

**DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LOS CRÍMENES
INTERNACIONALES EN COLOMBIA**

CARLOS MARIO SÁNCHEZ RESTREPO

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y REALIDAD
BOGOTÁ D.C.
MARZO 2015**

**DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LOS CRÍMENES
INTERNACIONALES EN COLOMBIA**

CARLOS MARIO SÁNCHEZ RESTREPO

Trabajo de grado para optar al título de Maestría en Derecho Penal

Tutor

Dr. ALEJANDRO GÓMEZ JARAMILLO

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y REALIDAD
BOGOTÁ D.C.
MARZO 2015**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	6
1. Aspectos de la relación entre derecho interno y derecho internacional.....	22
1.1. Teoría monista y teoría dualista.....	24
1.2. Implementación de tratados internacionales en Colombia.....	30
1.3 El derecho internacional de los derechos humanos y su relación con el sistema penal colombiano.....	33
1.4. Derecho Internacional Penal (DIP) y Derecho Penal Internacional (DPI).....	37
1.5. El Estatuto de Roma en la normativa colombiana (ER).....	43
Conclusiones del Capítulo.....	46
2. Descripción de la Categorización de los Crímenes Internacionales en Colombia.....	47
2.1.1 Precisiones previas y marco conceptual del estudio.....	48
2.1.1.1 Aproximaciones al objeto de conocimiento.....	50
2.2 Del control de legalidad en decisiones judiciales y la imputación de responsabilidad penal con base en la normativa internacional.....	53
2.2.1 De la imputación de los crímenes internacionales con base en la omisión legislativa del Estado.....	61
2.3 Análisis del alcance interpretativo de los tipos penales internos con fundamento en los crímenes internacionales: <i>Les a Humanidad</i> y <i>Genocidio</i>	63
2.3.1 Configuración del <i>contexto</i> en los crímenes de lesa humanidad y ¿el genocidio? Con base en las decisiones judiciales nacionales.....	64
2.3.1.1 Breves precisiones previas acerca del contexto en el marco del ER.....	64
2.3.1.2 Criterio interpretativo del contexto de los crímenes internacionales en las decisiones judiciales.....	67
2.3.1.3 Configuración del contexto de los crímenes de lesa humanidad en el sistema internacional de derecho penal.....	71

2.4 Los delitos del sistema penal colombiano que pueden ser constitutivos de crímenes de lesa humanidad.....	74
2.4.1 El concierto para delinquir como crimen internacional.....	76
2.4.1.2 El problema del tipo penal de concierto para delinquir en el derecho penal.....	78
2.4.2 El especial problema del tipo penal de <i>genocidio</i> como crimen internacional.....	79
2.4.2.1 Ejemplo español de la inadecuada interpretación del crimen de genocidio.....	79
2.4.2.2 El genocidio en Colombia como crimen de lesa humanidad.....	81
2.5 El problema “clásico” de la determinación de la pena a imponer.....	84
2.6 La <i>categorización</i> de los tipos penales con arreglo al derecho penal internacional.....	85
2.6.1 Precisiones del fundamento de la imputación subjetiva de los crímenes internacionales y su relación con los tipos penales.....	85
2.6.2 Del fenómeno de la <i>categorización</i> de los crímenes internacionales.....	89
2.7 Problemas de la <i>categorización</i> en el marco de una política criminal correctamente formulada.....	92
Conclusiones del capítulo.....	94
3. Del Análisis de los Argumentos y de sus Principales Problemas.....	95
3.1 Precisiones previas al análisis.....	95
3.2 Decisiones de la Corte IDH y su relación con la interpretación judicial de los crímenes internacionales.....	97
3.2.1 Evolución de la protección procesal de <i>graves violaciones de derechos humanos</i> en el sistema judicial penal colombiano: La introducción del criterio de imprescriptibilidad de la acción penal para los “crímenes internacionales”.....	97
3.2.1.1 De los cuatro momentos.....	97
3.3 La imprescriptibilidad de la acción penal en Colombia como principio del derecho internacional y como norma de <i>ius cogens</i>	103
3.4 De los límites del funcionamiento normativo del derecho internacional, de cara a la imprescriptibilidad de la acción penal.....	106
3.5 Del funcionamiento del ER como fundamento de la aplicación del criterio de imprescriptibilidad.....	110
3.6 Otros fundamentos constitucionales para la aplicación de la <i>imprescriptibilidad</i>	112

3.7 De la aplicación de la <i>imprescriptibilidad</i> como norma de <i>ius cogens</i>	114
3.7.1 Distinción entre principios del derecho internacional y las normas de <i>ius cogens</i>	116
3.7.2 Los principios del Derecho Internacional Penal.....	118
3.8 Las normas de <i>ius cogens</i>	121
3.8.1 Concepto de <i>ius cogens</i> para la jurisdicción colombiana.....	125
3.8.1.2 Especial situación del artículo 15 del PIDCP.....	126
3.9 Problemas genéticos del concepto de <i>derecho aplicable</i> en el discurso de los derechos humanos.....	127
3.10 Análisis comparativo, decisión de la Corte IDH Almonacid Arellano y otros c. Chile (2006) y las decisiones colombianas.....	129
3.11 Los problemas para considerar la <i>imprescriptibilidad</i> como norma de <i>ius cogens</i>	131
3.11.1 Principal problema de la aplicación del criterio de <i>imprescriptibilidad</i>	135
3.12 Fundamentos propios del derecho penal del enemigo en el discurso de los derechos humanos.....	137
Precisiones finales.....	140
3.13 De las normas de Derecho Internacional Penal como normas de <i>ius cogens</i>	141
Conclusiones del Capítulo.....	146
Conclusiones Finales.....	147
BIBLIOGRAFÍA.....	151

INTRODUCCIÓN

En tanto herramienta, el derecho se estructura con el fin de proteger ciertos valores e intereses que corresponden a la conciencia pública (*public mind*) de una sociedad, la cual se puede forjar a partir de las meras costumbres de la convivencia, de la religión o de una filosofía determinada. Asimismo, debe convertirse en el medio que permita relaciones equilibradas entre los intereses individuales y colectivos, desde teorías y valores que permitan el encuentro armónico de ambos (Allot, 1999, p. 32).

En el caso del derecho en general se puede decir que primero ocurren las prácticas que dan lugar a la conciencia pública -prácticas tanto públicas como privadas- a partir de las cuales se forjan las instituciones; luego surgen teorías que explican y justifican el contenido de esas instituciones y con dichas teorías surge el derecho (Allot, 1999, p. 33). De la misma manera ocurre con el sistema de derecho internacional, que se da primero en el marco de las relaciones entre naciones soberanas (Estados) y posteriormente con los *demás sujetos del derecho internacional* (Kalliopi, 2009, p. 74). A partir de las experiencias y dinámicas propias de la interacción entre estos surge el ideal de una *sociedad mundial* (Günter, H., 2004, p. 5).

El principal propósito de este ideal es fijar el contenido de los intereses comunes de las naciones, contenido que debe ser el fundamento de la estructura de unas instituciones que rijan a la humanidad en su conjunto. Partiendo de este concepto, es posible hacer una división entre los orígenes del derecho internacional, tanto de su documentación como de su institucionalización y sistematización. Al examinar estos aspectos pretendemos asumir en el presente trabajo el derecho internacional como un campo de estudio que, si bien comparte aspectos básicos con el derecho en

general, bien puede y debe ser estudiado de manera independiente, pues ha tenido sus propios desarrollos y su propia evolución.

En relación con sus orígenes, es necesario precisar que la mayoría de los estudios académicos realizados en la materia se centran en el estudio de las sociedades occidentales europeas. No obstante, sucesos históricos e ideas filosóficas nos pueden dar pie para realizar análisis diacrónicos que permitan identificar prácticas y conceptos muy similares a los que fueron acogidos posteriormente por la comunidad internacional.

Dentro de esos sucesos históricos podemos mencionar los códigos de *Manu* (Sinha, 2005), o la distinción entre los momentos procesales *ius in bello* y *ius ad bello* de los romanos; asimismo, lo que podría ser denominado prácticas de *derecho internacional privado* (Mesa, 2007, p. 33) en las antiguas polis griegas, en el siglo III a.C. Incluso podemos evocar el concepto de *jurisdicción universal* que se originó hace varios siglos para luchar en contra de la piratería (Arajärvi, 9, p. 2011). Sucesos como estos nos dan pistas acerca del germen del derecho internacional. No obstante, como ya mencionamos, el proyecto de organización global en torno a una concepción jurídica nació mucho después de esos fenómenos, por ello es importante abarcar algunos aspectos adicionales sobre los principios de este proyecto de modo que su origen nos dé también pistas para tratar de hacerlo cada vez más real y efectivo.

En los siglos XVII y XVIII, autores escolásticos como Francisco de Vitoria y Hugo Grotius, afirmaron la necesidad de crear una *comunidad internacional* (Pérez, A. 2012, p. 45), situación que coincide con la proliferación de los Estados-nación en Europa. Asimismo, diversas situaciones convulsas del mundo occidental en ese periodo afianzaron dicha necesidad; como principal hecho puede mencionarse el fin de la Guerra de los Treinta Años, que trajo consigo los tratados de Wesfalia. En principio, estos acuerdos no fueron estrictamente jurídicos, pero sí

constituyeron un punto de partida para la formación de un sistema jurídico secular en las relaciones internacionales entre los Estados.

La paz acordada por medio de los mencionados tratados le permitió a los Estados participantes ejercer prácticas de deliberación en asambleas internacionales y resolver sus problemas por medio de dichos acuerdos. En términos generales, los tratados con los que se concluyó la Guerra de los Treinta Años fueron la piedra de toque tanto para el desarrollo del derecho internacional público, como para la introducción de presupuestos racionales del derecho moderno. En esa medida puede decirse que fueron un cimiento importante para la moderna sociedad internacional integrada por múltiples Estados soberanos, en los cuales empezó a prevalecer un equilibrio jurídico en tanto que cada Estado se reconocía a sí mismo y a los demás en los aspectos jurídicos y religiosos. (Straumann, 2007, p. 174).

No obstante, no sería sino hasta la Convención para la Pacífica Resolución de Disputas Internacionales de 1899 que se estableció el proyecto de crear un organismo internacional dedicado a dirimir pacíficamente las controversias que se suscitaran entre Estados. Con esto se creó el que ahora es el más antiguo organismo de resolución de estos conflictos, la Corte Permanente de Arbitraje, que tiene el propósito de mediar entre las así llamadas *naciones civilizadas* (Convention for the Pacific Resolution of Conflicts , 1899, p. 3).

Posteriormente en 1919, se firmó el Tratado de Versalles, y paralelamente se suscribió la Convención de la Liga de las Naciones, la cual otorgó por primera vez funciones jurisdiccionales a un tribunal internacional para resolver las controversias y los problemas que se suscitarían entre los 13 Estados contratantes. Esta convención sería la que se constituiría más adelante en la Corte Permanente Internacional de Justicia.

De ese modo el Tratado de Versalles se constituye como la primera referencia de la aplicación del derecho internacional penal, pues fue en donde por primera vez se estipuló la

persecución penal a individuos no solo en contextos nacionales sino también en el contexto internacional (Tratado de Versalles, art. 226 a 230). El primer perseguido por esta jurisdicción fue el Kaiser Guillermo II de Alemania al que una comisión conformada tras la firma del Tratado enjuició por el crimen de agresión contra de Bélgica, Luxemburgo y Francia, al desconocer la mediación previa del Tribunal Internacional para la declaración de guerra.

Ahora bien, su persecución penal fracasó. La condena contra el Kaiser no se hizo efectiva al encontrar asilo en los países bajos, y a la par de lo sucedido en los juicios de Leipzig¹, se comprobaba lo ineficaz de las acciones penales cuando las conductas enjuiciadas habían sido realizadas por razones de Estado, según decían en su defensa los enjuiciados. Este fue el motivo que llevó en 1945 a que se creara el Tribunal Militar de Núremberg y consecuentemente de él nacería el primer instrumento del Derecho Internacional Penal, los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg, Aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1950).

Lo que nos interesa subrayar es que este Tribunal se conformó como un instrumento para juzgar a los responsables de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes en contra de la humanidad que se da paralelamente con los juzgamientos del Tribunal Penal Militar para el Lejano Oriente. La importancia de esto reside en que por primera vez los individuos entran a ser sujetos del derecho internacional, lo cual rompe con las concepciones clásicas en el que las relaciones internacionales solo podían darse entre Estados.

Asimismo, en 1945 se constituiría la Carta de Naciones Unidas la cual otorga al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas facultades para tomar las medidas que fueran necesarias

¹ Con respecto a este tema es interesante mirar el segundo capítulo del libro, en el que se avalúa las enseñanzas de los juicios de Leipzig, ocurridos después de la Primera Guerra Mundial. En estos juicios hizo falta más que los instrumentos adecuados para lograr acuerdos fuertes, como una verdadera voluntad de paz de *los aliados para hacer cumplir los puntos fundamentales del tratado de paz* (Matthäus, 2008, p.19).

para mantener la paz y la seguridad, entre otras medidas, se arrogó la facultad para crear tribunales penales internacionales; así, mediante la Resolución 808 (1993) se crea el Tribunal Criminal Internacional para Yugoslavia. Siendo esta la forma en la que actuaría el sistema penal internacional para juzgar este tipo de comportamientos hasta la creación del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En todo caso, la determinación de responsabilidad penal de cara a la categoría *crímenes internacionales* no solo ha operado bajo la jurisdicción de los Tribunales Penales Internacionales creados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o en el ámbito de funcionamiento de la Corte Penal Internacional (CPI); esta categoría ha sido manejada por muchos Estados, desde el caso de *Adolf Eichmann* en Israel, el caso *Klaus Barbie* y el caso *Touvier* en Francia, el caso *Sharon* juzgado por Bélgica, *Pinochet* juzgado por España, entre otros que se mencionarán más adelante, son la muestra del funcionamiento de esta normativa del internacional en las jurisdicciones internas.

Este esbozo que puede parecer en principio pacífico, desde luego suscitó amplias discusiones en el marco del derecho penal no solo en aquellos Estados de cohorte continental, sino también los de cohorte consuetudinaria, pues en ambos modelos funcionan principios tales como dignidad, favorabilidad, legalidad entre otros que se arraigan en el discurso liberal en el derecho penal y que hoy se encuentran integrados en la herramienta jurídica por excelencia en el sistema penal internacional, esto es, el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Ahora bien, tampoco se puede desconocer que muchos tratados internacionales no solo de naturaleza penal sino de diversa índole suscitaban tensiones entre países. Esto trajo consigo la necesidad de crear órganos permanentes que ejercieran jurisdicción internacional de acuerdo a la especialidad de la materia y un derecho especial que regulara la función normativa de esos órganos para resolver las controversias en punto de la interpretación y alcance del contenido.

Así, luego de 15 años de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas nacería la Convención de Viena de 1969 que es hasta nuestros días, la herramienta jurídica por excelencia para interpretación de tratados internacionales, independientemente de su naturaleza privada o pública.

El aspecto más relevante de esta convención es que, al igual que lo sucedió en Westfalia con el contenido secularizador de los acuerdos, las relaciones internacionales de manera general se ven mediadas por concepciones liberales que permiten consolidar de manera funcional el derecho internacional y a su vez las relaciones de la llamada *sociedad internacional*.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos de los distintos mecanismos y órganos internacionales para luchar en contra de la comisión de los crímenes internacionales, en verdad todavía se cuestiona su eficacia frente a la gran cantidad de casos que se presentan mundialmente. Lo que nos lleva a la necesidad de replantear los parámetros para su persecución y enjuiciamiento. Se calcula que aproximadamente 50 millones de personas habrían sido asesinadas con ocasión de un conflicto armado desde la creación de Naciones Unidas hasta el año de 1997 (Sofaer, 2008, p. 547).

Luego de este brevísimo recuento histórico del sistema de Derecho Internacional Penal, que más adelante se retomará, es menester precisar que el presente estudio pretende indagar la posible existencia de problemas de carácter jurídico que en la actualidad se están asomando en torno a la determinación de responsabilidad penal en el ámbito interno, con base en las instituciones del Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Internacional Penal que legitiman un trato diferencial frente a las reglas contenidas en el sistema penal colombiano.

Una de las tantas implicaciones que han representado la dinámica del funcionamiento de los sistemas de derecho internacional a nivel interno, resulta en la modificación de la aplicación de normas sustanciales y procesales; lo que en punto del juzgamiento penal se ha traducido en la

declaración de imprescriptibilidad de la acción penal, para investigar conductas cometidas en vigencia del Código Penal de 1980. Esto llevó a hacer una pregunta necesaria ¿Se derivan problemas jurídicos de la aplicación que se está haciendo actualmente de la regla de imprescriptibilidad de la acción penal, para casos sucedidos antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991?

Lo que resulta de bulto notorio, es el claro rompimiento que existe con la aplicación de las reglas contenidas en el orden interno en materia penal, se dota de contenido situaciones procesales no previstas por el legislador colombiano e incluso hace extensivos estos criterios para casos que tienen ocurrencia con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema jurídico que “permite” este tipo de situaciones, so pretexto de tratarse de comportamientos que se compadecen con lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha denominado *graves violaciones de los derechos humanos*.

Esto implica que hoy, la lucha que se ha emprendido para erradicar este tipo de criminalidad y evitar la *impunidad* por la falta de juzgamiento, presupone el quebrantamiento directo no solo de la ley aplicable para el momento en que se cometen las conductas o la imposibilidad de aplicar las normas de un sistema constitucional que aparece posteriormente, sino también el sometimiento de los límites infranqueables del derecho liberal, que tiene su reflejo más vivo en la forma de *Estado de Derecho*, al que también está sometido nuestro modelo constitucional, incluido el actual.

El estudio de la tesina se centrará en el análisis de los argumentos que se encuentran principalmente expuestos en los pronunciamientos hechos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en adelante CSJ; se selecciona este órgano por tres razones principales, porque se trata de la instancia de “cierre” en lo penal, por ser el legítimo interprete del contenido del derecho penal interno, el cual ha creado reglas y parámetros de interpretación

vinculantes ante las demás autoridades judiciales penales y por ser el abanderado en proponer los criterios que se desarrollarán a partir del año 2008, cuando se discutían en sede de este cuerpo colegiado la situación jurídica de miembros de grupos armados que se sometieron al régimen de justicia de la Ley 975 de 2005.

Para pasar posteriormente, a la aplicación de los criterios sentados para casos que no hacen parte del ámbito de aplicación de la Ley de Justicia y Paz, es decir, situaciones que se juzgan por la ley penal común, como si se tratara de un « [...] *efecto metástasis* [...]» (Pastor, D., 2009, p. 201) por la aplicación dada a los criterios emanados directamente del derecho internacional desde los discursos antes mencionados.

En este sentido, el estudio que se pretende desarrollar deberá determinar los criterios que se están utilizando para valorar cuándo la entidad del comportamiento o comportamientos reprochados se hace acreedora de la aplicación de la regla de *imprescriptibilidad*, que en adelante deberá entenderse como imprescriptibilidad de la acción penal.

El trabajo tendrá como límite temporal decisiones tomadas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la CSJ del año 2010 hasta el año 2012, que es según lo investigado, el momento en que se toma una decisión definitiva en los procesos penales que cumplen con los siguientes criterios: 1. Que los hechos investigados tengan ocurrencia antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, 2. Que le fuera aplicable al caso las reglas contenidas en el Decreto 100 de 1980.

Delimitado el terreno de estudio, es preciso hacer claridad que la tesina no tiene por objeto determinar cuál es la adecuación típica desde el código penal colombiano o desde los crímenes internacionales de las conductas puntuales que son el motivo de discusión en los procesos; lo que se pretende es establecer la descripción y marco de aplicación de aquellas

conductas que se hacen acreedoras de la aplicación de la regla de imprescriptibilidad de la acción penal.

Ciertamente, se podrían dar discusiones en torno a la adecuación que deberían tener las conductas desde ambas normativas, no obstante, esto rebasaría los ámbitos de explicación y las discusiones que se pretenden poner de presente para determinar cuándo se constituye un crimen internacional en Colombia. Ciertamente se podrían dar discusiones en torno a la adecuación que deberían tener las conductas desde ambas normativas, no obstante, esto rebasaría los ámbitos de explicación y las discusiones que se pretenden poner de presente para determinar cuándo se constituye un crimen internacional en Colombia.

Podría contradecirse la adecuación que hace la CSJ en torno a lo que es un crimen de lesa humanidad, porque de acuerdo a los estamentos de derecho penal internacional éste debe tipificarse como un crimen de guerra de acuerdo al literal c) del artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998) al tratarse de un *conflicto armado que no sea de índole internacional*; pero verdaderamente las disertaciones y reflexiones resultarían inacabables, por tres factores, el primero es que el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que resulta fundamental para el estudio en tanto que es un instrumento de reciente creación, implica que el tema no se ha abordado en la práctica judicial y al tener únicamente una sentencia definitiva proferida por la Corte Penal Internacional, no sería elemento suficiente para recoger los aspectos tratados en el Estatuto de Roma pese a su extensión, por lo que el tema tendrá que abordarse directamente desde la doctrina y el contenido de los instrumentos internacionales; adicionalmente, se trata de conductas que pueden transformar su contenido y adecuarse a situaciones nuevas que tengan la vocación para vulnerar los intereses jurídicos de la comunidad internacional, es decir que son normas *mutatis mutandis* (Pastor. D, 2009, p. 173) lo que produce situaciones como necesaria aceptación de la concepción de un principio de legalidad fundamentado en la visión del sistema

del *common law*, lo que marca diferencias definitivas frente al funcionamiento que se da al principio de legalidad en nuestro sistema de derecho penal continental, contenedor entre otros del principio *lex stricta*, esto no nos permite plantear *bases fijas o constantes* (Gascón, M., 2010, p. 22) frente al análisis del contenido de los crímenes internacionales o de sus límites en atención al marco de legalidad², sino también por que podríamos incurrir en discusiones baldías respecto del contenido y alcance de los elementos típicos de las conductas penales internas.

