecto revolucionario francés irradió su luz creando un nuevo concepto del hombre y de sus derechos.

Al amparo del principio de legalidad surgió el derecho penal del Estado liberal, 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.

¹⁵ MONTESQUIEU. El Espíritu de las Leyes. Editorial Porrúa S.A., México, 1992; páginas 19 y siguientes.

¹⁶ HOBBS, Thomas. El Leviatán. Editorial Alianza, 2009, páginas 14 y siguientes.

¹⁷ BECCARIA, Cesare. De los Delitos y de las Penas. Editorial Temis, cuarta edición, Bogotá 1998, páginas 23 y siguientes.

¹⁸ ROUSSEAU, Juan Jacobo. El Contrato Social. , Editorial Porrúa S.A., México, 1989 páginas 33 y siguientes.

Siendo el principio de legalidad hijo de los principios de libertad, igualdad y fraternidad, tiene además la paternidad responsable del llamado Estado de Derecho. Cuando el artículo 1º de nuestra Constitución Política declara que Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho, está invocando desde la dimensión del Estado de Derecho, el respeto por el orden jurídico, la tri-división del poder público y el control de las autoridades públicas; todo dentro de la consigna de la exaltación de la dignidad humana.

Como se puede observar, el principio de legalidad es patrimonio de la modernidad y conquista medular de los derechos humanos, y a la vez, generador de una tradición jurídica en todo el sistema romano germánico, que por lo mismo debe ser preservado.

2. Sin embargo, el principio de legalidad, tal como fue concebido por el revolucionario francés, suponía la existencia del Estado nacional con presencia de los tres poderes públicos en colaboración armónica y sinceramente comprometidos con el desarrollo del pueblo al que representaban y protegían; siendo las garantías judiciales ante todo talanquera contra el poder arbitrario del soberano; situación que a mediados del siglo XX tendió a modificarse.

Esto porque desde la segunda posguerra del siglo pasado, la comunidad horrorizada por la confrontación bélica, la barbarie y la intolerancia que sobrepasaba las fronteras y las capacidades nacionales, comenzó a construir un nuevo derecho penal con dimensión internacional, limitado a cuatro categorías de delitos que ofendían a la humanidad entera: el crimen de agresión, el genocidio, los delitos de lesa humanidad y las infracciones graves contra el derecho internacional humanitario.

Estos llamados “delitos internacionales” generaron una reacción de la comunidad civilizada, en tanto que el titular de los derechos afectados con estas cuatro categorías delictivas era la totalidad de la humanidad, se comenzó a escribir en el contexto internacional un nuevo derecho con unas categorías un tanto distintas a las patrias, precisamente debido al grado de complejidad originado en la inexistencia, tanto de un legislador estricto sensu, como de una autoridad judicial de alcance planetario.

La comunidad universal y la conciencia de la humanidad se convirtieron así en los destinatarios de la protección ofrecida por tal principio de legalidad internacional, de suerte que se modificó, tanto la dimensión a proteger (de lo local a lo global), como la fuente normativa del derecho a aplicar y su redactor.

Se replanteó, en función de la protección de la comunidad orbital, la dogmática del derecho penal internacional, y se redefinió el principio de legalidad.

Es así que el artículo 28 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁹ reconoce como fuentes de derecho, con los tratados internacionales, a la costumbre internacional, los principios generales del derecho y la jurisprudencia y la doctrina; superando a la ley como su fuente exclusiva.

Resulta oportuno reconocer que a partir de la vigencia de los Tratados de Derechos Humanos se ha universalizado el compromiso legislativo en pro de su reivindicación y se han precisado los niveles de protección de los habitantes del mundo, en dos sistemas interrelacionados entre sí, con la obligación doméstica de ajustar sus estándares a la sistemática internacional.

Es más, tanto 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 internacional.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos advierte en su artículo 15 numeral 1º que “Nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.”

Pero va más allá en su numeral 2º en el que de manera tajante advierte: “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.”

Por su parte, el Pacto de San José en su artículo 9º al consagrar el principio de legalidad no lo limita al derecho patrio señalando que: “Nadie puede ser

¹⁹ “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo conviniere.”

condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.”

A su turno, el Convenio Europeo de Derechos Humanos al reconocer el principio de legalidad, establece en su artículo 7º una fórmula similar a la adoptada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al advertir en su numeral 1º que: “Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional.” En su numeral 2º, advierte de manera perentoria 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.”

Esta cláusula colocada, tanto en la Convención Europea como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, claramente alude a los principios generales del derecho internacional como fuente de derecho penal internacional, aún frente a la inexistencia de tratado o ley que así lo dispongan.

Tal flexibilización a la legalidad, que 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 actos.

La experiencia más temprana de la flexibilización o redefinición del principio de legalidad a escala internacional se vivió en los procesos de Nuremberg²⁰, 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.”

²⁰ Aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950.

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”²¹ se leen los siguientes:

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 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 humanidad.”

Así, es claro que sin importar el momento de comisión del delito de guerra el mismo debe ser juzgado, pero a la vez que el Estado en que se cometió tiene derecho a investigarlo y en dado caso a imponer las condenas de rigor.

En el mismo instrumento, en su numeral 8º se dispone que:

“Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.”

Así, el principio de legalidad 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 Corte Internacional de Justicia, a los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina internacional.

En ese contexto de ampliación del concepto de ley, hay que recordar que nuestro país ha suscrito convenciones internacionales que sancionan delitos internacionales, entre ellos las graves infracciones al derecho internacional humanitario.

²¹ Aprobados por las ONU, en Asamblea General por medio de Resolución 3074 (XXVIII), el 3 de diciembre de 1973.

Tales Instrumentos fueron incorporados a la legislación interna de nuestro país, ya que mediante la Ley 5ª de 1960 se aprobaron los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; por la ley 11 de 1992 su Protocolo Adicional I y en virtud de la ley 171 de 1994 el Protocolo Adicional II.

A partir de la vigencia de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (de 23 de mayo de 1969) se considera que es un principio del derecho de gentes que en las relaciones entre Estados contratantes las disposiciones de derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado y que así mismo una parte contratante no puede invocar su propia Constitución ni su legislación interna para sustraerse de las obligaciones que le imponen en derecho internacional el cumplimiento de los tratados vigentes.

Por otra parte, variadas han sido las experiencias en el contexto internacional en las que sin la mediación legislativa local se han aplicado penas originadas en delitos internacionales, construyéndose así la costumbre y jurisprudencia internacional, que han venido aclarando los alcances del principio de legalidad en este contexto; iniciándose con los Juicios de Nuremberg y Tokio, que abrieron el escenario de la llamada justicia internacional, en protección de la humanidad.