Cabe anotar, que pese a que esta normativa puede mutar en su contenido, esto no significa que no exista una construcción hecha sobre los conceptos básicos de lo que componen dichas conductas, que serán de las cuales partirá el estudio; así mismo, respecto de un eventual estudio propiamente dogmático, para analizar cuándo se configura un crimen internacional, resulta ser inadecuada no solo porque el modelo jurídico penal de cohorte *continental* valora la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, mientras para el Derecho Internacional Penal que se fundamenta en la visión del derecho penal del *common law*, y cuestiona la conducta desde el *mens rea* y el *actus reus*³, sino por el alcance conceptual que tienen dichos elementos dentro del lenguaje que se utiliza el sistema para encontrar responsable penalmente a un individuo.

Adicionalmente, existen consecuencias propias dentro del sistema penal internacional que impide por ejemplo encuadrar un posible error de prohibición en el reproche de culpabilidad o cualquier situación que quiera examinar la *voluntad antijurídica* (Gracia, M., 2013, p. 417) del autor, pues se trata de conductas que por su naturaleza se consideran en su contenido como mínimas prohibiciones deducibles para cualquier persona⁴.

2 Al respecto ver página 35

3 Al respecto ver página 82 y s.s.

4 Al respecto ver página 58

Por esto el trabajo se centrará en aquellos alcances interpretativos de los tipos penales y su encuadernación en los crímenes internacionales para hacer aplicación del criterio de *imprescriptibilidad*, dados propiamente por el máximo órgano judicial en lo penal, y hacer los respectivos contrastes con las nociones del tema que existen a nivel internacional.

Así las cosas, al rastrearse lo que causó la aplicación del criterio de *imprescriptibilidad*, resultó que los crímenes de guerra previstos en el Título II del Código Penal (2000), no entraron en discusión en las decisiones que forjaron la inaplicación de las reglas de prescripción nacionales; pudiéndose formular varias hipótesis sobre el porqué de la no utilización del artículo 135 del Código Penal (2000) y subsiguientes para incluir conductas que se imputan como delito de *desaparición forzada*, pero rebasaría el campo de estudio que se pretende abarcar, pues como se dijo solo se verán aquellas decisiones en las que se aplica propiamente la regla de *imprescriptibilidad*, que tengan ocurrencia con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y la aplicación del Código Penal Colombiano de 1980, por esta razón se abarcará lo referente al estudio de los *Crímenes de Genocidio* y los *Crímenes de Lesa Humanidad*, que son los utilizados para reinterpretar los alcances de los tipos, de estadios procesales y de otras normas sustanciales nacionales del orden interno.

Planteado de esta manera el problema a resolver resulta preciso abarcar no solo lo referente a los límites que debe tener la aplicación del poder punitivo del Estado para reprochar acciones en el marco de una política criminal correctamente formulada⁵, sino también de los alcances dados a las conductas del código penal para su *re categorización*, como se le ha denominado al fenómeno jurídico. Lo que nos lleva necesariamente a otra pregunta ¿Se derivan problemas jurídicos de la interpretación que la CSJ está haciendo de aquello que se constituye según el sistema de derecho penal del derecho internacional como un *crimen internacional*?

5 Al respecto ver página 38

Antes de continuar, es preciso puntualizar que se entenderán como *crímenes internacionales*, aquellos contenidos en el artículo 5 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y que se diferencian de otros crímenes y delitos perseguidos también por el derecho internacional⁶; la escogencia de este instrumento internacional se fundamentó en dos criterios, el primero es que se constituye actualmente como el parámetro internacional por excelencia para interpretar el contenido de las conductas penales perseguidas por la jurisdicción internacional, la segunda es por considerarse actualmente como un parámetro para la interpretación de aquello que constituye un *crimen en contra de la humanidad* en Colombia, como se hace evidente con la entrada en vigor del artículo 15 de la Ley 1719 de 2014.

Para dar sentido y contextualizar el recorrido que ha tenido la temática se presentarán una selección de decisiones que se han proferido desde el año 2008, hasta llegar a aquellos pronunciamientos en los que se hace propiamente uso de la regla de *imprescriptibilidad* en casos concretos; se verá igualmente, que estos mismos argumentos que dan cabida no solo desde el Derecho Internacional Penal, sino que directamente tienen asidero en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual a través de su análisis sobre el alcance de los derechos de las víctimas y en punto de perpetración de actos que se constituyen como *graves violaciones de los derechos humanos*, erige claros estándares de carácter inderogables para los Estados que hacen parte de la Convención y que a su vez hacen visible la aplicación del *control de convencionalidad en sentido sustantivo* (Quinche, M., 2014, p. 50), lo cual obliga desde el año 2006 a los jueces nacionales de los Estados parte, a aplicar en sus decisiones los mencionados criterios.

Ahora bien, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos desde el año de 1988, ha entendido que el Estado se encuentra obligado a: 1. Impedir la vulneración de derechos humanos;

⁶ Ver artículo 5 del ER

2. Investigar seriamente esas vulneraciones; 3. Identificar a los responsables; 4. Imponer las sanciones penales adecuadas y 5. Asegurar a la víctima una indemnización adecuada; este último criterio utilizado también por otros órganos internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Werle, G., 2005, p. 131), dando pasos a partir de la responsabilidad contenciosa de los Estados para requerir que se investigue penalmente a los responsables de vulneraciones de derechos *convencionales* e incluso requiriendo que se rehagan los procesos penales sin que pueda operar la prescripción, como ocurrió en el año 2000, cuando Bolivia se allanó, a los hechos investigados por el *fusilamiento* del hijo de la señora *Oroza*, (Corte Interamericana Caso Oroza Vs. Bolivia, 2000, párr. 37), pero solo aproximadamente 10 años después se acogen los estándares propuestos en decisiones tomadas por los judiciales colombianos.

Se expondrá también, por qué desde lo previsto por el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 y de ahí su contenido secularizador, no podría darse aplicación de la imprescriptibilidad de la acción penal en el Estado colombiano, por los límites impuestos por el derecho internacional general para el funcionamiento de la normativa contenida en los tratados internacionales, de cara al marco legal de los Estados contratantes.

Por otra parte, se verá en qué punto se conjuga el discurso de los derechos humanos para dar aplicación a las normas del derecho internacional penal, lo que permitirá exponer *genéticamente* los motivos políticos que obligaron a crear dentro del discurso, el nicho perfecto para irradiar a otros sistemas de protección como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención interamericana de Derechos Humanos, Convención Europea de Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales, siendo la normativa necesaria para hacer funcionar los criterios fundados por el Derecho Internacional Penal, para ampliar la

persecución criminal internacional en otras conductas, que en principio estaban concebidas solo para el juzgamiento de criminales de guerra.

Esto nos permitirá encontrar una falacia tangible en la aplicación del sistema de derechos humanos que proviene directamente de la Declaración Universal de los Derechos del Humanos; en este sentido, se explicará por qué de la aplicación del numeral 2 del artículo 11 se anula directamente la universalidad que debe pretender dicho discurso, así como de su aplicación se puede desprender un rompimiento con el principio *pro persona* e incluso anular el *principio de dignidad humana* (Quinche, M., 2014, p. 60).

Finalmente, se abordará el tema de las normas de *ius cogens*, que según como se verá es uno de los argumentos centrales para hacer aplicación del *principio de imprescriptibilidad de la acción penal* (Corte Suprema de Justicia 33118, 2010,57) (Corte Suprema de Justicia proceso 44312, 2015, 49); esto permitirá definir si en verdad las conductas catalogadas como crímenes internacionales pueden ser, como se ha sostenido, normas de inderogable contenido y que no admiten consenso en contrario, especialmente en punto de su persecución y si la aplicación del llamado *principio de imprescriptibilidad* se encuentra dentro de esos parámetros.

Pero antes de afrontar propiamente el análisis de las providencias, se abordará en el primer capítulo lo referente a los alcances del funcionamiento de los dos discursos sobre los que se erigirá esta tesina, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal, en la esfera nacional.

Para ello se empezará por mostrar los dos modelos teóricos existentes que explican la integración de la normativa internacional en los Estados, lo cual nos permitirá tener una perspectiva del modelo al que nos circunscribimos y la dificultad que existe para explicar el fenómeno estudiado.

Luego se contextualizará al caso concreto colombiano mostrando el trámite legal que tienen dichos instrumentos en la órbita interna, lo que nos ayudará a definir el tipo de modelo que manejamos y las dificultades en su encuadernación, dada la dinámica judicial que se presenta actualmente.

Se explicará desde la perspectiva del profesor Robert Alexy, cuáles son las órbitas del funcionamiento que tiene el discurso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el marco del Estado Social de Derecho, por ser esta nuestra forma de Estado; luego se mencionarán los principales compromisos internacionales que tiene el Estado en materia de derechos humanos, puntualizando aquellos estándares internacionales que ha construido la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la decisión de casos y como ello afecta directamente el sistema penal interno.

Por último, se precisarán las distinciones que existen entre el Derecho Internacional Penal y el Derecho Penal Internacional, lo que permitirá dilucidar si la regla de imprescriptibilidad de la acción penal, contenida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional o la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, es aplicable a los procesos penales en la jurisdicción interna o si estos instrumentos pueden constituirse *como parámetro básico de la sistematización y positivización de los delitos de lesa humanidad en el sistema penal colombiano* (Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, proceso 110010704003200800025, p. 450) (Corte Suprema de Justicia AP 32022, 2009, p. 210) (Corte Suprema de Justicia 44312, 2015, p. 26).

Así, comenzaremos diciendo que en Colombia no existe hasta la introducción de las modificaciones de los artículos 15 de la Ley 1719 de 2014, la categoría de *crímenes de lesa humanidad* como un conjunto de tipos penales o un tipo penal especial; así como tampoco se crea un bien jurídico que pretenda tutelar la vulneración de los *intereses* protegidos por la

comunidad internacional, pues el discurso que se construye tiene como fundamento la protección directa y mínima en materia penal de conductas que se constituyen como *graves vulneraciones de derechos humanos*, situaciones que serían cobijadas con el código penal del año 2000, en el que se crearon tipos que tenían consagración con base en los compromisos internacionales adquiridos tales como la *desaparición forzada*, *genocidio* o aquellas circunstancias especiales de vulneración de normas de DIH.

Sin embargo, los nuevos tipos penales del Código Penal (2000) resultaron insuficientes frente a la gran cantidad de conductas recogidas en el artículo 7º del Estatuto de la Corte Penal Internacional, razón por la cual resultó necesario encontrar otros tipos penales en los que se recogieran los presupuestos fácticos de *desvalor de acción* de la conductas, para que se pudiera constituir como un *crimen internacional*, lo que hace imputables las conductas a nivel nacional a pesar de haber operado la prescripción de la acción penal.

En cuanto a la utilidad del presente escrito, es necesario señalar que se parte de situaciones reales y verificables como son las sentencias de los jueces penales, lo que permite determinar una problemática frente al fenómeno jurídico que se está presentando en la actualidad, pero desde una perspectiva crítica en torno al derecho constitucional y penal, para plantear luego posibles soluciones a nivel interno, aun cuando de lo narrado se puedan desprender conclusiones generales, tales como que los crímenes internacionales y las *reglas* que el Derecho Internacional Penal han introducido para su aplicación; según las *reglas* sentadas por el derecho internacional general, no son normas de *ius cogens* o principios del discurso de los derechos humanos, los cuales se ven anulados con la aplicación e interpretación de la imprescriptibilidad de la acción penal.

Pretendemos entonces dar claridad sobre cuál debe ser la aplicación correcta a partir la normativa del Derecho Internacional General y especialmente en lo relacionado con el Derecho

Internacional Penal, el cual se ejerce actualmente por los tribunales internacionales penales y la Corte Penal Internacional.

Esto con el fin de tener claridad conceptual sobre los límites que debe tener la imputación de los crímenes internacionales en la jurisdicción colombiana, límites entre los cuales encontramos la prescripción de la acción penal, por ser la regla aplicable para el momento de cometer una conducta ilícita, cualquiera que sea su contenido.

Académicamente es un aporte valioso en la medida en que aborda la problemática no solo desde el derecho penal y el ámbito constitucional colombiano, sino que además deja clara la interpretación internacional que actualmente se utiliza para dotar de contenido los *crímenes internacionales* y de la aplicación de la regla de imprescriptibilidad de la acción penal; esto en teoría, permitiría tomar decisiones judiciales que se encuentren mayormente ajustadas a los parámetros de *racionalidad* (Borda, L., 2001, p. 48) para la producción de criterios encaminados a obtener como resultado postulados de *justicia material* que no quebranten la forma de *Estado de Derecho*, que tanta lucha a través de la historia ha costado consolidar.

1. Aspectos de la relación entre derecho interno y derecho internacional

Antes de entrar en materia es necesario hacer un breve examen sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados. Dicho examen es una de las motivaciones del presente estudio, específicamente en lo que concierne a la relación entre el derecho internacional y el sistema jurídico colombiano y la posibilidad de que ciertas normas internacionales sean aplicadas en la jurisdicción interna; en especial, en lo que se refiere a la aplicación por parte de los jueces colombianos de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

Para examinar la susodicha relación mencionaremos dos teorías que se ocupan del asunto. No obstante, hay que decir desde este punto que ninguna teoría, cualquiera que sea su naturaleza, resulta suficiente para explicar adecuadamente los fenómenos que se presentan en las prácticas y dinámicas de las relaciones jurídicas entre los Estados y las normas internacionales. Por esa razón, además de mostrar esas teorías y sus diferencias, examinaremos algunas críticas que se le han hecho. Esto con dos propósitos fundamentales, a saber: en primer lugar, mostrar cómo es la relación normativa entre derecho interno e internacional, y en segundo lugar, dejar claro que cualquiera que sea la teoría que se utilice para justificar la aplicación del derecho internacional siempre va a ser necesaria la autorización de una norma constitucional, razón por la cual nuestro estudio va a examinar también los supuestos constitucionales. En términos generales, el presente trabajo es un estudio bipartito que toma, por un lado, al derecho internacional como la instancia que dicta cuáles son los parámetros normativos internacionales y, por otro lado, se ocupa de lo que dice la Corte Constitucional –en tanto órgano legítimo de interpretación de la Constitución– acerca de cómo deben aplicarse esas normas internacionales en el Estado, específicamente en lo que concierne a los derechos humanos.

Hay que decir que la dinámica en la que operan tanto el sistema jurídico internacional como los sistemas jurídicos internos tienen algunos matices que no se pueden pasar por alto. En primer lugar, dentro de las formas en las que se da esa dinámica, puede considerarse el hecho de que existen órganos internacionales como la Corte Internacional de Justicia, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; estos organismos no tienen en cuenta la normativa de los Estados sino que actúan según los propósitos consignados en los tratados. Al hacer esta primera consideración no se está hablando propiamente de una relación entre Estados y organismos internacionales, por cuanto la actividad de esos organismos, en esas instancias mundiales, no

afecta las jurisdicciones internas. Sin embargo, cuando tales organismos intervienen en la autonomía del Estado para que diga, por ejemplo, cuál debe ser el alcance y el contenido de un derecho sí se puede hablar de una relación directa entre ambas formas de derecho.

En segundo lugar, y en este caso la relación se hace más notoria, un Estado podría obligarse a cumplir con determinadas normas internacionales o con todo lo que diga cierta normativa específica del derecho internacional por medio de diversos instrumentos (tratados, convenciones, etc.). Esto implica que dicho Estado también estaría dispuesto a modificar su normativa para que tal obligatoriedad se haga efectiva y en ese caso: tipificaría conductas, diseñaría oficinas de atención prioritaria a casos de derechos humanos, establecería mecanismos de fácil acceso para hacer efectivos ciertos derechos mínimos e irreductibles, etc.

En tercer lugar, debe pensarse en los mecanismos de cooperación internacional, que tienen que ver con el derecho internacional penal, dado que estos mecanismos se dan gracias a la suscripción de tratados por parte de los Estados los cuales están comprometidos así a cooperar, entre otras cosas, a la persecución de personas que cometan diferentes formas de crimen internacional, como el lavado de dinero o la trata de blancas. Por ejemplo con instituciones como la *International Criminal Police Organization* (INTERPOL).

Tales y quizás otros puedan ser aspectos determinantes en la dinámica de relación entre un derecho y otro. Sin embargo, por ahora nos limitaremos a mencionarlos en la medida en que esto nos sirve para caracterizar esa dinámica lo suficiente como para exponer las teorías y las críticas que han recibido.

1.1. Teoría monista y teoría dualista

A partir de estas dos teorías, se ha pretendido explicar el funcionamiento tanto del sistema internacional como de los sistemas internos de los Estados en un mismo contexto de prácticas y

dinámicas (Yokota, 2010).

La primera de estas teorías es la denominada *monista*, según la cual el derecho interno y el internacional forman parte de un mismo sistema jurídico. Esta teoría, basada en el principio de la unicidad de todos los ordenamientos jurídicos, se divide a su vez en dos modalidades, a saber: la de los que consideran que el derecho internacional está por encima de las instituciones jurídicas nacionales⁷ *monista internacionalista* y, por otra parte, la de los que sostienen que el derecho interno está por encima del derecho internacional en la medida en que éste se estructura como un *derecho estatal externo*. En este caso no habría lugar a distinciones sustanciales entre derecho internacional y el llamado sistema interno al cual se le denomina *monista nacionalista* (García, L., 1998, p. 12).

Por otro lado, la teoría dualista es aquella que marca una diferenciación entre las normas internacionales y los ordenamientos jurídicos de los Estados. Según esta teoría, el derecho interno es, en esencia, independiente del derecho, tanto en su origen como en su campo de aplicación. De ese modo, la integración de las normas internacionales en el ámbito interno de los Estados se encontraría supeditada a la adecuación que los sistemas jurídicos estatales determinados permitieran a partir de sus propias regulaciones, siendo la estructura jurídica de esos estados la que determina si hay o no contradicción en la adecuación de las normas internacionales.

Tanto a la teoría dualista como a la teoría monista se le han realizado críticas que, como ya dijimos, es pertinente traer a colación para luego explicar el fenómeno que se presenta en Colombia. Una de las críticas que se le formulan a la teoría monista es que, debido a que en ella no se realiza una distinción clara entre derecho internacional y derecho interno como dos

⁷ Esta primera modalidad ha sido suscrita por el conocido filósofo del derecho Hans Kelsen y algunos de sus discípulos (Vergara, 2002)

sistemas diferentes, no puede hablarse de una auténtica autoridad superestatal por encima de las autoridades nacionales, que establezca cuáles son claramente las disposiciones obligatorias del derecho internacional que deben cumplirse dentro de los países. De ese modo, corresponde a los jueces en los países, por ejemplo en Colombia, determinar según su criterio cómo aplicar esas disposiciones obligatorias internamente.

Más adelante esto resultará pertinente para el análisis que se realizará en la segunda parte del trabajo en tanto que la interpretación de los elementos que integran los crímenes internacionales se encuentra a merced de la interpretación de los jueces colombianos.

Es así que para aplicar normas internacionales en el ámbito interno, esos jueces solo están supeditados a hacer lo convenido internacionalmente. Esto imposibilitaría la aplicación de las normas en materia consuetudinaria, por ejemplo⁸. Según esto, la integración de las normas internacionales a los sistemas Estatales se encontraría supeditada a lo que dicten los parámetros constitucionales del país en el cual se quieran integrar y en consecuencia, terminarían siendo normas de carácter interno.

En el caso colombiano esto es lo que se llama “Bloque de Constitucionalidad”, es decir, aquellas normas y principios que no aparecen de manera formal y explícita en la Constitución, pero que a pesar de esto son utilizados como parámetros del control constitucional legal y tiene la misma jerarquía que las normas de la constitución.

La incongruencia que se señala en esta crítica es que, postulando que ambos derechos hacen parte de un único sistema, es absurdo tratar de validar la aplicación e integración de las

⁸ En este punto hay que decir que sí hay autoridades supraestatales como la Corte Penal Internacional (CPI), que es una autoridad competente en la aplicación de normas internacionales en contextos estatales particulares. Quizá lo que habría que mirar es si la integración de las disposiciones nacionales a las disposiciones internacionales, regidas y autorizadas por organismos como la CPI, debe ser obligatoria o no.

normas internacionales a los contextos nacionales - bien sea por medio de tratados, convenios u otras herramientas- a partir de normas constitucionales. Según esto, quizás el mayor problema de esta teoría es pasar por alto que el derecho interno es anterior al derecho internacional. Del interno se deriva el internacional y afirmar lo contrario sería desconocer *una verdad histórica* (Mansilla Llanos, 2007, p. 404). Además, hay que decir que el monismo pasa por alto los elementos formales del derecho positivo, pues resulta necesaria la aprobación del Estado ya sea para abrogar la normativa internacional, para modificarla o para formular reservas, si en los parámetros constitucionales no se encuentra la obligatoriedad necesaria para considerarla un acto jurídico válido. Sobre este aspecto volveremos más adelante cuando se trate el tema del Bloque de Constitucionalidad más a fondo.

En cuanto a la teoría dualista, también se presentan algunos argumentos en contra. Como esta teoría sí distingue entre derecho interno y derecho internacional, tanto en sus orígenes como en sus campos de aplicación, se le pide que no confunda la diversidad de las fuentes del derecho interno e internacional. Esto porque entonces también se podrían confundir el origen de la norma y sus factores de expresión, pues ambas se crean a partir de las dinámicas sociales, siendo su única diferencia su forma de expresión técnica.