También Camboya, país asiático que vivió la tiranía del régimen marxista-leninista-maoista de los Jamer Rojos, con la dictadura de Saloth Sar (llamado Pol Pot), entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979, época en la que se exterminó por lo menos a la tercera parte de la población, período en que aquel país se llamó Kampuchea Democrática; crímenes para cuyo juzgamiento se instalaron en el 2006, a instancias de la ONU, Salas Extraordinarias de Juicios, una de las cuales produjo el pasado 26 de julio, la primera sentencia contra Kaing J.C. Eav, alias Duch; en la que se le juzgó y condenó como líder del régimen, no obstante no existir legislación patria que determinara que las atrocidades cometidas contra la población eran consideradas crímenes internacionales.

En Europa, por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en varios pronunciamientos²², ha dejado claro que en materia de principio de legalidad, la noción de derecho aplicable se extiende no sólo a las normas escritas de orden nacional sino también al no escrito, haciendo expresa referencia a la jurisprudencia, costumbre y doctrina internacional.

²² Entre otros, Sentencia de 22 de marzo de 2001, casos “Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania” y K.H.W contra Alemania”, conocidos como “casos de los disparos mortales en el muro de Berlín”.

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 Uruguay²³, Argentina²⁴, Chile²⁵ y Perú²⁶, entre otros.

Otra fuente de limitación al principio de legalidad en los países del Cono Sur, viene como efecto de la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 14 de marzo de 2001 en el caso Barrios Altos (ratificada constantemente), en la que declaró la incompatibilidad de la ley de amnistía y punto final dictada en el Perú, con el Pacto de San José, ley expedida para garantizar la impunidad de crímenes cometidos por organismos o agentes del Estado; se abrió espacio para nuevos juzgamientos de crímenes internacionales en la región.

En ese contexto, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en el conocido como “Caso Simón²⁷”, profirió sentencia el 14 de junio de 2005 dejando sin efecto también unas leyes de punto final y de obediencia debida dictadas en dicho país (las 23.492 y 23.521), que favorecían la impunidad de los delitos cometidos durante los periodos de las dictaduras militares (no obstante que por medio de sentencia de 22 de junio de 1987, ya habían sido declaradas ajustadas a la Constitución del país austral “Caso Camps”); sentencia en la que la Corte convalidó la utilización de una ley ex post facto de orden internacional para imponerles condena, como fue la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Así, se puede afirmar que so pretexto de la omisión legislativa interna, no es dable abstenerse de castigar los delitos internacionales, en una doctrina construida a partir de casos en que era notoria la incidencia que tenían los perpetradores en los legisladores, quienes ya por intimidación, connivencia o simple indiferencia, se abstenían de incorporar a la legislación nacional la tipificación de tales conductas.

²³ Caso “Plan Cóndor” en Uruguay, sentencia contra José Niño Gavazzo Pereira y otros; en el mismo sentido la sentencia contra Juan María Bordaberry de 10 de febrero de 2010.

²⁴ Recurso promovido en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel).

²⁵ Caso Molco de Choshuenco (Paulino Flores Rivas y otros); también Sentencia contra Alberto Fujimori, de 19 de abril de 2009.

²⁶ Recurso de habeas corpus promovido por Gabriel Orlando Vera Navarrete.

²⁷ Toda vez que “se imputa a Julio Héctor Simón –por entonces suboficial de la Policía Federal Argentina- haber secuestrado, en la tarde del 27 de noviembre de 1978, a José Liborio Pobrete Rosa en la Plaza Miserere de esta ciudad y, en horas de la noche, a la esposa de éste, Gertrudis Martha Hlaczik, así como también a la hija de ambos, Claudia Victoria Pobrete” quienes después de varios meses de estar en instalaciones militares, desaparecieron sin que se conociera nunca sus paraderos.

Incluso, desde antes de existir la legislación internacional que sancionaba los crímenes de guerra, era previsible que los mismos fueran a ser tipificados como tales, según sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de mayo de 2010, en el caso de Vassili Kononov, un exmilitar soviético que fue condenado en el año 2004 por un tribunal de Letonia; sentencia que fue avalada por el Tribunal de Estrasburgo.

Hay que ser enfáticos en señalar que dicha flexibilidad al principio de legalidad es atendible exclusivamente a las cuatro categorías de los llamados delitos internacionales, vale decir a los crímenes de genocidio, agresión, de lesa humanidad y contra el derecho internacional humanitario.

La Sala recientemente se ocupó del asunto reconociendo calidad de fuente de derecho penal a los tratados internacionales suscritos por nuestro Estado con indiferencia de ley interna que los concrete y viabilice; y por tal razón, 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 nacional²⁸.

Así, siendo que las conductas contra el llamado Derecho Internacional Humanitario contenidas en los cuatro convenios ginebrinos de 1949 y sus dos protocolos adicionales, tienen rango de Tratado Internacional de Derechos Humanos, son incorporadas automáticamente a la legislación interna desde que se surtieron en nuestro país todos los pasos para que tal calidad pudiera ser predicada de los mencionados acuerdos internacionales.

Desde dicho precedente, aunque referido al delito de genocidio, no importa que la ley que tipifica los crímenes contra el D.I.H. sólo tenga como límite temporal de su inicio el 25 de julio de 2001, ya que desde que los Tratados internacionales fueron suscritos y ratificados por nuestro país, se adquirió la obligación de su positivización y sanción:

“En este orden de ideas -conforme al Bloque de Constitucionalidad establecido mediante los artículos 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia, que otorga una prevalencia superior a los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, el ordenamiento jurídico interno de nuestro país debe adecuarse a los principios que, se ha predicado, son de carácter internacional y que orientan las políticas en materia de protección de derechos humanos y

²⁸ Auto de 13 de mayo de 2010, radicado 33118.

sanción por sus violaciones a través de las instituciones estatales establecidas para tal fin-, no puede desconocerse que hace varias décadas existen normas internacionales que han definido cuál debe ser la forma de proceder por parte del Estado Colombiano respecto de lo que se ha referido. En este entendido, no puede ser aceptable que por, la negligencia o dificultad legislativa en promulgar leyes internas que se hubiesen adecuado a dichos derroteros, se pretenda desconocer que a nivel internacional, previo a dicho trámite, ya se había proscrito la comisión del genocidio y se le había categorizado como un crimen atroz desconocedor de la humanidad, así como que su investigación puede hacerse en cualquier tiempo y, en razón de ello, no aplican reglas ni términos de prescripción respecto del ejercicio de la acción penal, civil o administrativa.