Por ejemplo, cuando hablamos de derechos humanos, derecho internacional humanitario, derechos fundamentales o bienes jurídicos, podemos notar que en muchos casos concretos el objeto al que se refieren dichas expresiones es el mismo, a saber: vida, libertad, igualdad, debido proceso, etc.; no obstante, la forma técnica de expresión delimita su ámbito de funcionamiento dependiendo del auditorio al que se esté apelando. Es decir, el derecho del que se esté hablando no se interpreta unívocamente, sino de acuerdo como se exprese; de ese modo, si se habla de *derecho fundamental a la vida* la herramienta para interpretarlo es la Constitución Política; si, por

otro lado, se habla del *derecho humano a la vida* se interpretará como objeto de estudio desde la Declaración Universal de Derechos Humanos o en nuestro caso particular la Convención Interamericana de Derechos Humanos; en últimas la aplicabilidad de un derecho dependerá del sistema jurídico que le esté dando aplicación.

Como ejemplos de lo anterior se pueden mencionar los siguientes: en el caso de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos juzgara una violación del derecho humano a la vida sería para determinar la responsabilidad del Estado en el que ocurre y que hace parte de la Convención Americana de Derechos Humanos. Mientras que si es la Corte Constitucional la que juzgara una violación tal, lo que consideraría es el alcance del derecho fundamental a la vida en relación con su contenido y alcance Constitucional. Asimismo, si fuera la jurisdicción penal la que juzgara, lo haría para determinar la responsabilidad penal de un individuo con respecto a la vulneración del bien jurídico vida.

Ahora bien, la teoría dualista que se ocupa de desarrollar el derecho internacional también considera que debe ser el Estado el que integre las normas internacionales a su propia jurisdicción. Sin embargo, no aclara que debe hacerse una distinción entre el Estado o los nacionales de ese Estado como sujetos directos de las normas internacionales; es decir, no especifica si esas normas deben aplicarse al Estado o a los nacionales. Esta observación sería irrelevante si en todos los casos se aplicaran las normas internacionales en los Estados con el fin de ampliar los derechos y las libertades de los individuos. No obstante, es una crítica importante para los efectos del presente estudio por cuanto en muchos casos, como se verá, la aplicación de las normas ha contribuido más a la restricción de los derechos y de las libertades según lo cual los principios de la aplicabilidad de la normativa internacional en el contexto colombiano debe ser cuestionada.

Las problemáticas que comportan ambas teorías, que las hacen insuficientes para explicar de manera plena el funcionamiento conjunto del derecho interno y del derecho internacional, ya han tratado de zanjarse desde hace algún tiempo. Para 1969 ya se hacían evidentes las incompatibilidades y por ello en la Convención de Viena se fijaron principios que trataban de superarlos y que hoy siguen vigentes para los países que suscribieron los acuerdos de la Convención.

En lo que respecta a Colombia, en el artículo 9º de la Constitución (1991) están consignados los principios que establecen la disposición del país con respecto a lo explicitado en la Convención. Según dicho artículo, las relaciones internacionales del Estado colombiano se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe (Constitución Política Art. 9, 1991).

Esta norma de la constitución está relacionada con los principios del derecho internacional. Dichos principios son los del derecho imperativo internacional o *ius cogens*, aquel derecho no escrito pero que tiene autoridad absoluta debido a que es adoptado y reconocido por la comunidad de Estados. Asimismo, a lo largo de su historia Colombia ha incorporado en su estructura jurídica diversas reglas del derecho internacional general de las cuales vale la pena mencionar algunas para tener una idea somera de esas reglas. Por ejemplo, en 1821 se adoptan dos reglas, a saber: el *Pacta Sunt Servanda*, que declara el respeto a la obligatoriedad de los tratados y la de la no intervención en los asuntos internos de otros Estados; en 1822, el Senado proclama la no extradición de los refugiados por causa política; en 1854, se acepta el derecho de asilo diplomático, con el asilo de José Manuel Restrepo en la legación Inglesa en Bogotá; en

1942, se rechaza la invalidación del derecho a la nacionalidad con daño retroactivo internacional de terceros; en 1854, se crea el derecho de gentes de las naciones americanas, que fue expuesto por el canciller colombiano Cerbe León Pinzón (Cavalier, 2006).

1.2. Implementación de tratados internacionales en Colombia.

Para entender de qué manera se efectúan en Colombia los diversos tratados internacionales es necesario mirar el procedimiento contenido en la Constitución Política, al que se le ha denominado por la jurisprudencia y la doctrina *acto jurídico complejo* (Sentencia C-1121 de 2004) (Sentencia C-141 de 2010), se le denomina de ese modo, pues para que tenga validez es necesario que pase por las tres ramas del poder público. Dicho acto requiere de la participación del Presidente de la República, que suscribe los tratados o convenciones de derecho internacional (Constitución Política, art. 189, num 2) y el Senado de la República, que aprueba la integración del instrumento y luego promulga una ley en la que está contenida lo convenido (Constitución Política, art. 150, num. 16). Después de esto, se realiza un control posterior por parte de la Corte Constitucional (Constitución Política, art. 241, num. 10), que realiza un examen formal y sustancial del tratado a partir del cual determina la concordancia del tratado con los fundamentos normativos de la Constitución Política.

El acto no reforma propiamente la Constitución sino que hace efectiva la integración de los tratados convenidos y demás instrumentos internacionales. Cuando finalice el trámite se entiende que hace parte de la Constitución Política; la doctrina señala que a partir de entonces ya hace parte del Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto.

Existe sin embargo una distinción especial respecto de los tratados internacionales que contengan normas relativas al derecho internacional de los derechos humanos:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (Constitución Política, art. 93, 1991)

A partir de este inciso podemos observar dos aspectos. En primer lugar, que para el Estado colombiano *ciertos* derechos humanos no son limitables ni siquiera en estados de excepción; es decir, en un Estado de excepción el Estado colombiano no puede invocar la normativa nacional ni siquiera por razones de emergencia para limitar los estándares mínimos creados por el derecho internacional.

Respecto de esos estándares encontramos que son aquellas situaciones previstas en las normas del DIH o cualquier norma dispuesta en los tratados internacionales que proteja *graves violaciones de los derechos humanos* (Monzón, L., 2010, p. 91); pero además, es preciso que dicho tratado o instrumento se encuentre debidamente integrado al ordenamiento jurídico interno para tener validez normativa.

En segundo lugar, según el citado artículo, los derechos y deberes consagrados en la Constitución deben interpretarse en concordancia con los tratados internacionales de derechos humanos debidamente integrados, esto quiere decir que se constituyen como un parámetro de interpretación para definir el contenido y operatividad de los derechos constitucionales (Sentencia C-208 de 2007); en este sentido, los tratados internacionales en materia de derechos humanos o DIH se configuran como un *derecho de prestación* o de asistencia al ciudadano, que se ve garantizado en la medida en que se aplique el *principio de progresividad*, que supone al Estado el

deber de tomar aquellas medidas para dar una efectiva protección a esos derechos (Quinche, M., 1991, p. 32).

La Corte Constitucional desde el año de 1995 ha sostenido que los tratados internacionales ratificados por Colombia, en los que se haga explícita la protección de los derechos humanos, hacen parte del *Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto* (Sentencia C-225 de 1995); asimismo, que dichos tratados se constituyen como una *garantía reforzada de los derechos fundamentales* (Quiche, M., 1991, p. 91).

Hasta aquí, según lo dicho, podría decirse que no existe mayor dificultad para decir que la normativa internacional se integra a nuestro Estado según los supuestos de la teoría dualista. Esto, pues se tienen en cuenta los posibles conflictos que se pueden generar con la implementación de los tratados o convenios internacionales dentro del ordenamiento interno y por ello la Corte Constitucional ejerce un control posterior a la expedición de la respectiva ley nivel interno en el que indica y resuelve los eventuales problemas normativos del instrumentos con la carta política.

Sin embargo, hay que decir que la jurisprudencia colombiana ha aceptado que cuando se trata de la protección de los derechos fundamentales estos no solo se limitan al texto constitucional, sino también a otra clase de derechos como los innominados según el profesor Quinche (2011, p. 75), entre los que se cuenta el de «[...] *filiación real, el derecho al retorno, a comunicarse, a la verdad, a la justicia, a la no repetición, derecho al agua no por vía de conexidad, [...]*». Asimismo, la jurisprudencia colombiana en ocasiones ha extendido el alcance y contenido de esos derechos partiendo del desarrollo jurisprudencial de las cortes internacionales también en relación con la protección de los derechos humanos y desde el inciso antes citado del artículo 93 de la Constitución (1991).

A partir de este mandato, la Corte Constitucional ha admitido no solo que los tratados de derechos humanos sino la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos es relevante y ha de tenerse en cuenta al momento de interpretar derechos consagrados en la Constitución, sino que además esas interpretaciones deben ser tenidas en cuenta, cuando conformen un estándar de protección mayor al que consagra la Constitución o la jurisprudencia constitucional, entre otros ejemplos podemos encontrar las sentencias C-010 de 2000; C-04 de 2003 y T-453 de 2005. Es por esto el desarrollo jurisprudencial de órganos como la Corte Europea de Derechos Humanos, puede ser tenida en cuenta en la medida que en ella se da una mayor protección a los derechos que se consagran en la Constitución Política (1991) (Sentencia C-355 de 2006).

De ese modo, se ve que nuestro sistema normativo constitucional contraría la posición dualista en la que solo se obliga a cumplir lo estrictamente pactado en la normativa internacional. A pesar de que dicho sistema trate de integrarse al internacional de acuerdo con los procedimientos legales establecidos, esto termina siendo no del todo cierto en la medida en que, en la práctica, los tribunales nacionales actúan movidos por una lógica más monista internacionalista⁹; máxime en tanto que dicha práctica se rige por el discurso relativo a los derechos humanos o el DIH, que como se ve son motivo de ambigüedades aunque pretendan convertirse en ideas reguladoras del derecho tanto nacional como internacional. De ahí también que las teorías expuestas acerca de la integración del derecho internacional en los Estados y gracias a las cuales han girado los desarrollos del derecho internacional, resulten insuficientes para describir los fenómenos jurídicos que tienen lugar.

⁹ En lenguaje de la CIDH, sería un control de convencionalidad difuso, aplicando en sus decisiones un control de convencionalidad concreto, partiendo de la jurisprudencia que ha expedido este órgano en la interpretación de los derechos de la convención. (Bustillos Marín, *s.f.*).

1.3 El derecho internacional de los derechos humanos y su relación con el sistema penal colombiano

Pasamos ahora a examinar el papel de los Derechos Humanos dentro del sistema jurídico internacional, pues los derechos humanos son, ante todo, son una categoría general que le pertenece al Derecho Internacional Público. Dicha categoría nace con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y con ella se quisieron abarcar todos aquellos aspectos que debían considerarse para la protección y el cuidado de la dignidad humana, ya que para entonces ésta noción debía ser repensada a fondo por los sucesos desastrosos que habían tenido lugar en el mundo durante la primera década del siglo XX.

Para abordar esta categoría, partiremos de la posición asumida por el profesor Robert Alexy acerca de la estructura y el funcionamiento de los Derechos Humanos. Alexy (2010) no desconoce que el problema de la fundamentación de los Derechos Humanos es el tema más delicado a tratar con respecto a estos. Sin embargo, es un tema que por sí mismo da para extensos estudios. Por esto, aun cuando se tenga que remitir a otros desarrollos para la fundamentación, debe decirse al menos qué derechos están presupuestos aquí como derechos frente a otros, esto es, éticamente fundamentales.

En ese orden de ideas, tales derechos son los siguientes: en primer lugar, están los *derechos de defensa de la tradición liberal*, que son derechos negativos¹⁰ y protegen bienes de derechos humanos como la vida y la libertad. En segundo lugar, están los *derechos de protección*, los cuales obligan al Estado a proteger al individuo ante injerencias de otros. En tercer lugar, están los *derechos políticos*, que permiten a los miembros de una comunidad jurídica tomar parte en el proceso de formación de la voluntad política. En cuarto lugar están los *derechos sociales*,

¹⁰ Es decir, son derechos a la abstención de otros.

que protegen el mínimo de subsistencia; En quinto lugar, se encuentran los *derechos procesales*, que garantizan el cumplimiento de todos los anteriores derechos (Alexy, R., 2000).

Tabla 1. Organización de los Derechos según la forma del Estado en el que tengan lugar

FORMA DEL ESTADO	TÍTULAR DEL DERECHO	DESTINATARIO	OBJETO Y PROPÓSITO
Liberal	Individuo	Estado	Deber de abstención
Social	Individuo	Estado	Acción positiva / Asistencia Derecho de prestación
Social y de derecho	Estado / Sociedad	Neutral Relación diádica (<i>ius in rem</i>)	Promoción y desarrollo de derechos humanos

Nota: Construcción propia del autor

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, puede decirse que los únicos destinatarios del derecho internacional serían los Estados democráticos. Esto, en la medida en que tales estados son directos responsables del cumplimiento de las obligaciones adquiridas en esta materia.

El Estado colombiano hace parte de diversos organismos de derecho internacional que se encargan de la protección de los derechos humanos (*Comité de Derechos Humanos de la ONU, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*). Asimismo, pertenece a un sistema internacional regional, pues suscribió la Convención Interamericana de Derechos Humanos, cuyos organismos permanentes son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

En principio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se limitaba a determinar la responsabilidad estatal de los miembros de la convención en tanto destinatarios de la sanción. No obstante, desde el año 2000 (Corte Interamericana Caso Oroza Vs. Bolivia, 2000, párr. 37), se condena a rehacer los procesos judiciales en contra de los perpetradores de *graves violaciones de*

Derechos Humanos a los Estados parte de la Convención, y a juzgar penalmente a los responsables de las vulneraciones de los derechos convencionales en aras de que se haga efectiva la protección de estos.

Lo anterior supone un cambio paradigmático, pues la sanción impuesta al Estado no solo afecta a éste, en tanto sujeto del derecho internacional, en ejercicio de la jurisdicción contenciosa que ejerce la Corte IDH, sino que también va a producir de manera directa efectos jurídicos a nivel interno sobre los ciudadanos en cuanto a la restricción de sus derechos y libertades.

Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, podemos decir que la estructura jurídica de los Derechos Humanos según sus desarrollos descritos nos permite identificar efectos o consecuencias de su funcionamiento dentro tres ámbitos al menos.

En el ámbito internacional, en primer lugar, son fundamentos normativos de los deberes del Estado para la determinación de la responsabilidad objetiva de éste, en tanto sujeto del derecho internacional (Corte IDH *Voto razonado conjunto*, Caso Las Palmeras Vs. Colombia, 2001, p. 4); dentro de este mismo ámbito, en lo concerniente al derecho penal internacional, que son herramientas conceptuales para la interpretación de los crímenes internacionales (International Criminal Court ICC-01/04-01/06-2842 14-03-2012 1/624 SL T, 2012).

En el ámbito constitucional, se han convertido en parámetros de interpretación del contenido, operatividad y alcance de los derechos fundamentales. Esto especialmente en los casos difíciles; asimismo, en lo constitucional, son referente para la construcción de otros derechos, que aunque no estén reconocidos todavía en las constituciones como *derechos fundamentales*, son necesarios para la realización de los que sí se reconocen tal es el caso de los derechos *a la verdad, a la justicia y a la reparación*.

El otro ámbito en el que nos parece importante mostrar su incidencia es en el marco

legislativo colombiano. En el desarrollo legislativo colombiano han sido consideradas como parámetros normativos para la creación de leyes internas, que tienen una directa relación con los compromisos adquiridos en materia internacional por Colombia. En este sentido, el desarrollo de leyes que contienen protección de derechos humanos crean mecanismos e instituciones que pretenden hacerlos efectivos.

Esto permite explicar la existencia de órganos del Estado que dan protección directamente a normas desde los parámetros interpretativos y alcance que tienen los derechos humanos en el ámbito internacional, no como simples *mandatos de optimización* (Alexy, R., 1993, p. 86) Por esta razón existe instituciones en derecho sancionatorio como la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH, de la Fiscalía General de la Nación; y la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, que dan una directa protección a esas categorías del derecho internacional.

1.4. Derecho Internacional Penal (DIP) y Derecho Penal Internacional (DPI)

Hasta aquí hemos examinado las formas de entender la relación entre derecho internacional y derecho interno; luego de eso, miramos de qué manera las teorías que explicaban dicha relación producen aporías irreconciliables y concretamente examinamos éstas en el caso concreto colombiano, en el que parece ser ambigua la relación del derecho interno con el internacional. Dicha ambigüedad ocurre fundamentalmente debido a la dificultad para determinar con claridad el papel de los derechos humanos en la base de la relación entre ambos derechos.

No obstante, las precisiones y las delimitaciones teóricas no son solo esas. También es necesario ahora distinguir los cambios que han sufrido los *crímenes internacionales* y el funcionamiento de dos discursos que resultan separables tanto por ratio de aplicación como por sus características propias, no solo desde el ámbito del que se desprende la responsabilidad del

individuo, sino además de la distanciaci3n sustancial que existe en su fundamentaci3n.

Es importante resaltar lo expuesto por el profesor Gerhard Werle (2005), respecto de la distinci3n que amerita el funcionamiento que tienen los *cr3menes del derecho internacional*, que para el trabajo se denominaron *cr3menes internacionales*, y los dem3s cr3menes perseguidos a nivel internacional, como los «*cr3menes en contra del tr3fico a3reo, cr3menes contra la navegaci3n mar3tima, ciertas formas de cr3menes relacionados con narc3ticos, actos de terrorismo, la tortura.*» (Werle, G., 2005, p. 36) entre otros, como la lucha en contra de la delincuencia organizada transnacional y la cooperaci3n judicial interestatal (Mej3a Azuero, 2008, p. 184 y s.s.), que ciertamente tambi3n se ven perseguidos a trav3s de distintos instrumentos internacionales.

Su diferencia se encuentra en varios puntos, el primero de ellos es que los *cr3menes internacionales* son punibles directamente por el derecho internacional, en contraste con la persecuci3n de otros tipos de criminalidad en el marco internacional, en las que las bases para su *persecuci3n y castigo* no se fundamentan necesariamente en el derecho internacional, sino en la implementaci3n de ciertos comportamientos en la legislaci3n de los Estados (Werle, G., 2005, p. 37). Esto quiere decir, que mientras los *cr3menes internacionales* pueden ser investigados y sancionados directamente por tribunales internacionales, la persecuci3n de otros tipos de *criminalidad supranacional* (Werle, G., 2005, p. 39) solo es punible por las autoridades de los Estados, que act3an en el marco de una pol3tica criminal propia para cimentar esa *persecuci3n y castigo*.

Partiendo de esta diferenciaci3n, tambi3n es posible hacer una distinci3n frente a la aplicaci3n que han tenido los cr3menes internacionales hist3ricamente en el derecho internacional y aquella que se desprende del sistema de derecho penal creado por el Estatuto de la Corte Penal

Internacional; en este sentido, se distinguirá en el resto de trabajo a los primeros como *Derecho Internacional Penal* y el segundo como *Derecho Penal Internacional*.

El Derecho Internacional Penal, se identificará por sus primeros *antecedentes*¹¹, como se mencionó en la introducción, de la primera guerra mundial y su posterior consolidación en los juzgamientos de miembros del tercer Reich; sería en 1950 cuando se crearía el primer instrumento internacional, para la persecución de lo que para la época eran *crímenes internacionales*, los *crímenes contra la paz*, *crímenes de guerra* y *crímenes contra la humanidad* o también llamados *crímenes de lesa humanidad*, todos ellos reconocidos por los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg, este primer instrumento del derecho internacional en materia penal, como bien lo resalta el profesor Gerhard Werle (2005), dicta los parámetros del funcionamiento que tendrían los crímenes dentro del sistema internacional en el ámbito de responsabilidad penal; en este sentido, el Principio I rezaba: «*Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeto a sanción.*», el cual debe leerse en concordancia con el Principio II «*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.*» lo que constituía a estas conductas como punibles directamente por el sistema de derecho internacional.

Ahora bien, esto no quiere decir que los criterios utilizados por el sistema de derecho penal creado por el derecho internacional, no tuviera funcionamiento dentro de las jurisdicciones estatales pues ciertamente en Europa el juzgamiento de Ariel Sharon en 1982, la condena **de**

¹¹ Ver página 138

cadena perpetua del Tribunal Francés en contra de **Klaus Barbie** (1987), entre otros¹², se fundamentó principalmente en la aplicación que habrían dado a los crímenes en los juicios de Núremberg, así como posteriormente sucedería en Latinoamérica¹³.

Es preciso distinguir que según el sistema de derecho penal internacional para estos momentos y hasta la creación del ER, entendía que la persecución de los individuos que cometieran esos crímenes podían ser enjuiciados penalmente de manera ilimitada, es decir sin importar la nacionalidad, el lugar donde se encontrara, el momento en que se cometiera la conducta, la indemnidad o fuero que le otorgara la ley e incluso resulta indiferente que la conducta fuese juzgada por un Estado o por una instancia internacional, a este conjunto de reglas y a otras tantas se le ha denominado *principio de jurisdicción universal* (Wherle, G., 2005, p. 125).

En este sentido, el sistema para juzgar conductas constitutivas de crímenes internacionales a nivel internacional, se manifestaría no a través de acuerdos como la Carta de Londres de 1945, sino de las decisiones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas con la creación de tribunales penales *ad hoc*, que es hasta la actualidad una de las formas en las que se manifiesta el sistema propuesto desde Núremberg. Se entiende entonces, que el juzgamiento de los crímenes no es una cuestión facultativa o discrecional de los Estados, sino que se derivan, por su naturaleza inhumana y despiadada, en una obligación de investigar y sancionar penalmente, aun cuando según las normas internas de un Estado prevean lo contrario, por ejemplo en el punto de la *prescripción de la acción penal* o del rompimiento de normas que resultaran fundamentales según la forma de Estado, pues se trata de mandatos imperativos y preponderantes sobre

12 Ver página 11

13 Al respecto ver página 119

cualquier consideración de derecho interna.