En síntesis, el Estado Colombiano tiene el deber de cumplir y hacer cumplir, mediante sus Instituciones, de investigar y juzgar las graves violaciones a Derechos Humanos, pues, es su obligación adquirida para con la humanidad mundial, definida mediante los Tratados y Convenios Internacionales que sobre la materia ha suscrito, en atención al principio pacta sunt servanda, así como en los Tratados que no ha suscrito pero que son vinculantes por referirse a Principios de Derecho Internacional, por su pertenencia a la Organización de las Naciones Unidas, por su aceptación de jurisdicción subsidiaria respecto de Organismos Judiciales Internacionales y que en su jurisprudencia le ha recordado y reiterado dichos deberes, como surge del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fechada el 11 de mayo de 2007, dentro del caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia...”

En síntesis, el Magistrado con Funciones de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla no actuó por fuera del ordenamiento jurídico al haber revisado la tipicidad de los hechos jurídicamente relevantes formulados en la imputación para efectos de imponer medida de aseguramiento, como lo consideró el Fiscal apelante; pero erró en las consideraciones por medio de las cuales calificó inaplicable la legislación que sanciona los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario a las conductas desplegadas por BANQUEZ MARTÍNEZ antes del 25 de julio de 2001, esto es, de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000.

9.2.AUTO 33118 DE 2011, SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Se reitera en esta providencia, lo señalado anteriormente, por lo que su importancia radica en el siguiente planteamiento hecho:

Si bien es cierto, esta categoría fue incluida en la Constitución Política de 1991, la misma no fue denominada así sino hasta que la Corte Constitucional Colombiana le dio dicho calificativo a partir de 1995 con ocasión de la sistematización de las normas constitucionales que permitían dicha categorización.

Frente a lo anterior la Corte Constitucional expuso, en la sentencia No. C-225 de 1995, que “los tratados internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario previstos en los artículos 93 y 214 forman con el resto del texto constitucional un bloque de constitucionalidad, compuesto por normas formalmente constitucionales –el texto constitucional-, y normas materialmente constitucionales –aquellas que sin aparecer en el texto constitucional se consideran reglas y principios de valor constitucional-”.

Lo anterior se traduce en que, aunque la misma Carta Política establece que es “norma de normas”, los tratados y convenciones de derecho internacional relacionados con derechos humanos y derecho internacional humanitario tienen un carácter prevalente que obliga a armonizar el contenido de la Constitución con lo que en ellos se ha dispuesto y, en ese sentido, crear un bloque interpretativo que les permita su aplicación en el derecho interno como reglas y principios de valor constitucional.

A más de lo anterior, no se puede desconocer que esta forma de interpretación constitucional ha permitido que al interior del derecho colombiano y, en gran medida, respecto del derecho penal, se hagan avances con la finalidad de cumplir con las necesidades y estándares del derecho internacional en materia de justicia y que se enmarcan dentro del dinamismo que se ha establecido conforme al fenómeno de la globalización, de tal manera que no se atente contra las disposiciones internas ni contra las de carácter internacional. Por lo anterior, no puede desconocerse tal y como lo indica la doctrina que “antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1991, las normas internacionales de derechos humanos no tenían ninguna aplicación práctica en nuestro país. Con contadas excepciones, los jueces colombianos no conocían ni aplicaban esas normas, como lo mostró una investigación empírica de un grupo de jueces y de la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana”²⁹, situación que se presentaba aún cuando había tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico interno, toda vez que sus correspondientes leyes aprobatorias ya habían sido promulgadas y entrado en vigencia, sin embargo, dicha falencia es la que ahora se pretende resaltar y así evitar la inaplicabilidad de aquellas normas internacionales

²⁹ UPRIMNY YEPES, Rodrigo, Bloque de constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal, en: Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá D.C., 2004, pág. 67.

vinculantes y cuyo análisis y aplicación al caso concreto se hacen estrictamente necesarias.

En desarrollo de lo anterior se estructuró el artículo 2° del Código de Procedimiento Penal, a través del cual se orienta el caso bajo examen (Ley 600 de 2000), en lo relacionado con la integración que debe existir entre las normas de procedimiento penal, la Constitución y los Tratados y Convenios Internacionales vinculantes para el Estado Colombiano, por lo que no puede omitirse la aplicación de los dispositivos que ya han sido referidos respecto de los crímenes de lesa humanidad y del crimen de Genocidio, así como tampoco la de los que más adelante se expondrán.

También, vale la pena recordar que la Corte Constitucional determinó que “no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo al ordenamiento interno nacional”³⁰, por lo que se considera de especial importancia analizar la congruencia que debe existir entre el ordenamiento internacional y el interno y no, circunscribir una serie de conductas a lo dispuesto tardíamente en el derecho nacional y aspirar a que no se pueda dar aplicación sistemática y complementaria a las disposiciones internacionales, máxime cuando se han presentado atentados graves contra la dignidad de la humanidad como así sucede en los casos de crímenes de Lesa Humanidad.

Para abundar aún más en argumentos que llevan a la Sala al respeto absoluto por la especial imperatividad de las normas humanitarias válidas en todo tiempo, además de la incorporación automática a la que ya se ha referido la Sala en este auto, ésta deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que los instrumentos internacionales recogen, como lo ha sostenido la Corte Constitucional en la sentencia de la revisión constitucional del Protocolo II de Ginebra, en la que señala: “Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado”³¹.

No puede entonces desconocerse el mandato, al que no puede oponerse la temporalidad, porque las normas de derecho internacional humanitario preservan aquel núcleo intangible y evidente de los derechos humanos, que se reitera, no

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Constitucionalidad No. 225 de 1995.

³¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995.

puede ser desconocido y menos, excusarse ante la comunidad internacional, ni ante el ordenamiento jurídico colombiano, “la comisión de conductas que vulneran claramente la conciencia misma de la humanidad, como los homicidios arbitrarios, las torturas, los tratos crueles, las tomas de rehenes, las desapariciones forzadas, los juicios sin garantías o la imposición de penas expost facto”³².

A renglón seguido y luego de determinar que son delitos de lesa humanidad, determinó:

La “injusticia extrema”, como así lo ha considerado la doctrina, “hace que la norma pierda el carácter jurídico o la validez jurídica, por lo que no es suficiente con lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos propia de los delitos “normales” para afirmar esa extrema injusticia, siendo necesario que se produzca una contradicción insoportable entre la norma y el núcleo esencial de los derechos humanos cuya vulneración representa una injusticia extrema”³³.

El anterior criterio ha sido expuesto reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia en desarrollo de lo recomendado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal y como se ha expuesto en su jurisprudencia, en donde ha indicado que:

“Sobre el tópico, cabe destacar que lo que debe definirse, antes que la legislación procesal vigente para el momento de los acontecimientos, es, como en efecto indica el delegado del Ministerio Público, el marco constitucional en que ocurrieron los mismos y se impulsó la cuestionada investigación, que no es otro diferente al que actualmente nos rige.

Es así como el inciso 1° del artículo 93 de la Constitución Política de 1991 señala que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

En este orden de ideas, resulta válido afirmar que la Constitución, directamente, confiere plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios debidamente ratificados por Colombia.

³² Ibidem.

³³ CABANA FARALDO, Patricia. Responsabilidad Penal del Dirigente en estructuras Jerárquicas. La autoría mediata con aparatos organizados de poder. Tirant Lo Blanch. Nro. 302. Valencia. 2004, pág. 219.

Y es a partir de esa preceptiva que se ha fundamentado el concepto de bloque de constitucionalidad, referente a las normas constitucionales que no están consagradas directamente en la Carta, pero que regulan principios y valores a los cuales remite esta.

Así las cosas, las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales que han sido aprobados y ratificados por Colombia, en este caso la normatividad contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estaban vigentes para el 21 de marzo de 1998, fecha en la que ocurrió la muerte violenta de la menor Leydi Dayán Sánchez Tamayo.

(...)

Es, por todo lo anterior, admisible la causal invocada en este evento, con fundamento en el numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, a pesar de que para la fecha de los hechos, y, en general, para la época en que la justicia penal militar rituló el trámite que culminó con sentencia absolutoria, no había entrado en vigencia en el ordenamiento interno colombiano la norma en cuestión, en tanto, se reitera, independientemente de la legislación interna regulatoria de la materia, ya para ese momento, en el ámbito de los tratados vigentes suscritos por Colombia y, en consecuencia, con fuerza obligacional que dimana del bloque de constitucionalidad, era menester adelantar una adecuada y suficiente investigación que tutelase los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

El soporte de la misma, se reitera, lo constituye el marco constitucional en rigor por ese entonces, que no es otro que los convenios y tratados internacionales aprobados y ratificados por Colombia.

(...)

Por ello, con independencia de que haya existido o no causal de revisión al tiempo de los hechos, lo cierto es que Colombia ya había asumido los anteriores compromisos internacionales y en ningún caso podría anteponer normas de derecho interno para deshonrarlos.³⁴ (Subrayas fuera de texto).

En consecuencia y, en perfecta ilación con lo que viene de estudiarse, el problema planteado trasciende la frontera del derecho interno y se enmarca dentro de los derroteros que, en materia de Derechos Humanos, ha fijado la Comunidad Internacional y que han sido asumidos por el Estado Colombiano, razón por la

³⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de Revisión del 1 de noviembre de 2007, radicado No. 26.077- Este criterio fue idénticamente reiterado por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de Revisión del 6 de marzo de 2008, radicado No. 24.841; Sentencia de Revisión del 6 de marzo de 2008, radicado No. 26703; Sentencia de Revisión del 16 de diciembre de 2008, radicado No. 28.476; Sentencia de Revisión del 19 de agosto de 2009, radicado No. 26.657, M.P.; Sentencia de Revisión del 24 de febrero de 2010, radicado No. 31.195.

cual, no pueden aducirse normas de carácter interno con la finalidad de impedir la aplicación que, por vía del Bloque de Constitucionalidad, tiene que darse de los Tratados y Convenios Internacionales que al tiempo de los hechos tenían una vigencia ya bastante prolongada, la cual aún continúa y sigue siendo aceptada por Colombia.

En este orden de ideas, es dado reflexionar que se trata de un Principio de Legalidad Universal, esto es, supranacional, más no un incumplimiento de dicho Principio, también fundamental en el marco de las investigaciones penales. Corolario de lo que se acaba de exponer, no cabe duda que la inexistencia de una norma de carácter interno nunca podrá ser antepuesta a lo regulado internacionalmente por vía de Tratados o Convenios debidamente ratificados por Colombia en el marco de sus compromisos con la Comunidad Internacional, máxime en materia de protección de Derechos Humanos, en razón a su condición de inherentes a todo ser humano, por el sólo hecho de serlo.

Queda así claramente establecido que la categorización como Genocidio en el marco de los crímenes de Lesa Humanidad de aquellas conductas graves atentatorias de los Derechos Humanos resulta perfectamente aplicable sin violentar el principio de legalidad, siempre y cuando se cumplan los parámetros de legalidad universal y por estar descritas como tales en el marco de las disposiciones adoptadas por la Comunidad Internacional y que hacen parte de los compromisos adquiridos por el Estado Colombiano. Por eso resulta de vital importancia determinar la procedencia de la misma en aquellos asuntos específicos que no fueron definidos por la comunidad internacional como Genocidio, como es el caso de los grupos políticos, pero que por materializarse todos los elementos estructurales básicos de la figura general referenciada por dicha Comunidad, permite darle aplicación en la mencionada categoría, toda vez que sí se enmarcan dentro del género (Lesas Humanidad), pues, con claridad se definió que un ataque generalizado y sistemático contra un grupo político, sí constituye un crimen de Lesa Humanidad.

9.3. AUTO 36828 DE 2011, SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Los hechos que dieron origen a la providencia mencionada, se sintetizan de la siguiente manera. En el año 1999 y con el propósito de finalizar la presencia que tenían en el Departamento del Valle del Cauca los grupos guerrilleros, incursionó en el sector, concretamente, en jurisdicción del municipio de Bugalagrande, el Bloque Calima de las denominadas Autodefensas Unidas de Colombia, comandado por HebertVeloza García, alias “HH” y Elkin Casarrubia Posada,

apodado “El Cura”; sin embargo, sus integrantes muy pronto se dedicaron a la consumación de los delitos de homicidio y desplazamiento forzado, entre otros, que ejecutaron en contra de las personas señaladas de auxiliar o colaborar con el VI Frente de las autoproclamadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia.