Así mismo, podría ser tenido en consideración que el sistema de derecho penal del derecho internacional podría incluir también las decisiones tomadas por las jurisdicciones internas de los Estados, cuando tienen como fundamento los criterios internacionales sentados por las prácticas de los Tribunales Internacionales, la normativa de los Estatutos, los múltiples instrumentos internacionales para perseguir y juzgar estas conductas, para llegar a condenas efectivas con fundamento no solo en las prohibiciones penales internacionales, sino dando un tratamiento idéntico de las garantías que habrían sido sentadas por los ordenamientos jurídicos con modelos de derecho penal continental, tales como la prescripción de la acción el non bis in ídem, retroactividad, favorabilidad, entre otros que tienen un entendimiento distinto en el marco de determinación de responsabilidad penal con fundamento en el sistema de derecho penal creado por el derecho internacional. En este sentido expone la doctora Joan Sánchez:

« Es por lo expuesto supra que en la persecución y castigo ex post facto de los crímenes contra la humanidad no existen obstáculos derivados del principio de legalidad, en tanto la prevalencia de la acción penal viene impuesta como lex praevia, por toda la normativa internacional a la que estamos sujetos. Por otra parte, tampoco existe impedimento alguno emanado del nullum crimen sine lege ya que la tipificación de las conductas imputadas en tanto crímenes contra la humanidad ha sido efectuada consuetudinariamente y es considerada como una norma de derecho internacional que ha estado en vigor desde hace mucho tiempo atrás, motivo por el cual, pueden perseguirse y castigarse aun cuando se hayan llevado a cabo mucho antes de su reconocimiento convencional en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, [...] » (ICIP 2012, 22)

Constituyéndose este fundamento como criterio obligatorio no solo para su aplicación en los Tribunales Penales Internacionales, sino también por los jueces en las jurisdicciones internas, visión que se sustenta en el entendimiento del principio de *jurisdicción universal en sentido amplio* (Pérez, A., 2012). Este será el criterio que utilizaría la CSJ, para resolver los casos analizados desde el año 2010 y que se constituyen hoy como un criterio obligatorio para dar alcance efectivo a los derechos de las víctimas.

Por otra parte y contrario sensu a la lógica imperativa que se desprende de lo que llamamos Derecho Internacional Penal, la creación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se aleja de esta lógica y opta por una vía convencional para atribuir responsabilidad penal respecto de los crímenes internacionales mencionados en su artículo 5 (ER, 1998), es decir que el Estado voluntariamente adquiere el compromiso internacional de dejar juzgar a nivel internacional tales conductas, a diferencia del sistema que afirma que por las connotaciones de esas conductas resultan ser imperativas para cualquier sistema jurídico del mundo.

Esto tiene una razón de ser, existían tres posibilidades para implementar el ER, la primera era una decisión vinculante por parte del Consejo de Seguridad que tendría efectos sobre todos los Estados miembros de las Naciones Unidas; la segunda, era que la Asamblea General de Naciones Unidas creara mediante resolución un órgano subsidiario que ejerciera las funciones que hoy ejerce la Corte Penal Internacional, y por último y la vía que se tomó que fue la de la convencionalidad (Badinter, R., 2004), por esta razón precisamente aquella adición del Crimen de Agresión del artículo 8 bis se encuentra sometido a la aceptación de los Estados partes para que entre en funcionamiento. Lo importante a resaltar es que se rompe con las prácticas y funcionamiento, que habría tenido históricamente la imputación de los crímenes internacionales.

Empero, estas no resulta ser las únicas características que hacen distinguibles notables

diferencias de cara a su funcionamiento, por ejemplo: 1. La Corte Penal Internacional ejerce sus funciones como único órgano de carácter permanente; 2. Posee un único Estatuto que se constituye como un sistema de derecho penal autónomo; 3. Persigue cuatro repertorios de conductas, a saber, Genocidio, Crímenes de lesa humanidad, Crímenes de Guerra y Crimen de Agresión, aparte de los delitos contra la administración de justicia del artículo 70 (Estatuto de Roma, 1998); 4. Su *ratio de aplicación temporal* (Estatuto de Roma, 1998, artículo 11) se encuentra condicionada a la entrada en *vigencia* de la que trata el artículo 126 del Estatuto de Roma (1998), lo que limita el funcionamiento que tiene en otros ámbitos el Derecho Internacional Penal. Cabe resaltar que lo anterior no obsta para que el Estatuto pueda ser modificado de acuerdo a las reglas contenidas en el artículo 9 ER (1998), como sucedió con la inclusión de la definición del Crimen de Agresión del artículo 8 bis, en el año 2010.

Podrían hacerse múltiples consideraciones políticas acerca del nacimiento y el contenido del Derecho Internacional Penal o del Derecho Penal Internacional; también sobre si a estas categorías se les puede denominar verdaderamente derecho penal (Pastor, 2009). Más allá de esas consideraciones, hay que decir que al introducir al clausulado del Estatuto de Roma algunas instituciones propias del derecho penal moderno, se dio un paso fundamental a un instrumento internacional que *racionaliza* (Villar, L., 2001, p. 48) en mayor medida el llamado Derecho Internacional Penal, en tanto que contiene *reglas* propias de la forma de Estado liberal.

1.5. El Estatuto de Roma en la normativa colombiana (ER)

El ER es un tratado internacional, se encuentra integrado al ordenamiento jurídico colombiano mediante la aprobación de la Ley 742 (2002); el principal objetivo del instrumento es luchar en contra de la impunidad de graves atrocidades cometidas en contra de los pueblos y que ofenden directamente no solamente a la comunidad internacional sino a la conciencia de la

humanidad en su conjunto.

Se trata de un sistema mixto *consuetudinario-continental* (International Criminal Court ICC-01/04-01/06-2842 14-03-2012 1/624 SL T, 2012, p. 423), es decir con rasgos propios del *civil law* (Werle, G. 2005,45) que tiene como principal objetivo determinar la responsabilidad de individuos de *cualquier nacionalidad* (Pérez A., 2012,), para la protección de los intereses de la comunidad internacional, es decir el *core delicta iuris gentium* (Sentencia C-578 de 2002).

El contenido de este instrumento se encuentra dictado por el desarrollo internacional que ha tenido el Derecho Internacional Penal, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, constituyéndose también como posibles herramientas hermenéuticas para interpretar los alcances de los elementos normativos de los crímenes internacionales (International Criminal Court ICC-01/04-01/06-2842 14-03-2012 1/624 SL T, 2012, p. 275), así como las demás que se desprenden del artículo 21 del ER (1998).

Desde la creación del ER la determinación de responsabilidad penal individual a nivel internacional ha variado su contenido dejando de ser una imputación objetiva basada en la mera causalidad (Pastor, D., 2009, p. 149), como si se tratara de determinación de responsabilidad internacional de un Estado, para incluirse garantías substanciales que deberán ser analizadas para valorar la imputabilidad de la conducta *nullum crimen sine lege; nulla poena sine lege*; irretroactividad; favorabilidad, cosa juzgada (Estatuto de Roma, 1998, art 20, 21, 22 y 24); que tienen asidero en el *principio de legalidad* como proposición propia del derecho penal liberal; y con ello “compatible” en mayor medida con los fundamentos políticos del Estado Democrático de Derecho (Zapatero, L., 1983, p. 9-46); lo que distinguirá como un rompimiento con las prácticas realizadas por los tribunales penales internacionales; es importante observar también que en los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, solo podrán ser penados los

crímenes del artículo 5 del ER, hasta su entrada en *vigencia* (Estatuto de Roma, 1998, artículo 126) dentro de los Estados suscriptores, tal como lo indica el numeral 1 del artículo 22: *«Una persona no será criminalmente responsable de acuerdo al Estatuto a menos que la conducta cuestionada se constituya, al momento en que tenga lugar, como un crimen dentro de la jurisdicción de la Corte.»* (Traducido por el autor),

Ahora bien, al igual que en otros países la integración del ER representaba una institución jurídica que entraba plenamente en contradicción con algunas proposiciones de las constituciones nacionales, en el caso colombiano la Corte Constitucional en Sentencia C-578 de 2002, encontró en su análisis que existían puntos irreconciliables con las prescripciones de las normas constitucionales (Sentencia C-290 de 2012).

Para resolver estos problemas se entendía entonces que las normas sustanciales y procesales que componían el ER se aplicaban exclusivamente cuando se estuviera ejerciendo la jurisdicción de la CPI como un sistema de derecho autónomo e independiente, al que se le cede soberanía de manera *complementaria* para ejercer su competencia cuando el Estado *no quiso o no pudo* enjuiciar la conducta (Sentencia C-578 de 2002). Así quedó comprendido en el artículo 1 del acto legislativo 2 (2001):

«El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.»

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.»

Es necesario aclarar que al hablarse de enjuiciar la conducta, no se trata de que el Estado suscriptor del tratado tenga que darle aplicación directa a los crímenes prescritos en el ER para procesar a un nacional; puede ocurrir que existan conductas penales interna que recojan el desvalor de la conducta como el caso de las graves violaciones de los derechos humanos y del DIH, o simplemente ser imputadas como delitos ordinarios, homicidio; secuestro; entre otras, que igual podrían resultar en una pena más gravosa¹⁴, pero independientemente del título que se le quiera dar a la conducta desplegada lo verdaderamente relevante es que lo ocurrido no quede en la impunidad.

Precisamente uno de los argumentos utilizados por la Corte Constitucional para considerar a los sistemas como compatibles en sus fines últimos; esto es, la lucha por los delitos que afectan gravemente los derechos humanos o que vulneren situaciones descritas en los distintos instrumentos del DIH; pues giran en torno a la protección de la dignidad.

Dicho esto, podemos concluir que el DPI se configura a partir del ER y se constituye como una verdadera constitución para la CPI para penar a los nacionales del Estado suscriptor del tratado, dado que en él se materializa substancialmente la protección penal a nivel internacional de los intereses de la comunidad internacional y de la conciencia de los pueblos.

¹⁴ Por ejemplo un homicidio agravado de conformidad con la modificación del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, podría dar un máximo de 720 meses de prisión, más gravosa que los 480 meses de pena máxima por la comisión de los crímenes de ER.

Conclusiones del Capítulo

1. Las teorías existentes que explican el funcionamiento de la integración de las normas internacionales en los Estados, resultan insuficientes para describir los fenómenos jurídicos que suceden en el Estado colombiano al momento de su aplicación.
2. En materia de interpretación de alcance y contenido de los derechos humanos las autoridades judiciales avocan por una lógica monista internacionalista.
3. El funcionamiento del discurso de los derechos humanos tiene alcances mayores a aquellos que se limitan al componente penal, siendo más importantes otras dimensiones que en desarrollo del *principio progresividad* avanzan hacia la implementación de mecanismos e instituciones que protejan los estándares internacionales.
4. Existen claras distinciones entre lo aquí denominado: Derecho Internacional Penal y Derecho Penal Internacional.
5. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, no es, ni puede constituirse como un parámetro normativo para el funcionamiento del derecho penal interno.

2. Descripción de la Categorización de los Crímenes Internacionales en Colombia

Antes de empezar con la descripción del fenómeno jurídico que la jurisprudencia penal ha tratado como *categorización*, es pertinente precisar que «[...] la posibilidad de obtener certeza a través del conocimiento empírico inductivo: [...]» como el que se puede obtener de un estudio jurisprudencial, es a través de referencias que tengan como base empíricamente observable, un fundamento constante y fijo en el tiempo; esto permite proporcionar a la aplicación de cualquier metodología de estudio científico la producción de conocimientos objetivos, que pueden ser considerados como *probablemente verdaderos*; pero aun partiendo de esta premisa, la naturaleza

de esa probabilidad de *certeza* frente a lo que se conoce, resulta siendo una percepción subjetiva que no deja de ser una mera *opinión o creencia* acerca del conocimiento, tal como afirma *David Hume* (Gascón, M., 2010, p. 19), por lo tanto, aun cuando el estudio tiene una pretensión de científicidad, ciertamente se podrá considerar un mero punto de vista frente a un fenómeno jurídico presentado.

Por esto, más allá de formularse una explicación respecto de lo sucedido en las decisiones, la tesina tiene una pretensión meramente descriptiva al respecto y a los resultados de la descripción que se logre trabajar de los conceptos en la tercera parte para con esto producir resultados investigativos que sean «[...] *empíricamente significativos* [...]» (Gascón, M., 2010, p. 21) por medio de *conjeturas y refutaciones*, de las principales premisas en las que propone fundamentar la aplicación del criterio de *imprescriptibilidad*; en este sentido, se avanzará haciendo uso de un esquema *deductivo* para inferir las falacias que se observan en el planteamiento meramente *inductivo* del presente capítulo (Gascón, M., 2010, p. 22).

Respecto del criterio de selección de las decisiones, debe decirse que se partió de la caracterización hecha por el doctor Diego López Medina en su libro *El Derecho de los Jueces* (2006, p. 109), teniendo como referente las *analogías fácticas* que se reflejan en las decisiones como criterios para determinar cuándo una conducta en el orden interno se constituye como crimen internacional y cuáles tipos penales tienen los elementos suficientes para poder configurar esa denominación; esta situación permitirá definir cuándo debe hacerse uso la regla de imprescriptibilidad de la acción penal y permitirá definir igualmente las *reglas de relevancia* creadas por el *precedente vinculante* de la CSJ, la *fuerza vinculante*, que según lo investigado resulta ser absoluta, y los *distintos cambios de reglas* que se muestran progresivamente en las determinaciones¹⁵.

15 Ver página 132

2.1.1 Precisiones previas y marco conceptual del estudio.

Los hechos delictivos no son distintos a cualquier otro hecho existente en la naturaleza, precisamente la intención del derecho penal es intentar valorar adecuadamente los hechos para determinar la responsabilidad penal individual de personas; dependiendo del sistema penal en el que se esté valorando el hecho, la determinación para declarar responsable a un individuo varía e incluso, dentro de un mismo sistema penal pueden existir consecuencias distintas dependiendo de la teoría dogmática que se aplique.

Bajo este entendido, nos preguntaríamos ¿cómo saber que la determinación tomada en materia penal es correcta? La respuesta es: de acuerdo a la política criminal que el Estado determine. Aun cuando el enunciado parece sencillo, la complejidad se encuentra en determinar qué elementos hacen parte de una correcta formulación de la política criminal del Estado y especialmente en encontrar sus límites en este sentido, al respecto expone Roxin (2000, p. 108) *[...] En todo caso, los límites operan de modo inmanente y se hallan en la «constitución» o la «autocomprensión» del respectivo modelo social.[...]*».

Para Colombia, una correcta formulación de la política criminal implicaría que se respetara la estructura de un Estado Social y Democrático de Derecho, pero ello involucra una contradicción en sí; pues mientras que el Estado de Derecho parte de *inputs* para tomar determinaciones, el Estado Social opera como fundamento *outputs* (Orozco, A. 1997, p. 39).

Sin embargo, esto no significa que no sea posible definir cuáles son los elementos que componen estas formas de Estado. Podemos afirmar que la principal característica de un Estado de Derecho es la búsqueda de la igualdad formal, la cual logra a través de la aplicación de la

legalidad, entendida no solo como una limitante frente a la disposición que puede tener el Estado sobre el ciudadano, sino también como una limitación que se impone el Estado mismo.

Por otra parte, la principal característica de un Estado Social, es la búsqueda de la igualdad material en la sociedad, lo que implica que el criterio para la toma de determinaciones es la justicia material.

El problema de la tesina podría exponerse como una aporía entre estas dos formas de Estado, en la que se sobrepondría el Estado Social, representado en los derechos de las víctimas, frente al Estado de Derecho, y en las garantías de todo ciudadano a ser tratado con igualdad ante la ley. Sin embargo, la problemática es mucho más profunda pues se trata de la introducción de criterios de un sistema penal internacional en el ámbito nacional.

Considero entonces que la manera en que debe ser abordado el problema es mediante una distinción clara de las reglas para dar aplicación a los crímenes internacionales y a las reglas sustanciales del sistema penal internacional.

2.1.1.1 *Aproximaciones al objeto de conocimiento.*

Como se precisó antes, el derecho humano a la vida, el derecho fundamental a la vida, el bien jurídico vida, tienen el mismo objeto de conocimiento, esto es, el concepto de vida; lo que significa que su alcance y contenido estará relacionado directamente con el desarrollo que éste haya tenido.

Así uno de los aspectos casi uniforme de todas las naciones frente a la protección del objeto vida es que otro individuo ponga fin a ésta de manera injustificada, en nuestro ordenamiento dicha conducta se tipifica como un homicidio, al cometerse un homicidio podemos decir que se está vulnerando un derecho humano, un derecho fundamental y un bien jurídico tutelado e incluso estando en tiempos de guerra transgredir normas del DIH; así las

consecuencias del hecho matar podría desprender múltiples tipos de responsabilidad sancionatoria bien sea civil, administrativa, disciplinaria, penal y penal internacional. Esto quiere decir que una acción, por igual que pueda parecer en el mundo físico, puede constituirse incluso con las condiciones adecuadas en un crimen internacional.

Por esta razón resulta importante que esta segunda parte de la investigación se centre en los argumentos utilizados en las sentencias de los jueces colombianos, para determinar el alcance y contenido de la explicación dada en las condenas proferidas en contra de nacionales, aparte de otras determinaciones que se toman para poder considerar que las conductas cometidas se enmarcan dentro de la categoría de los crímenes de lesa humanidad.

Lo primero que debemos anotar, es que existe un cambio de paradigma entre la concepción clásica del derecho penal liberal frente al tratamiento de la legalidad para poder imputar responsabilidad penal de una conducta que para el momento de su comisión no estaba prevista dentro del ordenamiento jurídico interno.

Se afirma que no es necesario consagrar la tipificación mediante una regla, del catálogo de conductas que componen los crímenes de lesa humanidad en el sistema penal interno, sino que basta con la existencia de tales conductas en normativa del derecho internacional en la que se prescriba su prohibición para que el principio de legalidad se predique incólume.

Es decir, existe un cambio en el aforismo clásico del derecho penal *nullum crimen sine lege*, a ser *nullum crimen sine ius*, que no es más que la consagración del principio de legalidad en el *Common law* (Guzmán, F., 2014, p. 13).

Descriptivamente estos parámetros se encuentran definidos desde el «*establecimiento*» (Pastor, D. 2010, p. 121) del Derecho Internacional Penal y posteriormente con su manifestación en la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y que es el paladín para los

que abogan por la existencia del principio de *Jurisdicción Universal* en sentido amplio (Pérez, A. 2012).

Así se evidencia en las decisiones:

« En efecto, son delitos que trascienden el ámbito doméstico de una nación y afectan su soberanía, pues al convertirse en crímenes internacionales, el Estado donde sucedieron deja de ser el único facultado para perseguir y sancionar a los autores o partícipes, adquiriendo igualmente competencia para hacerlo otros Estados o los tribunales internacionales. Por eso se dice que “la criminalidad de estos delitos, anula la soberanía estatal, convirtiéndolos en crímenes internacionales”. [...]» (Corte Suprema de Justicia, revisión 340180, 2012, p. 31) (Corte Suprema de Justicia, proceso 44312, 2015, p. 28).

La estructura fundamental de cualquier Estado Derecho implica que la autonomía para actuar sobre un individuo debe estar siempre limitada a lo válidamente dispuesto en su ordenamiento legal *como garantía* (Alexy R., 2010), formulación que tiene como base la consolidación de la democracia sustancial, que es como lo afirma el profesor Ferrajoli (2010, p. 27) donde se conjugan verdaderamente los principios de igualdad y legalidad.

Lo anterior significa que existe una contradicción directa entre las decisiones judiciales y el artículo 29 constitucional en el que prescribe *Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (...)* (Constitución Política, 1991, art 29), se tratará de probar entonces, primero que los crímenes internacionales no eran oponibles válidamente en la esfera nacional para la época de la comisión de los hechos delictivos según el ordenamiento interno, teniendo en cuenta que dichas categorías no se encontraban consagradas como tipos penales en el Código Penal Colombiano de 1980; segundo, que la definición de los elementos que componen los crímenes no se ajusta a la interpretación dada por el Derecho Internacional Penal y en especial con su última codificación que es el ER y por último, se expondrá como desde el

discurso de los derechos humanos, la argumentación de la cortes internas e incluso desde la Corte IDH, resultan contradictorias con los presupuestos que definen los esquemas de protección de los derechos humanos.

Bajo este entendido, el análisis se dividirá en dos partes, la primera en torno a la adecuación de los crímenes de lesa humanidad y genocidio en los tipos penales de la legislación colombiana y la segunda en relación con la imprescriptibilidad de la acción penal de estas conductas.

2.2 Del control de legalidad en decisiones judiciales y la imputación de responsabilidad penal con base en la normativa internacional

El principio de legalidad como se expuso, no solo tiene implicaciones respecto del modelo penal interno y sus consecuencias dentro del proceso, este principio tiene además consecuencias prácticas para la consolidación de otros derechos que también tienen el carácter de fundamental y que tiene asidero en concepciones del derecho liberal.

Para la CSJ, el concepto de legalidad en punto de la discusión sobre lo oponible que resulta la normativa internacional en el ámbito nacional, se reduce a una cuestión de mera formalidad, que no implica un rompimiento de los presupuestos de legalidad en tanto que el Estado ya había manifestado a través de la subscripción de distintos instrumentos internacionales su compromiso de perseguir ciertas conductas que vulneran normas que ya se encontraban prohibidas por el derecho internacional, en este sentido, el compromiso adquirido implica punir lo cometido utilizando las reglas creadas internacionalmente para darle protección efectiva a esa determinación de responsabilidad.