De este exterminio selectivo fueron víctimas algunos de los miembros del Sindicato de Trabajadores Oficiales del Municipio de Bugalagrande, Sintramunicipio, pues fueron incorporados a una lista de “objetivos militares” elaborada por la comandancia del grupo al margen de la ley antes referido y que respecto de algunos de ellos alcanzó incluso ese ilícito cometido.

En efecto, el 31 de enero de 2000 fue abatido Jesús Orlando Crespo Cárdenas. Posteriormente, el 29 de junio siguiente, integrantes de las Autodefensas interceptaron y dieron muerte a Roberth Cañarte Montealegre, miembro de la Comisión de Reclamaciones de la asociación sindical. Finalmente, en cuanto interesa reseñar, Fredy Ocoro Otero (sic), Fiscal de Sintramunicipio, fue víctima de intimidaciones, seguimientos y amenazas de muerte por razón de las cuales el 26 de julio del mismo año fue favorecido con medidas cautelares dispuestas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; acoso que al proseguir a pesar del esquema de seguridad al que accedió por vía de tutela, lo determinó a solicitar y obtener asilo político del gobierno de Francia, país en el que se radicó junto con su núcleo familiar en el año 2002.” A la actuación fue vinculado RAMIRO RENGIFO RODRÍGUEZ, para la época de los sucesos operario de maquinaria pesada de propiedad del municipio de Buga, pues se le atribuyó no sólo la vinculación con el grupo organizado al margen de la ley, sino también que brindaba al grupo de autodefensa informaciones sobre los trabajadores sindicalizados”.

Las consideraciones, de la Sala en este caso fueron del siguiente tenor:

Así mismo, es conveniente recabar que tratándose de los crímenes que integran el concepto de lesa humanidad, el principio de legalidad se debe reforzar cuando quiera que el comportamiento delictivo haya sido cometido en vigencia del Decreto-Ley 100 de 1980, de tal suerte que el ejercicio de adecuación típica se debe hacer al amparo de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos reconocidos por Colombia, conforme al bloque de constitucionalidad o cláusula de prevalencia e integración descrita en el artículo 93 Superior. Es así como la Corte tuvo la oportunidad de precisar que:

“(…) si bien es cierto, en cumplimiento del principio de legalidad se exige que para que una persona pueda ser juzgada por la comisión de un delito, éste, previamente debe encontrarse reglado en una norma en dicho sentido,

no lo es menos que la normativa interna debe ajustarse a lo definido en los Tratados Internacionales y, en ese sentido, armonizarse con los mismos y con la Constitución; razón por la cual, es aceptable que se pueda predicar la aplicación del contenido de dichos instrumentos como fuente de derecho, en atención a la mora del legislador en acoplar las leyes a lo allí definido. Por esto, sería posible aplicar el contenido de un Tratado Internacional reconocido por Colombia respecto de algún delito allí prohibido y sancionado, aún sin existir ley interna previa en dicho sentido, sin atentar contra el principio de legalidad.³⁵ (Subrayas no originales).

En el mismo sentido, reiteró que “so pretexto de la omisión legislativa interna, no es dable abstenerse de castigar los delitos internacionales³⁶, en una doctrina construida a partir de casos en que era notoria la incidencia que tenían los perpetradores en los legisladores, quienes ya por intimidación, connivencia o simple indiferencia, se abstendían de incorporar a la legislación nacional la tipificación de tales conductas”³⁷

Siendo ello así, es claro para la Sala que el fundamento del reparo carece de toda idoneidad porque los ponderados razonamientos de los juzgadores en el sentido que para la época en que se desplegó la conducta delictiva era punible se ofrecen acoplados al ordenamiento legal vigente y a la jurisprudencia de la Corte.

Puede decirse que esta jurisprudencia hilada con las anteriores, constituye una sólida posición al interior de la Corte Suprema de Justicia, puesto que se han hecho excepciones a la aplicación exegética de los principios de legalidad y tipicidad que operan en materia penal.

La Corporación lo ha visto, como la forma de hacer justicia y para ellos la razón fundamental, en el caso de delitos de lesa humanidad, es que los mismos no pueden quedar impunes, aunque, al momento de su comisión, no estuvieran tipificados en el Código Penal.

Para la Corte Suprema, esta situación no vulnera el principio de legalidad, porque se trata de hechos reprochados internacionalmente, cuya represión hace parte del bloque de constitucionalidad.

³⁵ Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 13 de mayo de 2010, radicación 33.118.

³⁶ Se debe entender por tales, los crímenes de genocidio, agresión, de lesa humanidad y contra el derecho internacional humanitario.

³⁷ Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 16 de diciembre de 2010, radicación 33.039.

En concepto propio, es una situación compleja la que presentan los autos mencionados, por un lado la búsqueda de la reparación integral, que conlleva a desaparecer la impunidad, es procedente siempre y cuando se observen las garantías y derechos fundamentales señalados en la Constitución. No es querer exegético, pero aún la doctrina es sólida en afirmar que no hay delito sin norma que así lo disponga, esa situación es característica y sólida de la teoría de la conducta punible.

El panorama descrito, conlleva a que en materia de conductas punibles, las interpretaciones adicionales y sobrevivientes, aunque se hagan a través de mecanismos internacionales tienen aplicación en el derecho interno y se traducen en que, puede una persona ser juzgado por un hecho que posteriormente puede convertirse en delito, siempre y cuando el mismo, constituya por su magnitud, un delito de lesa humanidad.

La teoría expuesta en los autos mencionados y citados *in extensu*, conlleva a replantear la concepción de los delitos y los principios que lo rigen, especialmente los que se citaron en el capítulo I del presente escrito, pues la regla general en cuanto a la legalidad y tipicidad, ha encontrado su excepción en las providencias traídas a colación.

10. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

10.1. PACTO SAN JOSÉ, COSTA RICA

10.1.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978, conforme al Artículo 74.2 de la Convención. Depositario: Secretaría General OEA (Instrumento original y ratificaciones). Texto: "Serie sobre Tratados", OEA, N° 36. Registro ONU: 27 de agosto de 1979, N° 17.955. La Argentina firmó el 2 de febrero de 1984 en la Secretaría General de la OEA ³⁸.

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 4 Derecho a la vida

Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

Artículo 5 Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

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.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

³⁸ <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/lesahumanidad/1968-Convencion-Imprescriptibilidad-lesahumanidad-guerra.htm>

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Artículo 25. Protección Judicial

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Parte II

MEDIOS DE LA PROTECCIÓN

Capítulo VI

DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES

Artículo 33

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en esta Convención:

- a. la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión
- b. la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

Artículo 74

1. Esta Convención queda abierta a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos.
2. La ratificación de esta Convención o la adhesión a la misma se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión.
3. El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de la entrada en vigor de la Convención.

10.1.2. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio

XIV Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Suscripta en Belén, Brasil el 9 de junio de 1994.

Ratificada por ley 24.556, B. O. del 18 de octubre de 1995.

Integra el artículo 75 inciso 22 por ley 24.820, de abril de 1997, B. O. del 29 de mayo de 1997 ³⁹.

Las Partes contratantes, considerando que la Asamblea General de las Naciones Unidas, por su resolución 96 (I) de 11 de diciembre de 1946, ha declarado que el genocidio es un delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena, reconociendo que en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad, convencidas de que para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional, convienen en lo siguiente:

Artículo 1

En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Artículo 4

Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.

Artículo 5

Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.

Artículo 6

Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

10.1.3. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad

Artículo 1

Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

³⁹ <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/lesahumanidad/1968-Convencion-Imprescriptibilidad-lesahumanidad-guerra.htm>

a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra⁴⁰;

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945 y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio aún si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

Artículo 2

Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración.

Artículo 3

Los Estados Partes en la presente Convención se obligan a adoptar todas las medidas internas que sean necesarias, legislativas o de cualquier otro orden, con el fin de hacer posible la extradición, de conformidad con el derecho internacional, de las personas a que se refiere el artículo II de la presente Convención.

Artículo 4

Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida.

⁴⁰<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/lesahumanidad/1968-Convencion-Imprescriptibilidad-lesahumanidad-guerra.htm>

10.1.4. Definición de la corte constitucional de los delitos de lesa humanidad y genocidio (jurisprudencia)

LA CORTE CONSTITUCIONAL EN SENTENCIA C-177 DE 2001 M. SUSTANCIADOR DR. FABIO MORON DIAZ SE DETERMINO EL DELITO DE GENOCIDIO DE LA SIGUIENTE MANERA:

El genocidio es considerado por la comunidad universal como un delito de Derecho Internacional, contrario al espíritu y a los fines que persigue las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena en su conjunto.

La palabra "genocidio" que denota el crimen internacional constituido por la conducta atroz de aniquilación sistemática y deliberada de un grupo humano con identidad propia mediante la desaparición de sus miembros, nace como reacción contra los intentos nazis por exterminar a ciertos grupos étnicos y religiosos, como los judíos o los gitanos.

Esas atrocidades llevaron al jurista Rafael Lemkin, en 1944, a inventar el neologismo "genocidio", uniendo la palabra griega "genos" (raza) y el sufijo latino "cide" (matar).

Y esa expresión, y los recuerdos del nazismo, orientaron la redacción de la "Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio" que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó mediante Resolución 260ª de 9 de diciembre de 1.948.

En efecto, así quedó consignado en los Considerandos del texto de la "Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio" aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas según Resolución 260ª de 9 de diciembre de 1.948, abierta a la firma y ratificación, o adhesión por la Asamblea General en la misma Resolución 260 A (III), que entró en vigor el 12 de enero de 1.951, de conformidad con el artículo XIII, en los cuales se lee:

La Asamblea General de las Naciones Unidas, por su Resolución 96 de 11 de diciembre de 1946, ha declarado que el genocidio es un delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas, y que el mundo civilizado condena."

A este respecto debe además mencionarse que este cuerpo normativo, está integrado, por una parte, por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual, a su turno, está conformado por el conjunto de normas internacionales de índole convencional cuyo objeto y fin es "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los Estados contratantes.

SENTENCIA C-578 DE 2002 M. SUSTANCIADOR Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

El reconocimiento de la prohibición del genocidio como norma de ius cogens lo hizo la Corte Internacional de Justicia⁴¹, en su Opinión Consultiva sobre las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio⁴², donde dijo:

“Los orígenes de la Convención muestran que la intención de las Naciones Unidas consistía en condenar y castigar el genocidio como “un crimen bajo Derecho internacional” que involucra una negación al derecho de existir de grupos enteros de seres humanos, una negación que conmociona la conciencia de la raza humana y genera grandes pérdidas para la humanidad, y que es contraria a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas (resolución 96(I) de la Asamblea General, Diciembre 11 de 1946). La primera consecuencia que surge de esta concepción es que los principios presentes en la Convención son principios que son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados al margen de cualquier vínculo convencional. Una segunda consecuencia es el carácter universal tanto de la condena al genocidio y de la cooperación requerida para “liberar a la raza humana de tan odioso escarmiento” (Preámbulo de la Convención).” (Subrayado agregado al texto) Junto al reconocimiento del genocidio como el crimen de crímenes contra la humanidad, los Estados acordaron la prohibición de otras conductas también consideradas como atroces, cuya sanción se lograría a través de jueces nacionales o de tribunales internacionales.

⁴¹ Ver Stephen M. Scwebel: The treatment of human rights and of aliens in the International Court of Justice, Fifty Years of the International Court of Justice. Cambridge University Press. 1996 p. 331.

⁴² CIJ Opinión consultiva del 28 de mayo de 1951 Asunto de las reservas a la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio. Rec. p. 15 y 23. Asunto de la aplicación de la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia-Herzegovina c/ Yugoslavia); de su reconocimiento como grave violación a los Convenios de Ginebra de 1949 y a los Convenios de la Haya de 1905; del hecho de haber sido la base del juzgamiento de criminales de guerra en el Tribunal de Nuremberg y actualmente en el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, (Caso Tadic). Ver también la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968. Al respecto ver las tesis que extienden la jurisdicción universal al genocidio en Schabas, William H. Genocide in International Law, Op. Cit, p. 345 y ss.

Una definición incipiente de crímenes de guerra se encuentra en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, que recogió algunas de las prohibiciones establecidas en los Convenios de la Haya de 1899 y 1907 y de Ginebra de 1925 y 1929, ya mencionadas. Ese conjunto de conductas consideradas como crímenes internacionales se fue ampliando posteriormente, y, así, en 1949, cuando se aprueban los Cuatro Convenios de Ginebra⁴³, se incluye en el artículo 3 común de dichos Convenios un listado de conductas realizadas durante un conflicto armado que se estiman atroces. A diferencia del llamado derecho de La Haya, relativo principalmente a los métodos de la guerra y al comportamiento de los combatientes, el llamado derecho de Ginebra se refiere principalmente a la protección de personas y bienes especialmente valiosos para la comunidad. Ese listado fue ampliado posteriormente por los Protocolos I y II de 1977, adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, y su aplicación era posible tanto en conflictos armados de carácter internacional como interno, y luego, recogido por los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda.