Se construye el siguiente argumento como pilar central de este punto:

« 1. La vulneración al principio de legalidad no se presenta, pues, la preexistencia de Tratados Internacionales que rechazan y prohíben la comisión de las conductas, permite salvar dicha situación...» (Corte Suprema de Justicia, proceso 33118, 2010) y continúa «el hecho de su consagración en un Tratado Internacional de Derechos Humanos, recordándose que sus efectos y connotaciones son tan trascendentales que afectan a toda la comunidad internacional, razón por la cual, esa demora entre la firma, aceptación, aprobación e inclusión del Tratado al derecho interno y la expedición de una Ley interna (alrededor de 41 años y casi 9 años desde la Constitución de 1991) que cumpla con las exigencias allí contenidas **no puede ser óbice para que las sanciones previstas en dicho instrumento internacional no se puedan aplicar a un caso concreto en el que se comete una conducta constitutiva de delitos allí sancionados.**» (Corte Suprema de Justicia, proceso 33118, 2010).

Esta situación es precisamente la que abre las puertas para nuestra segunda parte de la investigación, como se dijo, en el *common law* no es necesario que las normas jurídicas tengan una ratio de validez directa sobre el sujeto al que se le van a aplicar, es suficiente contar con normas de derecho de cualquier naturaleza, incluso aquellas que estaban previstas como compromisos prohibitivos para los Estados como sujetos del derecho internacional, como sucedió en los juicios del Tribunal Internacional de Núremberg¹⁶, con el objeto de reprochar y sancionar una vulneración a su contenido, incluso sin que el Estado tenga que manifestar su voluntad de cumplir con determinado instrumento.

En distinta providencia también se pronunció al respecto diciendo: «*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***

¹⁶ Al respecto ver página 98.

hacer viable su sanción, así los mismos no estuvieran formalmente tipificados en la legislación nacional al momento de su comisión» (Corte Suprema de Justicia, proceso 27472, 2010).

Así, se trata entonces de normas que no necesitan un desarrollo legislativo a través del Estado para que puedan ser oponibles en el marco de la determinación de responsabilidad penal, por tratarse de normas proveídas de contenido con efectos de *self executing*; razón por la cual, se logra evadir la obligación de desarrollar a través del procedimiento legal establecido los compromisos adquiridos en materia internacional, para hacer posible que su contenido sea oponible de manera directa y válidamente a los individuos nacionales para que se deduzca responsabilidad penal.

Esta afirmación implica varias situaciones: 1. Que el procedimiento establecido para la integración de las normas contenidas en los instrumentos internacionales, puede ser totalmente omitido sin que esto vulnere la debida legalidad en el Estado; 2. Que el artículo 93 y el numeral 2 del artículo 214 de la Constitución de 1991, no debe entenderse solo frente a la función de abstención de cometer ciertas conductas, sino que también que aquel contenido *inderogable* e imperativo incluso por encima de las razones de Estado, posea las vías jurídicas necesarias para concretar su efectiva protección, especialmente frente a las barreras jurídicas que pudiera encontrar en materia penal.

En igual sentido, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (2012), en el caso del miembro del ejército Alfonso Plazas Vega, apoya la tesis anterior manifestando:

«Según lo expuesto por el Alto Tribunal de Justicia, la normatividad internacional previa a la ocurrencia de los hechos hoy verificados, específicamente en relación al delito de desaparición forzada, permite concluir que la conducta punible al estar establecida en la normatividad internacional, que por el bloque de constitucionalidad ingresa a la

legislación interna, también se encontraba vigente, con lo que no existe vulneración alguna al principio de legalidad» (Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, proceso 11001070400320080002509, 2012)

Esto llevaría a equívocos como considerar el ER como un instrumento jurídico válidamente aplicable a nivel nacional para sancionar penalmente¹⁷, obviando a su paso, no solo los límites impuestos a nivel constitucional por el acto legislativo reformativo del artículo 93 de la Constitución Política (1991), sino a su vez los alcances que la Corte Constitucional hizo en su sentencia de constitucionalidad C-578 de 2002.

La manifestación explícita de la errónea interpretación que se le da al ER se encuentra actualmente a nivel legal en las modificaciones introducidas en los artículos 15 y 16 de la Ley 1719 de 2014, en la que se hace referencia explícita a la normativa del artículo 7 del ER (1998) en punto de los *crímenes de lesa humanidad* y la consagración de imprescriptibilidad para los *delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra*, este tema se retomará adelante.

Lo que debemos tener en cuenta cómo ya se anotó en el primer capítulo, es que la teoría del *Bloque de Constitucionalidad* se estructura luego del desarrollo jurisprudencial creado por la Corte Constitucional (Sentencia C-179, p. 94) (Sentencia C-225, p. 95), y que fueron las sentencias que definieron el concepto dogmático de bloque de constitucionalidad para determinar el alcance de ciertos derechos fundamentales, con base en los estándares internacionales.

Frente al particular debemos anotar: 1. Que los casos estudiados ocurrieron con anterioridad de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, por lo que no podría hablarse de la aplicación del bloque de constitucionalidad, dado que estaba en vigencia la Constitución Política de 1986, así lo explica el Profesor Uprimny (2001) «...la Corte Suprema no tenía ninguna otra alternativa jurídica, pues la Constitución de 1886 no permitía conferir valor

¹⁷ Al respecto ver página 17

constitucional, o al menos supralegal, a los convenios internacionales de derechos humanos.»; 2.

Si bien es cierto que existían para la época de los hechos, tratados internacionales que contenían prohibiciones de cometer ciertas conductas, como lo son entre otros:

- La Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio de 1948, Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg de 1950.
- La Convención Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Denigrantes de 1984.
- Resoluciones 32/118 y 33/173 de Naciones Unidas que tratan la desaparición forzada.

Estas solo podrían producir efectos jurídicos frente al Estado *como sujeto del derecho internacional* por ser el destinatario de la responsabilidad en el marco internacional; que abarca entre otros aspectos, la comisión u omisión de hechos internacionalmente ilícitos (Crawford, J. 2004, p. 119), correspondiéndole a distintos organismos internacionales determinar cuáles sanciones le corresponden.

Así por ejemplo, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adopta las medidas que sean necesarias para mantener, restablecer la paz o la seguridad entre Estados, la OTAN puede imponer en virtud de los compromisos adquiridos las sanciones económicas a los Estados parte de ese tratado o la Corte Internacional de Justicia actuando a través del Consejo de Seguridad; la jurisdicción *contenciosa* que ejerce la Corte IDH no es distinta de éstas, en el entendido de que su facultad sancionatoria le permite determinar la responsabilidad internacional de los Estados en el marco de la violación de los derechos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y bajo ese entendido tome las medidas necesarias en sus sentencias para indemnizar el daño causado a los individuos o para ampliar el margen de protección contenidos en los *derechos convencionales*.

El problema precisamente se haya en que, el hacer efectivos esos derechos de la Convención implica ordenar a los Estados que en virtud de su responsabilidad, se produzcan determinados efectos jurídicos en los procesos penales para individualizar la responsabilidad de un posible autor de *graves violaciones de los derechos humanos* en la esfera nacional, lo que implica como se verá más adelante, exceder los límites jurisdiccionales impuestos por el mismo sistema de *derechos humanos*, en tanto que esos efectos que se derivan de la condena disminuyen directamente derechos y garantías a las personas; situación que es completamente opuesta a ordenarle a un Estado el ampliar el marco de protección de ciertos derechos y libertades, como en el caso del *derecho a la no repetición* o a una obligación de implementar determinados mecanismos que eviten efectivamente futuras vulneraciones de esos derechos humanos.

Por lo expuesto, un eventual juzgamiento penal a nacionales colombianos por la comisión de crímenes internacionales, que hayan sucedido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política (1991), estaría sujeta a la creación de un tribunal penal internacional por parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Esta distinción encuentra asidero en el principio II de los Principios del Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (1950) que formula: «*El hecho de que el derecho interno no imponga pena por un acto que constituye delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.*» (Traducido por el autor)

En gracia de discusión y aceptando que la teoría del bloque de constitucionalidad pueda extenderse retroactivamente para producir efectos interpretativos desfavorables a los derechos del procesado, cabe realizar un análisis para determinar si efectivamente la teoría del *bloque de constitucionalidad* es suficiente para sustentar la interpretación que realizan los órganos judiciales.

En primer término tenemos que los tratados internacionales como se expuso, exigen que además de la existencia del *acto jurídico complejo*, se tipifique también la conducta mediante una ley, para que pueda surtir efecto válidamente en el ámbito de la responsabilidad penal de un nacional colombiano (Sentencia C - 710 de 2001).

En el caso de la integración del artículo 7 de los crímenes de lesa humanidad del ER a la jurisdicción nacional, la Corte Constitucional consideró en su sentencia de control de constitucionalidad lo siguiente:

«En efecto, muchas de las disposiciones que integran DIH y de DIDH tienen el carácter, en términos de la doctrina americana y recogida por la europea, de normas non-self-executing⁶, esto es, que para poder desplegar todos sus efectos en el ordenamiento interno de un Estado requieren de desarrollo legislativo previo. Este es, precisamente, el caso de un importante número de prohibiciones que aparecen consignadas en diversos instrumentos internacionales (vgr. Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949), las cuales requieren de una disposición legal que las desarrolle, sea para efectos de tipificar un determinado comportamiento como delito o sanción disciplinaria, o, llegado el caso, ambos. » (Sentencia C -1076 de 2002).

En este entendido, queda claro que las conductas prohibitivas de los tratados internacionales no pueden constituirse como delitos en la legislación interna, hasta tanto se dicten las reglas dirigidas a los individuos del Estado, inclusive los instrumentos internacionales exigen a los Estados suscriptores que tomen las medidas legislativas necesarias para llevar a término lo pactado, lo que incluye en la mayoría de los casos tipificar penalmente la conducta.

Esto se compadece no solo con la dinámica legal señalada por el derecho internacional, como ya la CPJI lo declaraba en 1925 *«un acuerdo internacional no puede como tal crear derechos y obligaciones particulares. Pero no se puede discutir que en la intención de las partes*

el objeto mismo de un acuerdo internacional pueda ser la adopción por las partes de reglas determinadas que creen derechos y obligaciones para individuos y susceptibles de ser aplicadas por los tribunales nacionales» (Corte Permanente de Justicia, *SERIES B.-NO. 75*, 1928) (Traducido por el autor), sino también con los postulados teóricos constitucionales y penales de nuestro Estado, además de hacer evidente aquella distinción necesaria entre *Gobierno y gobernados*¹⁸.

Podríamos dar mucho ejemplo acerca de instrumentos internacionales, que si bien es cierto se integran a través de *reglas [leyes]*, contienen a su vez obligaciones de tipificar una conducta a nivel interno.

En Colombia podemos citar varios casos como:

- El del artículo V de Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948, aprobada mediante la expedición de la Ley 28 de 1959.
- El artículo 49 del capítulo IX, del Convenio de ginebra del 12 de agosto de 1949.
- El artículo 3 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada mediante la expedición de la Ley 22 de 1981.
- El artículo 2 de la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, aprobada como legislación interna mediante la expedición de la Ley 70 de 1986, incorporados a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 5 de 1960.
- El artículo 50 del capítulo VIII, del Convenio II, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.
- El artículo 129 de la Sección I del Título VI, del Convenio III, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

18 Al respecto ver página 24

- El artículo 146 del título IV, del Convenio IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

En especial debemos tener en cuenta el caso de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); este tratado se integró a nuestro ordenamiento jurídico con la expedición de la Ley 707 de 2001, la cual al igual que en los tratados mencionados, en su artículo 3º, señala que: *«Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren **necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad.**»* (Resaltado propio)

Resulta un contrasentido que un tratado internacional contenga una obligación positiva que compromete al Estado a tipificar una conducta cuando ésta, según la interpretación de los operadores jurídicos, en sí misma se constituye en un elemento suficiente para afirmar que la conducta se encuentra integrada al ordenamiento interno; por esto las instancias judiciales exceden sus facultades en tanto que actúan por fuera de la garantía sentada por el artículo 29 la Constitución Política (1991), en el sentido de que la tipificación de un delito y su consecuencia jurídica es en sí un límite al poder punitivo del Estado.

2.2.1 De la imputación de los crímenes internacionales con base en la omisión legislativa del Estado.

Finalmente, debemos anotar que existe una consecuencia inevitable del marco de legalidad utilizado para hacer imputación de las normas internacionales, esto es la carga que debe soportar el administrado por la omisión legislativa en la que incurre el Estado, es decir, por no

introducir mediante el procedimiento establecido a nivel interno para dar validez a nivel penal de aquellas conductas prohibidas por las normas del derecho internacional.

En este sentido se indica en el auto que avoca conocimiento del proceso penal que se adelantaría en contra del señor César Pérez García:

« [...] 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**. [...]» (Corte Suprema de Justicia, 33118, 37, 2010) y continúa más adelante « [...] no puede ser aceptable una postura que afirme que la inexistencia de una ley interna que sancionara dicho delito imposibilita la sanción del mismo, pues, es claro que tiene una razón de ser el hecho de su consagración en un Tratado Internacional de Derechos Humanos.» (Corte Suprema de Justicia, proceso 33118, 80, 2010). (Resaltado propio)

Nuevamente, entran en juego las garantías sentadas por el ordenamiento jurídico para poder hacer uso adecuado de los dispositivos estatales y declarar responsable penalmente a sus ciudadanos. Así, aquel deber que no solo se encuentra reglado en la órbita nacional, sino también por la obligación que se genera directamente de las disposiciones de los tratados internacionales, entra en contravía con las *reglas de juego* sentadas y traslada su carga al investigado.

Esta situación nuevamente se verá en el juzgamiento del señor Alfonso Plazas Vega, en los siguientes términos:

«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 [...]» (Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, proceso 11001070400320080002509, 2012). (Resaltado propio)

Este último argumento, además de reforzar lo dicho en el año 2010 por parte de la CSJ, nos da pie para abordar la segunda parte del capítulo, en tanto que muestra ostensiblemente lo que ya había sido motivo de referencia con anterioridad, esto es, que al darse los criterios de imputación de los crímenes internacionales, el resto de normas para sancionar penalmente al individuo que se utilizan a nivel internacional le son aplicables, indistintamente de su naturaleza contraria al modelo de Estado en las que se aplica.

2.3 Análisis del alcance interpretativo de los tipos penales internos con fundamento en los crímenes internacionales: *Les a Humanidad* y *Genocidio*

Como se precisó en la introducción, el examen que se realizará tendrá como delimitación los crímenes internacionales que sirven de fundamento para *categorizar* los tipos penales nacionales y dar en consecuencia alcance a la regla de imprescriptibilidad que se aplica en función del DIP; en este sentido, el estudio se dirigirá a encontrar qué significa para el supremo órgano judicial penal, desde sus derroteros, el contenido del Crimen de Genocidio y los Crímenes de Les a Humanidad.

Resulta visible que la intención de los judiciales al momento de revisar los elementos que componen estos crímenes internacionales, es tratar de ajustar la normativa nacional a aquellas previsiones que componen dicha categoría a nivel internacional y de esta manera cumplir con los parámetros requeridos para proteger la transgresión de estas *graves violaciones de los derechos humanos*; pero la noble intención para concertar lo dicho por las normas internacionales con las descripciones contenidas en los tipos y pese a ahondarse en las cuestiones históricas para dar

aplicación a la *imprescriptibilidad*, su alcance en punto del significado del *contexto* de los crímenes, se convierte en un asunto de interpretación propia que, como veremos aumenta o disminuye las exigencias de su contenido, dejando a un lado el alcance conceptual de los elementos que componen los crímenes modernamente en el ER.

Se hace necesario comenzar analizando el criterio utilizado para imputar *crímenes de lesa humanidad* y posteriormente abordar el tema del *genocidio*, pues a diferencia de los crímenes de lesa humanidad, el genocidio tiene una consagración legal a nivel interno, que hace imposible la distinción clara de las situaciones referentes a ataques a *grupos políticos*, que se incluye en el tipo de genocidio del Código Penal (2000) y que a su vez hace parte central de persecución que se da en los crímenes de lesa humanidad.

2.3.1 Configuración del *contexto* en los crímenes de lesa humanidad y el genocidio

Con base en las decisiones judiciales nacionales.

2.3.1.1 Breves precisiones previas acerca del contexto en el marco del ER.

Antes de poder entrar a entender las diversas decisiones que se presentan en torno a la interpretación de aquellos delitos que se compadecen con aquellas descripciones contenidas en los crímenes internacionales; es preciso distinguir, entre aquella política criminal que se desprende de los parámetros dispuestos por el sistema de derecho penal que se crea con el Estatuto de Roma, y la política criminal que persigue propiamente el sistema de derecho penal internacional, en punto de la selección de los casos a juzgar.

Mientras que en los órganos internacionales, como la Corte Penal Internacional y los tribunales penales internacionales, la selección de los individuos que van a ser sometidos

juzgamientos deberían ser los máximos responsables de la *violencia organizada* (Werle, G., 2005, p. 94) en atención a que se trata de conductas sufridas a *gran escala o de manera masiva*, por lo que un juzgamiento para todas las partes de esa estructura organizada para cometer los crímenes o también llamada *joint criminal enterprise* (Ambos, K., 2005, p. 82) resultaría una tarea de titánicas proporciones, más aun si tenemos en cuenta cifras de víctimas a nivel mundial colosales como la de 50 millones al año 1997¹⁹; el sistema creado para juzgar los crímenes del artículo 5 del ER (1998), no se limitan al ámbito de imputación de los grandes responsables de las atrocidades, al contrario la estructura del ER permite atribuir responsabilidad a cualquier individuo que cumpla con los presupuestos de los elementos contextuales de los crímenes.

En este sentido, refiriéndose a los criminales, el literal *a* del numeral 3 del artículo 25 del ER, prescribe: «[...] si esta persona: a) *Comete tal crimen, sea como individuo, conjuntamente con otro o a través de otra persona, sin importar que esa persona no resulte criminalmente responsable.*» (Traducido por el autor); esto quiere decir que no se necesita de varios individuos para cometer una conducta que pueda constituirse como un crimen internacional, ciertamente una sola persona no podrá constituir una guerra, pero una sola persona podrá ciertamente en guerra cometer una conducta constitutiva de un crimen de guerra; al respecto el artículo 8 del ER (1998) realiza la siguiente distinción: « *La Corte tendrá jurisdicción respecto de los crímenes de guerra, en particular, cuando sean cometidos como parte de un plan o política o como parte de su comisión a gran escala de tales crímenes. [...]*», esto quiere decir que cualquier conducta del catálogo de ese artículo que sea cometida en un *contexto* de guerra, puede ser juzgado por la Corte Penal Internacional, solo que particularmente la juzgará cuando cumpla con alguno de los elementos especiales, como un plan, una política o una masividad en la comisión de tales crímenes.

19 Ver página 12.

Particularmente, este criterio podría ser utilizado para juzgar muchísimos casos ocurridos en Colombia en punto de lo prescrito en el literal c) del artículo 8 del ER (1998), que dicta que : *«En el caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes **actos cometidos contra personas que no participan directamente en las hostilidades**, [...]».*

Dice el profesor Gerhard Werle (2005, p. 94) que el *contexto* en los crímenes de genocidio se encuentra en la intención del autor para devastar total o parcialmente a alguno de los grupos que se pretende proteger con la norma, pero resalta a su vez [...] *El elemento material del genocidio no requiere que el acto individual tenga que ser parte de una conducta sistemática o un ataque generalizado al grupo, aun cuando típicamente éste sea el caso. [...]* (Werle, G., 2005, p. 191,192), del enunciado podemos concluir que al igual que en los crímenes de guerra, el contexto en los crímenes de genocidio en el ER no requiere que se trate de un acto cometido como parte de un plan o política, al margen de una *empresa criminal conjunta* o de un *gobierno o una autoridad de facto*, o de una masividad en su comisión para que se pueda desprender responsabilidad penal, como se requería por ejemplo en el juzgamiento *Kristic* del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia o de cualquier otro *criterio cuantitativo* que se requiriera por el sistema de DIP (Fernández, C., 2011, p. 180-184) lo verdaderamente importante es la intención directa del autor para acabar con el *gen* al que pertenece un *grupo* según el ER.

Por otra parte, el *contexto* en el artículo 7 del ER (1998) se encuentra dispuesto en su parte introductoria disponiendo lo siguiente: *«[...] se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes **cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil** y con conocimiento de dicho ataque: [...]*», esto quiere decir que las descripciones fácticas que se disponen en el resto de la previsión, deben estar atadas

inescindiblemente a tres elementos: Un ataque, el carácter *generalizado* o *sistemático*, y en contra de la población civil; veremos más adelante cuál es el alcance del segundo punto.

Estos rasgos de los crímenes permiten diferenciar elementos de la norma como por ejemplo de la *población civil*, como objeto de protección en el artículo 7 del ER y el artículo 8 del ER, pues en el segundo requiere de *estado de guerra* para que se pueda configurar, mientras que los primeros pueden configurarse en tiempos de paz, además de que no excluye la posibilidad de que en situaciones de *conflicto armado* se puedan cometer crímenes de lesa humanidad o incluso que *una determinada conducta pueda configurar uno o más crímenes*. (Asamblea de Estados Parte, 2002, introducción-numeral 9)

2.3.1.2 Criterio interpretativo del contexto de los crímenes internacionales en las decisiones judiciales.

Hecho el breve marco de referencia respecto de la configuración del *contexto* en los crímenes internacionales en el marco del DPI, es necesario abordar el contenido de las decisiones judiciales que se pronuncian al respecto. En este sentido, la investigación permitió determinar como primer marco de referencia la aplicación de los raceros impuestos por el sistema internacional de protección de los derechos humanos, resultado del pronunciamiento hecho por la CSJ en el 2009 dentro de la investigación adelantada en contra del ex Gobernador del departamento de Sucre, el señor Salvador Arena Sus, en un momento en el que aun se discutía sobre la configuración del « [...]delito de lesa humanidad [...]» (Corte Suprema de Justicia, proceso 32672, 21. 2009), al respecto se indicó:

« [...] El ataque sistemático o generalizado implica ***una repetición de actos criminales dentro de un periodo, sobre un grupo humano determinado al cual se le quiere destruir o devastar (exterminar) por razones políticas,***

religiosas, raciales u otras. Se trata, por tanto, de delitos comunes de máxima gravedad que se caracterizan por ser cometidos de forma repetida y masiva, con uno de tales propósitos. [...]» (Corte Suprema de Justicia, proceso 32672, 24. 2009)

Aun cuando pudiera parecer que se utilizan los verbos rectores de la conducta de genocidio del artículo 101 del Código Penal (2000), para hacer la adecuación típica, lo que verdaderamente se muestra es que el carácter *sistemático y generalizado* que hacen parte del *contexto* utilizado exclusivamente por los crímenes de lesa humanidad, se entienden como actos que deben ser cometidos de manera repetitiva y adicionalmente en contra de la multiplicidad de personas.

Pero esta situación, no solo es necesaria para que se configuren los crímenes de lesa humanidad, sino también para hacer la adecuación del tipo de genocidio, en este sentido se precisó en el procesamiento del ex Senador de la República Cesar Pérez García, de la siguiente manera:

« [...] al doctor César Pérez García se le acusa en calidad de determinador por los delitos de homicidio múltiple agravado (atentado contra la vida de 44 personas), lesiones personales agravadas (atentado contra la integridad física de 32 personas) y concierto para delinquir, los cuales se enmarcan dentro del contexto de un crimen contra la humanidad que se ha categorizado como Genocidio, como una especie del género de los crímenes de Lesa Humanidad, [...]» (Corte Suprema de Justicia, proceso 33118, 5, 2013)

Lo anterior, significa que para que se configure el delito de genocidio dispuesto en el artículo 101 del Código Penal (2000), es necesario que se cumplan con las situaciones de contexto previstas exclusivamente en el artículo 7 del ER (1998), marcando una clara distinción

con la interpretación respecto del crimen de genocidio dada en el ER. Tal como se confirma en el caso denominado *La masacre de Segovia* en el que se dijo:

[...] La masacre de Segovia hace parte del conjunto de hechos ocurridos contra la UP en todo el país, en diversas regiones y períodos, circunstancias que evidencian su generalización. [...]»

(Corte Suprema de Justicia, proceso 33118, 59, 2011)

Este tema será retomado con posterioridad en punto de los tipos penales que pueden ser constitutivos de crímenes internacionales; así, la intención de la exposición hecha es simplemente mostrar que aquel condicionamiento en el que las conductas son parte de una situación que comprende varios actos para configurar el ilícito internacional, hace que exista una mayor exigencia para que se pueda configurar una conducta que tenga la calidad para vulnerar el ordenamiento jurídico internacional.

Otro caso que confirma el criterio antes expuesto frente al elemento de sistematicidad y generalidad, es el caso de la muerte de la *doctora Gloria Lara de Echeverri* en el que fue inadmitido el recurso de revisión en contra de la decisión que habría puesto fin a la investigación penal iniciada en contra de los responsables, se dijo en sentencia que: «*El carácter **generalizado** del ataque implica que debe ser masivo, frecuente o lo que es igual, dirigido contra una multiplicidad de víctimas, lo cual implica que la víctima es colectiva* » (Corte Suprema de Justicia, proceso 34180, 64, 2012) (Resaltado propio). Encontró la CSJ que el acto que se había cometido no era parte de la comisión masivo y frecuente, por lo que no tenía la calidad para poder ser entendido como un crimen de lesa humanidad.

En igual sentido el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá analizando la segunda instancia del proceso adelantado en contra del señor Alfonso Plazas Vega, cita como referencia directa la sentencia de Salvador Arenas Sus, (Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Bogotá, proceso 110010704003200800025 09, 488, 2012) en cuanto al alcance de lo que significa un contexto *generalizado y sistemático*, y deduce lo siguiente:

« [...] *Es también con fundamento en pluralidad de testimonios anteriores a la toma del Palacio de Justicia y con ocasión de ella, que se establece una práctica habitual y sistemática en la lucha contra la subversión, del traslado de quienes despertaban sospecha de ser miembros de grupos al margen de la ley a guarniciones militares [...]*» (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proceso 110010704003200800025 09, 135, 2012).

También al igual que en los tribunales colombianos, la Corte IDH hace su propia interpretación y delimitación del contexto de los crímenes de lesa humanidad, en el caso a tratar: «[...] *gobernó en Chile una dictadura militar que dentro de una política de Estado encaminada a causar miedo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, mediante una serie de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, [...]*» (Corte IDH, Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, 2006, párr.103); nuevamente se remite el carácter masivo que debe tener el ilícito para que se pueda cumplir con el contexto, pero además limitan el contexto a las acciones que pueda desplegar el Estado, razón por la cual los grupos al margen de la ley como *grupo político organizado* que surgen con ocasión de los conflictos no internacionales, no podrían cometer crímenes de lesa humanidad.

Pero existe una diferencia con lo que sucede en el orden interno, la Corte IDH encuentra que un solo acto sí puede constituirse como un crimen de lesa humanidad, tal como expone:

« [...] *la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito*

como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad. [...]» (Corte Interamericana de der... Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, 2006, párr. 96)

Esta es una correcta apreciación del entendimiento del contexto de los crímenes de lesa humanidad, como veremos en el siguiente numeral; lo importante a resaltar es el entendimiento propio que tienen los judiciales respecto a los elementos necesarios para que se configure un crimen internacional, es diferente de aquella que se utiliza en el DIP *moderno*, esto implica que pueden escaparse situaciones que para el sistema penal internacional si constituiría un crimen, lo que implica que se disminuyan estándares de protección para los derechos humanos, más aun cuando se exige masividad y sistematicidad para configurar un genocidio.

2.3.1.3 Configuración del contexto de los crímenes de lesa humanidad en el sistema internacional de derecho penal.

Quedando clara, la configuración que se le da al *contexto* para poder configurar un *crimen de lesa humanidad* en Colombia, se hace preciso poner de presente la posición sostenida por la más alta autoridad académica en el ámbito del estudio del DIP, el profesor Antonio Cassese (2008), que no solo servirá para encontrar el inadecuado entendimiento del contexto en los crímenes de lesa humanidad, sino que también vale para el criterio introducido en el artículo 15 de la Ley 1719 de 2014, respecto a los *actos de violencia sexual* cuando dispone que: « *[...] se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque, de conformidad con las definiciones del artículo 7° del Estatuto de Roma y los elementos de los crímenes desarrollados a partir de ese Estatuto.*».

En relación con el *contexto* necesario para que se configure un crimen de lesa humanidad, se anota:

*«No se trata de un incidente aislado o esporádico, y deben ser parte de una práctica o ataque atroz generalizado o sistemático, que provenga como parte de una política de gobierno o que el gobierno o la autoridad de facto tolere, permita u orqueste dichas acciones. Ciertamente, es requerido que ese crimen en particular sea la repetición de un crimen similar o como integrante de esos crímenes (práctica generalizada) o que sea la manifestación de una política o plan de violencia concebido o auspiciado por las autoridades del Estado o por los comandantes de una organización de un Estado de facto o como parte de un grupo político organizado (práctica sistemática). **Empero, estos elementos contextuales no significa necesariamente que un acto individual que comprenda un crimen de lesa humanidad (homicidio, tortura, violación, persecución, etc.) tenga que repetirse en el tiempo o espacio; en otras palabras aun cuando la misma conducta ofensiva puede ser cometida a gran escala, puede ser también suficiente que la conducta cometida (homicidio, tortura persecución, etc.) pueda ser parte de un ataque masivo en contra de población civil, cualquiera que sea la forma de la violación, cuando ésta haya sido parte de la violencia a gran escala.»** (Cassese, A., 2008, p. 98-99)*

(Traducido por el Autor) (Resaltado propio)

De este enunciado podemos inferir varias cosas, lo primero, que él o los sujetos destinatarios de la imputación de la conducta deben pertenecer a una *autoridad del Estado*, de una organización que constituya un *Estado de facto* o de un *grupo político organizado*, lo que marca una clara diferencia con la persecución que se le puede a dar a otros delitos que se persiguen a nivel internacional, como el tráfico de drogas, que aun cuando pueda tener una estructura organizada, una cadena de mando, como funciona en las mafias e incluso cometer otros actos delictivos a gran escala u otros como la corrupción transnacional, no podría ser perseguido por el ER.

Lo segundo, es que la palabra *generalizado* del artículo 7 del ER (1998), para el derecho internacional tiene que ver con que el hecho cometido provenga de una violencia a gran escala o que haga parte de esa violencia; lo segundo, es que el carácter *sistemático* se refiere a que el acto sea parte de un *plan o política* proveniente de una estructura organizada que tenga el monopolio de la violencia, por esto se incluyen tanto las autoridades del Estado, un Estado de facto o cualquier grupo político organizado.

En este sentido, no necesariamente para que una conducta se constituya como un crimen de lesa humanidad debe repetirse en el tiempo, pues el elemento *sistemático* no se predica de la frecuencia con que se cometa la conducta, sino que esta última obedezca a un *plan o política* que debe provenir del *Estado*, del *Estado de Facto* o de un *grupo político organizado*, para cometer los fines descritos en los crímenes de lesa humanidad.

Igualmente, para que se configure el elemento *generalizado* de los crímenes de lesa humanidad, tampoco es preciso que la conducta se cometa de forma masiva o dirigida en contra de una multiplicidad de víctimas, basta con que la conducta recaiga sobre *una persona* que sea considerada población civil (Elementos de los Crímenes, 2002, artículo 7, 1.), pues lo realmente importante como se dijo, es que el ataque proveniente de las estructuras antes mencionadas hagan parte de ese *plan o política*, para que se pueda cumplir con los presupuestos del *contexto* del injusto internacional.

Lo que también es predicable para el *crimen de genocidio*, es que en este tampoco es necesario que la conducta sea cometida a *gran escala*, es suficiente que la conducta recaiga sobre una *sola persona* del grupo atacado, para que se configure la conducta artículo (Elementos de los Crímenes, 2002, artículo 6 y s.s.).

Otro argumento que refuerza lo dicho es que si la masividad o multiplicidad de víctimas se constituye como un elemento necesario para la configuración de los crímenes internacionales,

la *tentativa* de cometer estas acciones consagrada en el literal c) y f) del artículo 25 del ER (1998) no podría ser sancionada, pues no se habría cumplido el requisito para configurar el *contexto*.

Esto dejaría claro que una interpretación que tenga como fundamento una exigencia de masividad y repetición, para que se pueda hacer aplicación de la normativa penal internacional, hace que los requerimientos para su configuración resulten en una exigencia mayor a la que requiere el sistema penal internacional; pues para este sistema pueden existir actos que sean constitutivos de un crimen de lesa humanidad, sin que se tenga que repetirse en el espacio-tiempo o que esta situación impida su punición a nivel internacional.

2.4 Los delitos del sistema penal colombiano que pueden ser constitutivos de crímenes de lesa humanidad

Lo segundo que se debe abordar, es la determinación de cuales tipos penales del Código Penal de 1980 y del Código Penal de 2000, hacen parte de los delitos que pueden tener la entidad para convertirse en crímenes de lesa humanidad. Pero es preciso hacer la aclaración que no se trata de los únicos que pueden ser catalogados como crímenes internacionales, pues como se verá solo resulta indispensable que la descripción contenida en los verbos rectores de la conducta típica del Código Penal interno, coincidan de manera objetiva con el reproche especial que se haga desde la norma penal internacional.

En el Código Penal de 1980, encontramos que se han pronunciado de la siguiente forma:

1. «[...] *El concierto para delinquir* [...]» (Corte Suprema de Justicia, proceso 29472, 2008, p. 18);
2. «[...] *El secuestro* [...]» (Corte Suprema de Justicia, proceso 34180, 2010, p.74);
3. «[...] *El homicidio* [...]» (Corte Suprema de Justicia, proceso 30380, 2010, p. 56);
4. «[...] *tentativa de homicidio* [...]» (Corte Suprema de Justicia, proceso 30380, 2010, p. 56);

5. «[...] *Las lesiones personales* [...]» (Corte Suprema de Justicia, proceso 30380, 2010, p. 56).

Y en el Código Penal de 2000, las siguientes:

1. «[...] *las desapariciones forzadas* [...]» (Corte Suprema de Justicia, proceso 33118, 2013, p. 96);
2. «[...] *la tortura* [...]», (Corte Suprema de Justicia, proceso 33118, 2013, p. 96);
3. «[...] *los homicidios por motivos políticos* [...]» (Corte Suprema de Justicia, proceso 33118, 2013, p.96);
4. «[...] *desplazamiento forzado* [...]» (Corte Suprema de Justicia, proceso 33118, 2013, p.96);
5. «[...] *el concierto para delinquir* [...]» (Corte Suprema de Justicia, proceso 33118, 2013, p.96);
6. «[...] *violaciones* [...]» *entendida como acceso carnal violento* (Corte Suprema de Justicia, proceso 32022, 2009, p. 222);
7. «[...] *tentativa de homicidio* [...]» (Corte Suprema de Justicia, proceso 33118, 2013, p.96);
8. «[...] *el genocidio* [...]» (Corte Suprema de Justicia, proceso 32672, 2009).

Además, se mencionan otras conductas que no tienen una consagración típica específica pero que deben referirse a situaciones de homicidios múltiples como en el caso de *masacres* o a homicidios por razones políticas cuando se habla de *asesinatos* (Corte Suprema de Justicia, proceso 33118, 2010, p. 66) (Corte Suprema de Justicia, proceso 32022, 2009, p. 222).

2.4.1 El concierto para delinquir como crimen internacional.

En el transcurso de la investigación se pudo determinar que la inclusión del concierto para delinquir debía ser catalogado como un crimen de lesa humanidad, teoría que se ve cimentada desde el año 2008 por la Corte Suprema de Justicia, para resolver en principio casos vinculados

con el paramilitarismo. En sentencia de segunda instancia proferida dentro del proceso de justicia y paz en el marco de la Ley 975 de 2005, luego de ser desatado el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público para que se declarara la exclusión del desmovilizado de las Autodefensas Unidas de Colombia, Manuel Torregrosa Castro de los beneficios de la mencionada ley, se consideró que el tipo penal del concierto para delinquir podía constituirse como un crimen de lesa humanidad, y expuso que en distintos instrumentos internacionales, como:

- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. III.
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada en Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, art. 4.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada por la Asamblea General de la OEA en Cartagena de Indias en 1985, art. 3.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. 2.
- Estatuto de Roma (1998) art.25.

Podía encuadrar en dicha normativa el tipo penal y dice de la siguiente manera que:

«Teniendo en cuenta que los reatos ejecutados por los postulados se refieren a desapariciones forzadas, desplazamiento forzado, torturas, homicidios por razones políticas, etc., y como dichos punibles se entienden comprendidos dentro de la calificación de delitos de lesa humanidad, tal valoración se debe extender al denominado concierto para delinquir agravado en tanto el acuerdo criminal se perfeccionó con tales propósitos.» (Corte Suprema de Justicia, proceso 29472, 2008, p.18)

Más aun, según lo sostenido por la CSJ, el concierto para delinquir, se constituye como una imputación obligatoria para aquellos procesos que se adelantan en el marco de la Ley 975 de 2005, para demostrar que la conducta que se juzga tiene una relación directa con las actividades o políticas, y que el grupo al margen de la ley se encontraba ejecutando dichas actividades como

parte de la estructura organizada a la que pertenece el individuo procesado, en tal sentido se expresa:

« [...] Es claro, que si los destinatarios de la Ley son los miembros de grupos armados ilegales, las conductas punibles respecto de las cuales se ha de proferir sentencia con miras a la imposición de pena alternativa, debieron haberse cometido al interior de la respectiva organización, efecto para el cual el delito de **concierto para delinquir se perfila en un componente obligado en la formulación de imputación, la formulación de cargos y el fallo, de lo cual adolece esta actuación.** [...]» (Corte Suprema de Justicia, proceso 31539, 2009, p. 6)

En el recurso de casación resuelto por la CSJ en el caso del General retirado Rito Alejo del Rio por los hechos ocurridos el 7 de septiembre de 1996, se dijo citando la sentencia antes mencionada que «**La Corte ha señalado que el concierto para delinquir con fines de paramilitarismo es un delito de lesa humanidad.**» (Corte Suprema de Justicia, proceso 30510, 2009, p. 31).

En el proceso del Gobernador de Sucre Salvador Arana Sus, en el que se le indilgaba su presunta participación en el homicidio del alcalde municipal de El Roble, con la ayuda prestada por el bloque de Autodefensas Unidas de Colombia de la región, se expuso:

«**Cuando una empresa criminal se organiza con el propósito de ejecutar delitos como desaparición forzada, desplazamiento forzado, torturas, homicidios por razones políticas, etc., punibles que se entienden comprendidos dentro de la calificación de delitos de lesa humanidad, dicha valoración se debe extender al denominado concierto para delinquir agravado en tanto el acuerdo criminal se perfeccionó con tales propósitos.**» (Corte Suprema de Justicia, proceso 32672, 2009, p. 30). (Resaltado propio)

En el caso denominado *la masacre de Segovia* que tenía por objeto determinar la responsabilidad penal del ex congresista, César Pérez García también se consideró:

«El análisis que aquí corresponde, se limita a determinar si una conducta cometida con anterioridad a la expedición de la Ley 589 de 2000, puede ser catalogada como punible, vgr, bajo la descripción del delito de genocidio, aún cuando este tipo penal no se había consagrado en la legislación penal interna, pero la misma encuadra dentro de las exigencias de tratados internacionales que obligan que su tipificación sea como tal y no como otra conducta, aunado a la posibilidad de que frente a la misma no se pueda hablar de prescripción de la acción penal, en atención a su definición como delito de Lesa Humanidad. 2010» (Corte Suprema de Justicia, proceso 33118, 2010, p. 27,28).

2.4.1.2 El problema del tipo penal de concierto para delinquir en el derecho penal.

Esto tiene graves implicaciones para el sistema penal nacional, en tanto que puede partirse de un tipo penal como lo es el *concierto para delinquir* para imputar crímenes de lesa humanidad; el concierto para delinquir es en sí un adelantamiento a la barrera punitiva del delito, en el sentido de que formas de tentativa que apenas alcanzan el grado de actos preparatorios pueden constituirse como delito (Salvador, M., 2006, p. 8, 9); ahora, si agregamos que puede utilizarse este tipo para imputar crímenes de lesa humanidad, resultaría siendo una herramienta supremamente útil y *peligrosista* para atacar a las *no personas*, como veremos más adelante en el desarrollo del tercer capítulo.

2.4.2 El especial problema del tipo penal de *genocidio* como crimen internacional.

En Colombia, resulta aún más confuso para los operadores jurídicos que el artículo 101 del Código Penal (2000) consagra el genocidio con una idéntica descripción típica que la presentada en el artículo 6 del ER (1998), pero agregando un elemento, dice así: «*El que con el propósito de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial, religioso o **político**, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros incurrirá en [...]*», esto quiere decir que el tipo penal de la legislación de 2000 permite que cuando el *ilícito internacional* se cometa en contra de miembros un *grupo político* se puede calificar la conducta como *genocidio*.

2.4.2.1 Ejemplo español de la inadecuada interpretación del crimen de genocidio.

Cabe anotar que la confusión respecto de lo que es un crimen de genocidio, no resulta una práctica extraña o exclusiva de nuestra jurisdicción penal, en España el reproche penal que en principio se le hacía al capitán de corbeta Adolfo Francisco Scilingo Manzorro, por las conductas cometidas durante la época de la dictadura en Argentina, no eran categorizados como crímenes de lesa humanidad sino como genocidio, entendiendo que lo ocurrido se realizó con la intención de destruir total o parcialmente un *grupo nacional*. Así explica la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España (1997):

«6. La Sala rechaza la calificación propuesta de delito de genocidio, si bien con los matices que a continuación se verán.

*En el momento actual, y recalcamos que se trata del momento actual, en atención a los hechos que estrictamente se consideran probados, éstos no se ajustan al tipo de genocidio previsto en el art. 607 del Código Penal. Entre los elementos definidores del tipo penal están el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, **debiéndose entender que como tal grupo, sin incluirse a los grupos no estables en si mismos como tales grupos, lo que excluiría específicamente a los grupos políticos. La destrucción parcial de un grupo nacional no es equivalente ni debe abarcar el “autogenocidio”, es decir la destrucción parcial del propio grupo nacional, aunque puedan existir “subgrupos” diferenciados por la ideología.***

Es necesario tener en cuenta que la Sala da esta interpretación superrestringida y restringida del delito de genocidio en el momento actual, precisamente por haberse incorporado al Código Penal el tipo referido a los delitos de lesa humanidad, de carácter más amplio, y que obliga a reinterpretar este delito en el sentido indicado. No obstante, en el momento de la producción del hecho y hasta la entrada en vigor de este precepto, era correcta su tipificación penal como delito de genocidio. (...).» (Resaltado propio)

El interpretar que una conducta constitutiva de genocidio puede incluir dentro de sus presupuestos la persecución a un *grupo político* presupone retomar el criterio utilizado en 1997 por el *a quo* de la Audiencia Nacional de España, y que sería calificada de *autogenocidio*, dejando a un lado el criterio de distinción sentado desde la Convención en Contra de la Prevención y Castigo del Genocidio (1948), teniendo entonces que rectificarse de la imputación y debiendo juzgar la conducta como crímenes de lesa humanidad, como finalmente lo hizo la Sala Penal.