Sentencia C-578/02 Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

El concepto de crímenes de lesa humanidad, cobija un conjunto de conductas atroces cometidas de manera masiva o sistemática, cuyo origen es principalmente consuetudinario, y que han sido proscritas por el derecho internacional desde hace varios siglos. Aun cuando en un principio se exigía su conexidad con crímenes de guerra o contra la paz, esta condición ha ido desapareciendo.

El primer intento moderno para imputar responsabilidad penal individual tiene lugar durante la Primera Guerra Mundial. A pesar de que en 1919, durante la Conferencia de Paz, las Potencias Aliadas encontraron que hechos como la masacre de armenios por parte de los turcos y otros de similar gravedad eran “violatorios de las leyes y costumbres de guerra y de las leyes elementales de humanidad”, el Tratado de Versalles no ordenó la realización juicios de responsabilidad penal contra sus autores, por considerar que el concepto de leyes de humanidad señalaba un asunto de carácter moral respecto del cual no existía un estándar fijo que permitiera su juzgamiento por una corte.

La noción moderna de crímenes contra la humanidad nace en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y está contenida en su artículo 6 que incluye las siguientes conductas: “asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano cometido contra una población civil, antes o durante el curso de una

⁴³ El contenido de los cuatro convenios es el siguiente: Convenio I, para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el Convenio II, para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el Convenio III, regula el trato de los prisioneros de guerra, y el Cuarto Convenio, sobre protección de personas civiles en tiempo de guerra. Para 1997, 188 estados ya eran parte de los Cuatro Convenios de Ginebra.

guerra, así como persecuciones sobre bases políticas, raciales o religiosas, ejecutados en conexión con cualquier otro crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal, haya existido o no violación del derecho interno del Estado donde fueron perpetrados⁴⁴. Aun cuando la mayor parte de las violaciones imputadas a criminales nazis fueron crímenes de guerra cuyo origen estaba en el derecho de la Haya, la consagración de esta nueva categoría de crímenes contra la humanidad era necesaria para poder extender la responsabilidad penal de altos oficiales nazis por actos cometidos contra la población civil.

A partir de la contextualización constitucional de los delitos de genocidio y lesa humanidad teniendo en cuenta que son delitos tipificados en convenios internacionales los cuales Colombia ha ratificado y explícitamente así como artículos mencionados de los mismos convenios reafirman la protección de los derechos humanos en ellos citados, el compromiso de los países por hacer efectiva esta legislación y respectiva sanción de ser cometido y violado algún derecho protegido; surge el interrogante en el problema aquí planteado acerca del juzgamiento de aquellos delitos cometidos décadas anteriores regidas por normas penales que no contemplaban los delitos de lesa humanidad y genocidio para aquella época.

Teniendo en cuenta los tratados internacionales ratificados y la retroactividad de la ley penal se genera un cuestionamiento acerca de la validez de la ley contemporánea para aquellos delitos:

1. ¿La nueva ley debería aplicarse a situaciones jurídicas creadas bajo el amparo de una legislación anterior?
2. ¿La nueva ley deberá prescindir del pasado, desconociendo los tratados ratificados de validez legal de la época en la que se cometieron los delitos?
3. ¿La nueva ley debe conocer de delitos y situaciones existentes bajo el amparo de la legislación vigente de la época?

Según la teoría de los derechos adquiridos se considera que una ley es retroactiva cuando destruye o restringe intereses adquiridos al amparo de una ley anterior. En cambio la ley no obra retroactivamente cuando destruye una facultad legal o las simples esperanzas o expectativas de derechos. La anterior tesis de Merlin señala García Maynes⁴⁵ concentra su proceso en tres conceptos claves para su desarrollo:

⁴⁴ Artículo 6 (c) Estatuto del Tribunal de Nuremberg, traducción libre.

⁴⁵ García Maynes. Eduardo. Introducción al estudio del derecho. México. Porrúa. 1985

- El derecho adquirido: entendido como aquellos que son parte de nuestro dominio, son parte de él e imprescindibles.
- Las facultades: son las que otorga la ley.
- Las expectativas: esperanzas de adquirir un derecho que nacerá como resultado de determinaciones jurídicas.

La ley penal colombiana en su artículo sexto detalla el principio de favorabilidad para el imputado y rige así mismo para aquellos que ya ostenten sentencia condenatoria. Pero esta aplicación favorable de la ley para las autoridades y el sentenciado o inculpado, presupone la existencia de dos leyes que regirían el problema en desarrollo; pero ciertamente la legislación colombiana, jurisprudencia y doctrina penal, afirman en una norma preestablecida que prevalece la norma más favorable para el imputado.

Articulado constitucional:

Artículo 2

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Este artículo determina la protección y cumplimiento de los derechos de las personas por parte de las autoridades que le impone el deber positivo de garantizar la creación de orden político, económico y social justo; donde la figura del legislador desarrolla el programa constitucional. La constitución en su generalidad debe estar diseñada para proporcionar un ordenamiento justo.

Artículo 5

El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

La organización política en nuestro país está determinada en la primacía del respeto de la persona humana, eso es el reconocimiento de la personalidad y sus

respectivos atributos, constituida como titular de unos bienes jurídicos esenciales, los derechos fundamentales, cuya vulneración quebranta la justicia.

Artículo 6º

Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En nuestro país las prohibiciones legislativas solo han de recaer en conductas que por su claro efecto lesivos de los presupuestos de la convivencia deban valorarse en justicia como social dañosa. Así mismo se consagra el principio de responsabilidad conforme al cual todos los gobernantes están sujetos al cumplimiento de las normas preexistentes.

Artículo 121

Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

La redacción de la constitución es precisa determinando las funciones que corresponden a cada poder nacional, identificando las funciones, deberes y obligaciones correspondientes a cada uno de ellos

Artículo 122

No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerados se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración solo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servicio público. Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas.

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a

una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

Artículo 209

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

Artículo 229

Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

Toda persona tiene el derecho de acceder a la amparo de la justicia y determina los casos específicos en los que no es necesario un apoderado judicial como alguna de las acciones constitucionales.

Artículo 230

Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

El artículo 230 constitucional, en relación con el sistema de fuentes colombiano, establece que las autoridades judiciales, están sometidas al “imperio de la ley”, respecto de cuyo concepto la jurisprudencia constitucional ha esclarecido que a partir de una interpretación armónica con la integridad de la Constitución, incluye igualmente el precedente judicial que determina el contenido y alcance normativo de la ley.