En este sentido, resalta la profesora Cristina Fernández (2011, p. 211-212):

El término “autogenocidio” fue planteado por primera vez en el informe WHITAKER como “destrucción masiva a nivel interno de una parte significativa de los miembros del propio grupo”. A partir de esta definición, el autogenocidio no puede ser aceptado sino en sentido no técnico, ya que su aplicación llevaría a la calificación indiscriminada como genocidio a casi cualquier tipo de masacre, sin admitir ninguna tipo de distinción de corte jurídico.

2.4.2.2 El genocidio en Colombia como crimen de lesa humanidad.

Explicado el *contexto* que se requiere en el ER para que se configure un crimen de genocidio y los crímenes de lesa humanidad, dejando en claro que se trata de conductas independientes en su contenido y ámbito de protección, como bien lo explica la profesora Fernández (2011, p. 271-275), la interpretación como se verá de las decisiones judiciales colombianas retoma criterios superados incluso por los parámetros sentados por el DIP.

En este sentido, lo primero que resulta notorio es que se recurre al tipo penal interno del genocidio para realizar una interpretación del crimen de genocidio produciendo fenómenos jurídicos, tales como incluir al genocidio como una de las posibles conductas que se pueden cometer como parte del catálogo de crímenes de lesa humanidad, en este sentido se expresa la Corte:

*«El análisis que aquí corresponde, se limita a determinar si una conducta cometida con anterioridad a la expedición de la Ley 589 de 2000, **puede ser catalogada como punible, vgr, bajo la descripción del delito de genocidio**, aún cuando este tipo penal no se había consagrado en la legislación penal interna, pero la misma encuadra dentro de las exigencias de tratados internacionales que obligan a que su tipificación sea*

como tal y no como otra conducta, aunado a la posibilidad de que frente a la misma no se pueda hablar de prescripción de la acción penal, en atención a su definición como delito de Lesa Humanidad.[...] El contenido del proyecto se centra en la tipificación de la desaparición forzada de personas, del genocidio y de la ampliación típica de la tortura, incorporando estos tres delitos como un capítulo nuevo del Código Penal que los agrupe como delitos de lesa humanidad, respondiendo a los requerimientos de carácter internacional y a la realidad de nuestro país.» (Corte Suprema de Justicia, proceso 33118, 2010, p. 27) (Resaltado propio)

Cabe decir que al agregarse el elemento político al genocidio e incluirlo como crimen de lesa humanidad, representa volver a la concepción prevista en el literal c) del principio VI de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (1950), la cual dispone al respecto que:

«Delitos contra la humanidad:

El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él. » (Resaltado propio)

Es notoria la inclusión de actos de persecución por motivos *raciales y religiosos*, situaciones que actualmente se encuentran divididas por el ER en categorías distintas, las cuales son posible distinguir así: 1. Desde el objeto de protección, pues en el crimen de genocidio es la preservación de *grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos* y para los crímenes de lesa

humanidad es la protección de *población civil*, aun cuando se incluyan conductas como el *crimen de apartheid* que también protege *grupos raciales*, se sanciona la *opresión* o *dominación* mas no la intención de acabar con el grupo y, 2. Porque para cometer un crimen de genocidio no se necesita un contexto como en los crímenes de lesa humanidad.

No obstante la anterior distinción, la CSJ se ha pronunciado diciendo: «***El ataque sistemático o generalizado implica una repetición de actos criminales dentro de un periodo, sobre un grupo humano determinado al cual se le quiere destruir o devastar (exterminar) por razones políticas, religiosas, raciales u otras.***» (Corte Suprema de Justicia, proceso 32672, 2009, p. 30). (Resaltado propio)

En este punto notamos tres cosas, la primera es que dada la posición sentada por la CSJ, el genocidio necesita cumplir con los presupuestos de *contexto* para que se configure un crimen de lesa humanidad, lo que implica una exigencia mayor para la configuración del ilícito, lo que no sucede en el ámbito internacional. Lo segundo, es que al parecer los criterios interpretativos que utiliza la CSJ para entender el genocidio, es el *exterminio* del numeral b) del párrafo 1 del artículo 7 del ER (1998), con la *persecución de un grupo o colectividad fundada en motivos políticos* de la que trata el numeral h) de ese mismo artículo. Tercero, esta postura contradice directamente el concepto de genocidio que estructura el derecho penal internacional a partir de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y su desarrollo desde la práctica internacional.

El artículo 2 de la mencionada Convención (1948), prescribe lo siguiente: «*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 [...]*» es claro que a diferencia del principio VI de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (1950), la categoría de *genocidio* no

concibe dentro de su marco de protección conductas que tengan por objeto la persecución de grupos que se identifiquen por su ideología *política*.

2.5 El problema “clásico” de la determinación de la pena a imponer

Finalmente, nos enfrentamos al problema de la inexistencia de pena para la conducta *nullum crimen sine poena*, pues los instrumentos internacionales en la mayoría de los casos solo mencionan la obligación de integrar la conducta al ordenamiento, pero en cuanto a la pena se deja a discrecionalidad del Estado, haciendo en ocasiones la advertencia de que se deben tratar como los delitos más gravosos del sistema penal, como en el caso de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

En este punto no existió mayor dificultad para decir que la pena aplicable al delito es la pena más gravosa que se encontrara vigente para la época de la comisión del ilícito, de tal manera considera el motivante: *«El juzgado consideró, luego de señalar el ámbito de movilidad y de establecer los cuatro cuartos punitivos, que la pena a imponer por el concurso de delitos de desaparición forzada era de 30 años, monto máximo que no se podía desbordar con fundamento en que la pena máxima autorizada en los términos del Código Penal de 1980 era de 30 años»* (Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, proceso 11001070400320080002509), es decir que utiliza la misma solución que se dio en su momento por el Tribunal Penal Internacional de Núremberg, pero que en ningún caso se compadecen con los presupuestos del derecho penal continental.

Nótese además que no se hace referencia a la regla contenida en el ER (1998), la cual prevé en sus artículos 77 y 78, que la pena a imponer dentro del respectivo proceso que adelantare la CPI dependerá de la máxima sanción penal que consagrara la legislación penal del Estado que suscribiera el Estatuto, que para el caso de Colombia también sería de 30 años.

2.6 La categorización de los tipos penales con arreglo al derecho penal internacional

Tal como se ha mostrado, los tipos penales que son utilizados para realizar la adecuación de las conductas a aquello que constituye un crimen del internacional, solo necesitan recoger las acciones objetivas que encuentran una identidad con las conductas descritas igualmente en las prohibiciones internacionales. En tal sentido, se abordaran dos partes la primera respecto de los elementos volitivos que se necesitan a nivel internacional para hacer al autor responsable se expondrán las características

2.6.1 Precisiones del fundamento de la imputación subjetiva de los crímenes internacionales y su relación con los tipos penales.

El considerar conductas como el concierto para delinquir, torturas y desapariciones forzadas, dentro del repertorio de acciones que guardan una identidad con las enunciadas en los crímenes internacionales, gracias a la *categorización* (Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, proceso 11001070400320080002509, 2012), implica reinterpretar el alcance y contenido de las conductas internacionales a nivel local.

Resulta supremamente difícil para los Estados con modelos continentales de derecho penal realizar el análisis del reproche penal de los crímenes internacionales desde la estructura dogmática de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, no solo porque metodológicamente el derecho internacional penal se ha basado en sistema penal anglosajón, que sustenta su análisis desde la estructura del *actus resus* y el *mens rea* para determinar la responsabilidad o porque en uno se protejan bienes jurídicos y en el otro intereses internacionales, sino por la distanciación que existe con la construcciones hechas por el ER de lo que son los crímenes internacionales.

Ahora bien, es cierto que en las decisiones tomadas por los judiciales hacen referencia a casos como el de *Duško Tadić*, en la sentencia de Salvador Arenas Sus o los casos *Dražen Erdemović y Lubanga* en el proceso de Gian Carlo Gutiérrez Suárez, y que el desarrollo y alcance de los crímenes internacionales se encuentran en permanente construcción por su naturaleza consuetudinaria, pero esto no quiere decir que no existan parámetros básicos ya definidos por el derecho internacional para darles lectura.

La lectura especial que tienen los crímenes internacionales permite la configuración del *contexto*, logrando distinguir cuando una conducta se puede constituir como un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra o cuando en tiempos de guerra se cometen crímenes de lesa humanidad, como se explicó en el aparte de las precisiones del *contexto* en el DPI. Pero la confusión que se presenta con las situaciones que constituyen el *contexto*, no son las únicas que se pueden confundir con las concepciones que tiene el Estado respecto a los alcances de los elementos típicos de un delito.

Como fue puesto de presente en la introducción, la pretensión de la tesina no se encuentra dirigida a delimitar el alcance interpretativo que deben tener los tipos penales a nivel interno o del alcance de los crímenes internacionales en el plano internacional, pues ciertamente un Estado puede en virtud de su libertad de configuración legislativa y su *autodeterminación*, tipificar elementos adicionales, exigencias más altas a las contenidas en los crímenes internacionales o porque no, realizar sus propias interpretaciones frente al alcance de sus elementos que configurarían esos crímenes internacionales, con el objeto de proteger de una manera más preponderante a los ciudadanos que sean víctimas de dichas conductas.

El problema radica no solo en la falta de aplicación integral de las normas del ER incluyendo aquellas de procedimiento y prueba e incluso en los límites de la pena a imponer según la mencionada norma, sino en la distorsionada visión de los elementos que configuran los

crímenes, lo que representa para los individuos del Estado: 1. Una indeterminación en los criterios que se utilizaran para realizar su juzgamiento y, 2. Una disminución en los estándares internacionales en materia de protección de los derechos de las víctimas, teniendo en cuenta que la exigencia para la configuración del *contexto* de los crímenes de genocidio o de lesa humanidad como se ha visto en las decisiones, requiere un carácter repetitivo y masivo para que se configure el ilícito internacional.

Tampoco es la intensión decir que las conductas juzgadas no constituyen verdaderamente un crimen internacional, y ciertamente los elementos típicos de una conducta reprochada penalmente a nivel interno, puede coincidir en su descripción objetiva en la norma internacional; evidentemente cuando el ER prevé en sus literales a) y b) del artículo 7, categorías como *Asesinato* o *Exterminio* en nuestro sistema sería punible como homicidio o un homicidio múltiple, pero frente a otras conductas como el literal d) respecto de la *Deportación o traslado forzado de población*, podría confundirse de manera errada con los alcances que tiene el artículo 158 o el 180 del Código Penal (2000), que traen un lenguaje muy parecido, *traslado forzado de población* y en el Código *desplazamiento forzado*, como efectivamente se da en la argumentación de las decisiones del proceso del señor Cesar García (Corte Suprema de Justicia, proceso 33118, 2013, p. 96) (Corte Suprema de Justicia, proceso 45795, 2015, p. 48), siendo que para esa conducta en particular del ER se requiere que el traslado se realice por fuera de las *fronteras* del Estado (Naciones Unidas, ACNUR, 2011, p. 22) y no como lo prevén los tipos internos en la que basta con que exista un desplazamiento de su *sitio de asentamiento* o de su *lugar de residencia*.

Esto nos lleva a otro tema muy importante de estudio, como lo es la *intensión* que el autor debe tener frente al crimen para que se configure el ilícito internacional, especialmente en el punto de la culpabilidad. En este sentido, podemos distinguir una clara diferencia con nuestro sistema continental de derecho penal, en el que la voluntad del autor debe estar encaminada a

lesionar las *normas de determinación* que predeterminen el comportamiento de una persona; para el sistema de DIP, no es necesario que el autor tenga conciencia de la infracción a la norma internacional prohibitiva, por lo que es suficiente probársele que actuó con *recklessly* (Ambos, K. 2001, p. 44) para imputar la conducta.

El *reckless*, puede asimilarse a un tipo de negligencia que no se basa en los conocimientos personales y experiencias de vida, sino en aquel conocimiento deducible para cualquier persona por el hecho de ser *racional*, es decir que parte de la perspectiva *kantiana* en la que el fundamento del reproche de la culpabilidad se encuentra en *juicios analíticos* presupuestos, que no van a depender del convencimiento de la licitud de la conducta o de si se encuentra ajustada a derecho o a sus convicciones morales; esta característica hace que se disminuya la exigencia para cumplir con los presupuestos de culpabilidad a la configuración del ilícito, en tal sentido expone el doctor Kai Ambos « [...]debió haber sido posible para una persona razonable reconocer el injusto y, sobre esa base, comportarse de un modo ajustado a la norma.²⁰[...]» (Ambos, K., 2001, p. 44), esta es la razón que justifica desde Núremberg, la imputación del *mens rea* a los criminales de guerra y que aún hoy se mantiene, pues para el derecho internacional todas aquellas normas que protejan derechos humanos y DIH, son de *naturaleza universal* y se encuentran *más allá de cualquier cuestionamiento*, teniendo todos los *seres humanos* la obligación moral de guardar *respeto* y *observancia* por éstas (Ambos K., 2001, p. 95).

Igualmente, con respecto al punto de la culpabilidad el artículo 30 del ER (1998) integra esta visión con base a dos elementos *intention* y *knowledge*, que aún cuando en apariencia puede ser confundidos con los componentes del dolo, voluntad y conocimiento, la *intención* para este sistema solo requiere que el autor pueda determinar que en el normal curso de los acontecimientos sus actos podrían producir un resultado determinado, causalidad pura y el

20 Ibídem página 95

conocimiento que se refiere a la verificación de situaciones objetivas tales como: que se trataba de población civil, menores, mujeres, no combatientes o bienes internacionalmente protegidos, esto no quiere decir que el investigado deba conocer de las prohibiciones y los objetos que componen estas nociones internacionales, basta con que sepa por ejemplo: que se trataba de una escuela, una iglesia, un acueducto, que quien combatía depuso las armas o incluso simplemente que en las calles y casas de las ciudades viven personas, para afirmar que existía conocimiento de lo cometido; así entonces podemos concluir que los únicos aspectos que podrían excluir la culpabilidad en punto del conocimiento serían aquellos que se refirieran a una distorsionada percepción de la realidad, lo que marca una clara diferencia con nuestro modelo de derecho penal continental.

La lectura que se realiza por los judiciales para imputar dichos crímenes internacionales, no son distintos a los argumentos dados por los tribunales penales internacionales en su momento, y aun cuando los tipos penales que existían en el Código Penal de 1980 son lo suficientemente completos para reprochar lo cometido, se elucubra desde la normativa internacional para imputar la responsabilidad penal del individuo; cabe recordar que la jurisdicción de la CPI se activa no por la incorrecta adecuación del crimen internacional a la conducta cometida, sino por la falta de enjuiciamiento efectivo por parte del Estado.

2.6.2 Del fenómeno de la *categorización* de los crímenes internacionales.

Lo que verdaderamente sucede es que la *categorización* (Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, proceso 11001070400320080002509, 2012) que se realiza de los crímenes internacionales en tipos penales del Decreto 100 (1980), se constituyen como un verdadero *dispositivo* (Gómez, A. 2008, p. 34) que amplifica el contenido de los tipos, en tanto que al cumplirse con el hipotético de la representación que el autor tiene frente a la ilicitud de una

prohibición penal, permite predicar que la prohibición general de la norma internacional, aun cuando pueda tener una entidad diferente sí afecta directamente la culpabilidad del autor; en este sentido, las circunstancias especiales en las que se desplegó la conducta, resultan ser situaciones exógenas que son dadas y exigibles al individuo, por encontrarse vigente el nuevo régimen constitucional en 1991 y éste demandar el cumplimiento de la normativa internacional en materia de protección de Derechos Humanos y DIH.

Es posible citar dos ejemplos puntuales de lo anterior, el primero referente al señor Plazas Vega y el segundo frente al General Jesús Armando Arias Cabrales, en ambos casos se «categoriza» la conducta cometida como desapariciones forzadas, pues el tipo penal de secuestro del Código Penal de 1980, entendía que se trataba de una conducta de ejecución permanente, razón por la cual al estarse cometiendo hasta el día de hoy el secuestro, le son atribuibles las situaciones desfavorables que la legislación integró en el año 2000, en este sentido, justifica:

*«Sin embargo, en los últimos tiempos se ha entendido que **tratándose de delitos permanentes cuya comisión comenzó en vigencia de una ley, pero que se postergó hasta el advenimiento de una legislación posterior más gravosa, se impone aplicar esta última normatividad, [...] el tiempo durante el cual se ha lesionado el bien jurídico objeto de protección penal en vigencia de la nueva legislación más severa, es ontológicamente diferente del lapso de quebranto acaecido bajo el imperio de la anterior normatividad más benévola. (...) Segunda, si en materia de aplicación de las normas penales en el tiempo rigen los principios de legalidad e irretroactividad, en virtud de los cuales, la ley gobierna los hechos cometidos durante su vigencia, es claro que si se aplicara la norma inicial más beneficiosa, se dejaría impune, sin más, el aparte de la comisión del delito que se desarrolló bajo la égida de la nueva legislación más gravosa. (...) Tercera, si de acuerdo con el artículo 6° de la Carta Política, las personas pueden***

*realizar todo aquello que no se encuentre expresa, clara y previamente definido como punible, es evidente que cuando acomodan su proceder a un tipo penal sin justificación atendible, se hacen acreedoras a la pena dispuesta en el respectivo precepto. (...) Cuarta, obsérvese que **si a quienes comenzaron el delito en vigencia de la ley anterior se les aplicara la ley benévola de manera ultraactiva con posterioridad a su derogatoria, obtendrían un beneficio indebido**, pues si otras personas cometieran el mismo delito en vigencia de la nueva legislación se les impondría esa pena más grave, trato desigual que impone corregir la inequidad, **con mayor razón si en virtud del principio de proporcionalidad de la pena, el delito cuya permanencia se haya extendido más en el tiempo debe tener una sanción superior a la derivada de un punible de duración inferior [...]**» (Tribunal Superior del Distrito Judicial, 11001070400320080002509, 2012)*

(Resaltado propio)

Aquí se nota nuevamente la conciencia que tienen los judiciales frente al rompimiento de los presupuestos de favorabilidad que implican las normas penales nacionales, es decir, a sabiendas de que se está presentando una interpretación *in malam partem*, se pondera la necesidad de no dejar en *impunidad* lo que se cometió.

En cuanto al General Jesús Armando Arias Cabrales, no se habló de una *categorización* pero sí de una transformación del tipo penal del secuestro bajo los mismos argumentos que en la anterior decisión, en los siguientes términos:

«11.3 TRANSFORMACIÓN DEL TIPO PENAL DE SECUESTRO EN EL DE DESAPARICIÓN FORZADA [...] Los retenidos en este caso, entonces, fueron sometidos a secuestro simple desde el 7 de noviembre de 1985, y como continuó su ocultamiento hasta el 7 de julio de 2000, hasta esta fecha ese fue el delito cometido. **A partir de ese día la misma situación comenzó a llamarse desaparición forzada, porque desde entonces**

rigió una nueva ley que mantuvo la descripción típica esencial, el ocultamiento, y la adicionó con riqueza de detalles que estaban implícitos pero no eran novedosos en la tipicidad estricta anterior, solo que ahora quedaron enunciados textualmente en la norma: [...]» (Tribunal Superior del Distrito Judicial, 11001310405120090020303, 2014).
(Resaltado propio)

El mantenimiento de la *descripción típica esencial*, es lo que marca una clara *regla* para valorar cuando la conducta puede ser titulada como un crimen internacional. Es posible entender este concepto en punto de que el sujeto tuvo una *voluntad antijurídica* frente a *normas de determinación* que existían para la época, lo que le hace acreedor a que se le sancionen también todas las circunstancias especiales que se encuentran prohibidas por el derecho internacional.

2.7 Problemas de la *categorización* en el marco de una política criminal correctamente formulada

Sin embargo, « [...] *tanto la tipificación penal de una conducta como la fijación de la pena son asuntos que se enmarcan dentro de las competencias del legislador [...]*» (Bernal, C., 2008, p. 117) debiendo entonces este ser un límite para la aplicación de la política criminal, lo que resalta visible en las sentencias de la Corte Constitucional C 906 de 1996, C-239 de 1997 y C 301 de 1999.

Esta situación hace parte de la estricta *autorestricción* (Bernal, C., 2008, p. 118) que debe tener todo Estado de derecho para actuar sobre la libertad del individuo, lo que significa que el tipo penal de manera íntegra, tanto en su descripción como en su consecuencia jurídica sancionatoria, serían restrictivas del poder punitivo del Estado. Esto se debe a que al establecerse reglas definidas por parte del legislador en el que de manera *clara y sencilla*, le permitan al

individuo determinarse frente a la causación de un daño social y la respectiva pena a recibir, permite que el juicio a realizar tenga la vocación de producir un resultado estable o *fijo* frente a las determinaciones que se tomen para restringir la libertad o para imponer un castigo (Gómez, A., 2008, p. 66).

Tendríamos que incluir en esta *garantía*, que se encuentra estrechamente ligada al debido proceso, tanto las reglas generales de prescripción de la acción penal como los elementos descriptivos o normativos del ilícito, que son verdaderamente los fundamentos de la política criminal perseguida por el Estado al momento en que se cometió la conducta, no siendo oponible la política criminal que perseguía la comunidad internacional para la época, pues no existía una validez que le permitiera actuar mediante *reglas* dirigidas a penar aquellos comportamientos que afectaran los intereses jurídicamente protegidos por esa comunidad.

Como consecuencia necesaria de lo anterior, encontramos que los elementos adicionales que se dicen agregar al tipo penal pero que se ven recogidos en la acción desplegada, tales como la intención acentuada del autor para sustraer del amparo de la ley al sujeto pasivo de la conducta como se requiere en la desaparición forzada o la *sistematicidad y generalidad* de los crímenes de lesa humanidad, que aun cuando pueden guardar una identidad en la acción con la conducta que hoy constituiría otro tipo penal o por estar acopiado su actuar en las prohibición de la norma penal vigente, no podrían ser valoradas por el Juez interno; pues el límite para actuar sobre la libertad del individuo se encuentra entonces en la política criminal contenida en estricta medida en la legislación penal de 1980 y en la Constitución Política de 1986, lo que implica actuar dentro del marco de un Estado de Derecho, no solo aplicando las reglas del proceso, sino también dando alcance a la interpretación del contenido y alcance de los elementos típicos.

La única circunstancia en la que se pudiera dar este tipo de interpretaciones sería cuando se presente un escenario posterior en el que se beneficiará la situación jurídico penal del procesado.

Conclusiones del capítulo

1. El concepto de legalidad, que se expresa a través del Estado de Derecho constituyendo un límite para actuar sobre los ciudadanos y dentro del derecho penal continental con la fórmula *nulum crimen sine lege*, pasa a ser con las tendencias actuales judiciales a *nulum crimen sine ius*, por lo que resultan oponibles aquellos tratados internacionales que contengan normas que contienen prohibiciones penales y estándares de protección mínimos para los derechos humanos.

2. Se carga al ciudadano la responsabilidad exclusiva del *legislador* para dar un ámbito de aplicación válido a las normas de determinación contenidas en los instrumentos internacionales.

3. Para que se configure el contexto en los crímenes de lesa humanidad en Colombia es necesario que: a) El acto juzgado sea parte de un plan o política de un grupo político organizado, b) El acto sea *frecuente, masivo, repetitivo, habitual*, y c) El acto se encuentre dirigido en contra de población civil.

4. Para el Derecho Penal Internacional la configuración del contexto no necesariamente necesita una consecución de actos o multiplicidad de víctimas, basta con que el acto sea cometido como parte de un *plan o política* de un *grupo político organizado* dirigido en contra de la población civil.

5. Considerar el delito de concierto para delinquir como una de las conductas que puede ser constitutiva de un crimen internacional, resulta peligroso para el ciudadano por su alto contenido de parámetros de derecho penal del enemigo.

6. Se exige el cumplimiento del “*contexto*” de los crímenes de lesa humanidad, para que se configure un genocidio.

7. La determinación del tiempo de la pena se restringe a la pena máxima del delito, consagrado en la legislación vigente para el momento de la comisión del hecho.

8. El reproche al *mens rea* en los crímenes del ER (1998), no requiere un conocimiento de las prohibiciones penales consagradas a nivel internacional.

9. Los fundamentos de la forma de Estado colombiana exige que la formulación de una política criminal respete siempre el Estado de Derecho, para tomar determinaciones sobre la libertad de los individuos.

En la actualidad estos criterios interpretativos son utilizados para resolver otros casos, entre los que encontramos la investigación del homicidio del señor Luis Carlos Galán candidato presidencial por el partido Liberal, por el que se tiene privado de la libertad al exdirector del DAS Miguel Maza Márquez; el homicidio del señor Carlos Pizarro León Gómez candidato presidencial por el partido Movimiento Diecinueve de Abril, por el que se investiga al exdirector de inteligencia del DAS, Alberto Romero, al detective Jaime Ernesto Gómez, y al señor Alberto Santofimio Botero (CSJ SP, 31761, 2011) entre otros, procesos que a la fecha no tienen decisión.

3. Del Análisis de los Argumentos y de sus Principales Problemas

3.1 Precisiones previas al análisis

Antes de entrar al análisis, es necesario resaltar que la objeción a los postulados de los jueces penales en esta segunda parte no se encuentra en la defensa de los fundamentos teóricos de

la prescripción o la imprescriptibilidad de la acción penal para los delitos de nuestro código, pues desde cualquiera de los fines de la pena son justificables ambas posiciones²¹.

Así como tampoco es la intención demostrar que el efecto intimidatorio de las normas internacionales no producía efecto en la psiquis de los nacionales colombianos frente a normas de determinación consagradas en la época en la que se cometieron los hechos, pues con los delitos del código penal (1980) podemos afirmar que no les era extraña la prohibición, por ejemplo de cometer un homicidio, como se ha sostenido y como sostienen igualmente los profesores Jescheck, Hans Heinrich y Weigend Thomas (2002, p. 139).

Ciertamente considerar la prescripción de la acción penal en los sistemas penales se compadece más con una filosofía de derecho penal mínimo, pero ello no quiere decir que introducir la imprescriptibilidad de la acción penal para ciertos tipos resultaría catastrófico para el sistema jurídico o incluso dentro del mismo sistema penal; el problema radica en que se trata de una interpretación realizada por el órgano judicial penal del Estado, obviándose los procedimientos legislativos para tal fin.

Lo que se defenderá frente a la tesis de los jueces, es que la prescripción de la acción penal para la época en que se cometieron los hechos era una garantía para cualquier ciudadano, que se deriva directamente de la forma de Estado de Derecho, no pudiéndose realizar postulados de justicia material como lo es el efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición, saltándose los derechos que se habrían adquirido en virtud de la legislación que resultaba válidamente aplicable al Estado para determinar la responsabilidad penal del ciudadano, esto resulta, según la forma de Estado de Derecho en un límite para que actúe el poder punitivo del Estado, no solo en vigencia del modelo político de 1986, sino también a la postre, con un modelo político que “permitiría” la introducción de una política criminal para

²¹ Al respecto ver página 115.

utilizar criterios que son menos desfavorables para el enjuiciamiento; como correctamente resalta el Profesor Rodolfo Arango (2012, p. 140), la única forma de obtener postulados de justicia material en un Estado Social de Derecho, es a través del Estado de Derecho.

En estudio de las sentencias antes mencionadas, se encontró un hilo conductual frente a los argumentos utilizados por la CSJ y aquellas órdenes impartidas por la Corte IDH, especialmente luego del año 2006, año en el que nace el *control de convencionalidad en sentido sustantivo* (Quinche, M., 2014, p. 50), lo que obliga a todos los órganos del Estado a tomar sus decisiones teniendo como referente el alcance interpretativo que han tenido los derechos convencionales.

3.2 Decisiones de la Corte IDH y su relación con la interpretación judicial de los crímenes internacionales

3.2.1 Evolución de la protección procesal de *graves violaciones de derechos humanos* en el sistema judicial penal colombiano: La introducción del criterio de imprescriptibilidad de la acción penal para los “crímenes internacionales”.

La pretensión de esta parte es mostrar cual ha sido la evolución que se ha producido en el sistema judicial para introducir un nuevo marco interpretativo a las *garantías*, el cual permite brindar mecanismos procesales en el derecho penal para satisfacer adecuadamente la protección de los *derechos convencionales* de las víctimas de *graves violaciones de derechos humanos*.

En este sentido se dividirá en cuatro momentos nuestro análisis, el primero respecto de la obligación de rehacer los casos, el segundo respecto de la consagración de mecanismos procesales para acceder a un *recurso judicial efectivo* en estos casos, un tercer momento en el que

se prevé la autorización para dar aplicación del criterio de *imprescriptibilidad*, y un cuarto en el que se da aplicación propiamente al mencionado precepto para condenar penalmente.

3.2.1.1 De los cuatro momentos.

1. Nuevamente volvemos a nuestra decisión del año 2008 en el caso del señor Manuel Torregrosa Castro, en ésta se expuso como la Corte IDH en los fallos del Caso Cesti Hurtado Vs. Perú (1999) y el caso Palmeras Vs. Colombia (2001), valora como los derechos de las víctimas a un *recurso judicial efectivo* exigía que se sancionara a los responsables, en caso de que el Estado faltara al deber de investigar, juzgar o sancionar a quien cometa *graves violaciones de los derechos humanos* resultando necesario que se rehicieran los procesos, lo cual se condicionó de la siguiente manera:

«En concreto sobre el denominado **recurso efectivo**, se incumplen gravemente los estándares internacionales cuando (i) no se adelanten los procesos judiciales de forma seria, rigurosa y exhaustiva; (ii) cuando no se tramiten con diligencia, celeridad y convicción; (iii) no se toman medidas para proteger a las víctimas; (iv) no se les permite a éstos intervenir en los procesos; (v) se dilata en el tiempo la definición del asunto.»
(Corte Suprema de Justicia, proceso 29472, 2008, p. 30). (Resaltado propio)

Para este momento, no se haría propiamente uso de este criterio para resolver el caso puntual pero esto no quiere decir que no existan cosas a resaltar dentro del argumento, la primera es que aun cuando se agregan otros elementos a los condicionamientos (i), (ii) y (v), éstos guardan una identidad con las situaciones del *no quiso o no pudo* el Estado investigar las conductas, que activan la jurisdicción de la CPI; lo segundo, es que se recalca que para cumplir con los postulados de *justicia material* y restablecer los derechos de las víctimas lo que se requiere es una *corrección del sistema jurídico*.

La Corte IDH recalca en diversas oportunidades que su juicio se limita a declarar responsable internacionalmente a los Estados por la violación de los derechos contenidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, lo cual le impide pronunciarse sobre la calificación jurídico penal de los hechos motivos de pronunciamiento (Corte IDH, Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, 2003, párr. 104), aun cuando en el caso de Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2009, párr. 90, p. 115), se hace inevitable que exista una calificación de la conducta, que para el caso puntual constituía un *crimen de lesa humanidad*, esto no obsta para que mediante una calificación jurídica distinta, el Estado pueda juzgar penalmente lo cometido, bajo el entendido de que se trata de vulneraciones inadmisibles a los derechos humanos.

2. El segundo momento que encontramos ocurrió en el caso del General Rito Alejo del Rio, por primera vez se daría la oportunidad procesal a las víctimas o al ministerio público para impugnar sentencias que se entendían como ejecutoriadas e interponer la acción de revisión aun cuando estas situaciones no se encontraran consagradas como causales del numeral 3 del artículo 220 la Ley 600 de 2000, en este sentido, dijo que la interpretación dada por la Corte Constitucional en las sentencias C-004/03 C-1154/05 C-979/05, C-454/06, C-370-06, C-370/06 y C-209/07 a los derechos de las víctimas a la *verdad, justicia y reparación*, hacía necesario que se interpretara diferente para acceder a la revisión de la sentencia de tal forma que debía permitirse a la víctima establecer la verdad real de lo sucedido y por lo tanto permitírsele estar legitimado para accionar dicho mecanismo, situación que le aseguraría al Estado garantizar el *derecho al acceso a la justicia* y dar *eficacia al principio de tutela efectiva judicial*.

En este sentido expone:

«El marco jurídico de la acción de revisión debe ser examinado a la luz del Preámbulo y el artículo 2° de la Constitución Política, preceptos en los que se señala que (i) la Carta fundamental se justifica en tanto ella sea instrumento que permita **asegurar a**

la Nación la justicia y un orden social justo, de modo que (ii) uno de los fines esenciales del Estado está dado por la necesidad de establecer la vigencia de un orden justo”.» (Corte Suprema de Justicia, proceso 30510, 2009, p. 21)

Nuevamente, el criterio de corrección utilizado para solucionar el problema jurídico del proveído se centró en la necesidad de hacer efectivos los derechos de las víctimas, lo cual le permite reinterpretar el alcance de los límites de las normas vigentes para el momento en que se cometió la conducta y permitirle a las víctimas impugnar las sentencias penales, que se hubieran proferido con anterioridad al nuevo Código de Procedimiento Penal (2004); en este sentido, bajo criterios de producción de justicia material, se deja a un lado las causales taxativas que preveía la acción de revisión para crear la oportunidad procesal que le permita a la víctima acceder a la “justicia”, lo que significa satisfacer los derechos de las víctimas a costa de aquellos que fueron procesados, creando vías en materia procesal para revivir la acción penal.

Lo que estaría incorrectamente formulado desde la política criminal, pues como se ha expuesto cualquiera que sea el organismo del Estado que quiera actuar para restringir derechos o libertades al individuo, solo puede hacerlo en virtud de las facultades que se le han otorgado, por lo que no se podrían crear causales procesales inexistentes en el ordenamiento jurídico para revivir procesos que se encuentran prescritos o con una decisión definitiva.

3. El tercer momento ocurre en la decisión proferida en segunda instancia en el proceso de Gian Carlo Gutiérrez; la CSJ daría un paso más pues no siendo suficiente la aminoración de garantías procesales, se extendería dicho concepto a la *imprescriptibilidad de la acción penal*; se explicó en el proveído cómo en la sentencia C-580/02 la Corte Constitucional le permite al legislador consagrar dicha posibilidad para la acción penal del tipo de desaparición forzada, sin

que ello contraría los postulados del artículo 28 constitucional, en ese contexto, se ponderó de la siguiente manera:

« [...] por virtud de la gravedad de las conductas, la necesidad de protección y resarcimiento de las víctimas y el deseo de precaver la impunidad, en los casos de delitos como el de desaparición forzada (que fue el directamente examinado por la Corte Constitucional), se hace menester realizar un balanceo con los derechos de los procesados. En consecuencia, efectivamente el delito en sí mismo es imprescriptible, dice la Corte Constitucional, lo que faculta la posibilidad de investigarlo en cualquier tiempo. [...]» (Corte Suprema de Justicia, proceso 32022, 2009, p. 54)

Aun cuando el criterio antes enunciado no se utilizó para resolver el problema jurídico planteado en la decisión, pues las conductas que se le imputaban al implicado aún no se encontraban prescritas o próximas a prescribir, ello no quiere decir que posteriormente dicho criterio no sería utilizado como base para tomar otras decisiones.

Lo que resulta notorio es que la campaña o *cruzada en contra el mal* (Pastor, D., 2009, p. 116), tiene como justificante la imperiosa necesidad de *hacer efectivos los derechos de las víctimas* frente a las reclamaciones que realicen ante las autoridades públicas, en el caso de la acción penal ésta se ve subyugada a los cinco condicionamientos sustentados por la CSJ.

4. En la CSJ se discutió igualmente en el *auto que avoca conocimiento* del proceso adelantado en contra del ex senador de la república Cesar García Perez, por su presunta participación en la *masacre* cometida en el municipio de Segovia (Boyacá) en el año de 1988, como retaliación a los miembros del partido de la Unión Patriótica; los argumentos en torno a la

imprescriptibilidad de los crímenes internacionales se sustentan a nivel normativo en las siguientes disposiciones internacionales:

- El literal b del artículo 1º Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (1968).
- Artículo 29 del ER (1998).
- Artículo 93 de la Constitución Política (1991).

Y razona:

« [...] carecería de toda relevancia discutir que hechos que son constitutivos de los denominados **delitos de lesa humanidad cuya característica principal es su imprescriptibilidad**, se argumente a nivel interno que -son conductas consideradas como delitos de lesa humanidad- pero a su vez, se estime que son imprescriptibles.

Es claro, entonces, que al tratarse de un delito de tan graves connotaciones, la comunidad internacional ha convenido en darle un trato especial, esto es, con la más alta severidad tanto en cuestiones sustanciales como procedimentales, razones por las cuales se pueden imponer penas de cadena perpetua y la acción penal es imprescriptible. [...] además de constituirse en impunidad, es atentatorio de los principios y derechos fundamentales de la humanidad y de los criterios orientadores de la comunidad internacional, en lo relacionado con la prevención, investigación y sanción de esta clase de crímenes, catalogados como atroces.» (Corte Suprema de Justicia, proceso 33118, 2010) (Resaltado propio)

En primer término parecería que esta providencia estuviera abriendo la posibilidad de no solo aplicar la *imprescriptibilidad de la acción penal*, sino incluso imponer como sanción la

cadena perpetua a los autores de crímenes internacionales tal como propone el artículo 77 del ER (1998) frente a los casos de extrema gravedad.

Lo segundo, es que resulta evidente el *control de convencionalidad en sentido sustantivo*, para dar aplicación al criterio de *imprescriptibilidad*, pues no solo se hace mención directa a los casos Barrios Altos Vs. Perú (2001), Mapiripán Vs. Colombia (2005) y Ituango Vs. Colombia (2006), sino también a la aplicación temporal del tipo de control que se exige por parte de la Corte IDH desde el año 2006, en este sentido concluye:

« [...] *la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia retoma la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que la prescripción de la acción penal no puede operar válidamente para generar impunidad en los delitos de lesa humanidad, y concluye que darles validez a las normas de prescripción en estos casos sería una violación de la obligación del Estado, en especial en la máxima autoridad de la Rama Judicial del poder público de garantizar los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales referidos en esta decisión. [...]*» (Corte Suprema de Justicia, proceso 33118, 2010) (Resaltado propio)

Aun cuando no en todas las sentencias, se especifica de manera clara que lo motivante de las decisiones son las determinaciones tomadas por la Corte IDH, es claro que sí se trae a colación en todos los proveídos jurisprudencias de esa corporación, siendo ciertamente los argumentos de estas providencias las que convalidan y legitiman las decisiones tomadas por los órganos judiciales en Colombia, por esto precisamente se habla en todos los proveídos de *graves violaciones de derechos humanos*.

Así las cosas, por lo que verdaderamente se aboga es por una devuelta a los criterios que se utilizaban por los primeros tribunales penales internacionales para enjuiciar la conducta, en la

medida que se pretende una visión ilimitada e irrestricta de la sanción penal, como se mostrará más adelante.

3.3 La imprescriptibilidad de la acción penal en Colombia como principio del derecho internacional y como norma de ius cogens.

Hasta aquí hemos visto la evolución que se realiza a partir de los procesos judiciales para aplicar el criterio de *imprescriptibilidad*, esto nos permitió determinar el argumento de fondo frente a la discusión sobre la aplicación de este concepto por encima de cualquier otra consideración legal que pueda existir en el ordenamiento jurídico interno, esto es, la aplicación de la *imprescriptibilidad* como *principio del derecho internacional* o como norma perteneciente al rango de *ius cogens*.

Esta idea se ve argumentada de manera clara en el caso del señor Cesar García Pérez, en el que se afirmó:

« [...] **la imprescriptibilidad de estos crímenes constituye Principio de Derecho Internacional**, [...] las normas relativas a los Derechos Humanos hacen parte del gran grupo de disposiciones de Derecho Internacional General, las cuales son reconocidas **como normas de ius cogens**, razón por la cual, aquellas son inderogables, imperativas (no dispositivas) e indisponibles, situación que acontece con el **principio de derecho internacional —sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad**», cuya vocación es universal, de donde se colige que la no adhesión al mismo por parte de un Estado no lo sustrae del cumplimiento de una norma internacional como compromiso erga omnes adquirido para prevenir y erradicar graves violaciones a los Derechos Humanos. [...]» (Corte Suprema de Justicia, proceso 33118, 2010)

Y posteriormente en la revisión hecha por la CSJ, en el caso de la denominada *Masacre de Trujillo*, en los siguientes términos:

[...] pese a que Colombia no ha suscrito la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, firmada el 26 de noviembre de 1968 y con entrada en vigor mundial el 11 de noviembre de 1970, es evidente que tal normativa integra la más amplia noción de ius cogens [conjunto de preceptos inderogables, imperativos (no dispositivos) e indisponibles, con vocación universal, cuya no adhesión por parte de un Estado no lo sustrae de su cumplimiento como compromiso erga omnes adquirido para prevenir y erradicar graves violaciones a los derechos humanos que desconocen la humanidad y su dignidad]²², amén de que nuestro país sí suscribió el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en el cual se establece la imprescriptibilidad de las conductas delictivas sometidas a su jurisdicción, entre ellas, los delitos de lesa humanidad, de manera que carecería de sentido aducir que tales comportamientos tienen tal connotación por su gravedad, pero a su vez, se estime que son prescriptibles. [...] (Corte Suprema de Justicia, proceso 30380, 2010, p. 98, 99).

Cabe hacer un paréntesis para decir que aun cuando no sea parte del marco de estudio de la tesina, este mismo criterio es sostenido actualmente por la CSJ SP (45795, 2015, p. 56)

« Frente a tan puntual aspecto, la Corte, en reiteradas oportunidades (CSJ AP, 22 sep. 2010, rad. 30.380, CSJ SP, 23 may. 2012, rad. 34.180, CSJ AP, 16 feb. 2105, rad. 44.312), ha clarificado que si bien Colombia no suscribió la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2391 del 26 de noviembre de 1968,

22 Cfr. Sentencia C-225 de 1995.

vigente desde el 11 de noviembre de 1970, ésta es aplicable en nuestro país con fundamento en el derecho de gentes –ius cogens-.»

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia eleva a principio del derecho internacional, la *imprescriptibilidad* para explicar porque resulta imperativa su aplicación y porque excusa cualquier consideración del ordenamiento jurídico interno, lo que hace que el “*principio*” haga parte de normas que tienen el carácter de *ius cogens*.

La Corte IDH, aun cuando no hace la afirmación respecto de la *imprescriptibilidad* como un principio del derecho internacional, sí afirma que la imprescriptibilidad de la acción penal hace parte de las normas que constituyen el *ius cogens* (Almonacid Arellanos Vs. Chile, 2009, pár.153), por esta razón éste será el punto de partida de nuestro análisis sobre la *imprescriptibilidad*, pues uno de los objetivos es determinar si verdaderamente según el derecho internacional las conductas delictivas que guarden identidad con los crímenes internacionales no podrían prescribir.

3.4 De los límites del funcionamiento normativo del derecho internacional, de cara a la imprescriptibilidad de la acción penal

Hecha la distinción entre los criterios que utiliza el sistema de derecho penal internacional en el manejo del criterio de legalidad para el juzgamiento realizado históricamente por los órganos internacionales y algunos Estados a nivel interno, y frente al tratamiento a nivel de normativa de la legalidad que se integra con el Estatuto de la Corte Penal Internacional, a ese sistema²³, en este sentido es preciso revisar si según los principales presupuestos del Derecho Internacional General, es posible hacer aplicación de los criterios sostenidos por la jurisdicción penal colombiana, por esta razón partiremos de los límites del funcionamiento de aquellos

23 Ver página 58 y s.s.

instrumentos internacionales sobre los cuales se fundamenta la interpretación del tratamiento a la regla de imprescriptibilidad de la acción penal.

Pacta sunt servanda