11. CONCLUSIONES

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 proceso:

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. El precepto en cita indica que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.

Afirma la Claudia Patricia Orduz Barreto que ⁴⁶el principio de legalidad en la ley penal colombiana acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Por disposición constitucional se entiende que es requisito sine qua non que el acto que se impute debe constituir un hecho típico, es decir que en la ley penal se debe indicar o describir de manera completa los elementos estructurales del tipo, luego no hay delito si la ley no lo ha contemplado previamente como tal, describiendo y atribuyendo al autor una pena (nullum crimen sine lege – nulla poena sine lege). Al respecto se ha dicho:

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 Constitución”.

“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 esta última característica, su aplicación sea para favorecer y no para desfavorecer al sindicado o condenado.

Es comprensible entonces, asegurar que el principio de legalidad es requisito indefectible, forzoso y obligatorio del debido proceso, pues toda conducta punible debe ser descrita por el legislador de manera previa, clara y precisa.

Teniendo en cuenta lo anterior, el código penal colombiano en su libro primero, parte general, título i determina:

Artículo 1 Legalidad. Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se

⁴⁶ Claudia Patricia Orduz Barreto. * Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Penal y Criminología. Maestría en Derecho Penal, Universidad Libre. Docente Universidad Libre y Universidad Autónoma de Colombia. Ex juez penal del Circuito de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. Ex juez penal del Circuito ley 600 de 2000 y ex juez penal del Circuito de Conocimiento ley 906 de 2004. Actual Secretaria Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Colombia.

cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

Artículo 2. Hecho Punible. Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable.

Artículo 3 Tipicidad. La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca.

Artículo 6 Favorabilidad. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para los que estén condenados.

Artículo 8 Igualdad ante la ley. La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella.

Es precisamente en materia penal la discusión que radica en cuanto a la aplicación de la ley más favorable donde por ley general, esta debe aplicarse a todos los casos que se presenten desde que entra en vigor hasta cuando pierde su vigencia. El problema es cuando una ley entra en vigor sin otra perder vigencia, presentándose así problemas relativos a las situaciones jurídicas relacionadas con la antigua ley. Para el caso concreto de la legislación colombiana en materia penal una de las garantías está cifrada en el principio de favorabilidad, como excepción al principio de irretroactividad de la ley, el cual surge cuando una nueva ley sustancial o procesal de efectos sustanciales que regula de manera más benigna la intervención penal, debiéndose aplicar en consecuencia la que favorable e íntegramente regula el tema. No obstante es preciso aclarar que en Colombia como anteriormente se explico la ley está sujeta al tiempo aplicándose la ultra actividad, irretroactividad y retroactividad.

En derecho comparado con referencia a término Jose David Saavedra (México)⁴⁷ hace referencia a la retroactividad entendiendo esta como un acto que obra sobre tiempo pasado, por lo tanto, una ley será retroactiva cuando obre sobre el pasado, rigiendo situaciones existentes con anterioridad a su vigencia.

Para Moto Salazar 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 mas beneficiosa al inculpado. A partir de esta afirmación radica la discusión frente al problema planteado:

⁴⁷ JOSE DAVID GARCIA SAAVEDRA. ANUARIO JURIDICO. NUEVA SERIE. 1994

La vulneración del principio de legalidad por cuenta de sentencias proferidas por la corte suprema de justicia las cuales dispone que pueden ser juzgadas conductas punibles consideradas de lesa humanidad que hayan sido cometidas antes de la entrada en vigencia de la ley que creaba estos tipos penales (desaparición forzada y desplazamiento forzado entre otros, indicando que la fuente jurídica para el juzgamiento no son las leyes internas, ni el código penal, si no, el bloque de constitucionalidad.,.

De acuerdo con esto el bloque constitucional de convenios internacionales tipifica en la legislación a tratar los delitos de lesa humanidad y genocidio como leyes validas a todos los países que ratifiquen las presentes normatividades con especial cumplimiento.

Determina el Derecho Internacional de los Derechos Humanos hacen parte, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito el 21 de diciembre de 1966, aprobado por Ley 74 de 1968 y ratificado el 29 de octubre de 1969; la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, aprobada por Ley 16 de 1972, y ratificada el 31 de julio de 1973; la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, suscrita el 10 de abril de 1985, aprobada por la Ley 70 de 1986, y ratificada el 8 de diciembre de 1987; la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, aprobada el 28 de octubre de 1997 por Ley 408, pendiente de ratificación; la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948, la cual entró en vigor el 12 de enero de 1951 y fué aprobada por el Estado Colombiano mediante la Ley 28 de 1959.

Es igualmente pertinente citar al respecto la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de noviembre de 1.968, la Convención sobre Prevención y Represión del Terrorismo que tuvo lugar en Washington en febrero de 1.971, la Resolución adoptada al respecto por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1.972 y la Resolución 3074 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de diciembre de 1.973, sobre los Principios de Cooperación Internacional de la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, entre otros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. De los Delitos y de las Penas. Editorial Temis, cuarta edición, Bogotá 1998.

Claudia Patricia Orduz Barreto. Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Penal y Criminología. Maestría en Derecho Penal, Universidad Libre. Docente

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Portal www.cidh.org

Convención Americana de Derechos Humanos. (1969)

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad

Corte Suprema de Justicia, (2010). auto No. 33039

Corte Suprema de Justicia, (2011). Auto No.33118

Corte Suprema de Justicia, (2012). Auto No. 36828

HOBBS, Thomas. El Leviatán. Editorial Alianza, 2009,

JOSE DAVID GARCIA SAAVEDRA. ANUARIO JURIDICO. NUEVA SERIE. 1994

MONTESQUIEU. El Espíritu de las Leyes. Editorial Porrúa S.A., México, 1992

Opinión Consultiva, OC-16/99 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de octubre de 1999).

Organización de Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos del Hombre.

PACTO SAN JOSÉ, COSTA RICA

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966)

República de Colombia (1991). Constitución Política.

República de Colombia (2000). Rama legislativa. Bogotá: ley 599

República de Colombia (2004). Rama legislativa. Bogotá: ley 906

ROUSSEAU, Juan Jacobo. El Contrato Social. , Editorial Porrúa S.A., México, 1989

SENTENCIA C-177 DE 2001 M. SUSTANCIADOR DR. FABIO MORON DIAZ se determina el delito de genocidio.

SENTENCIA C-578 DE 2002 M. SUSTANCIADOR Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Sentencia C-578/02 Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA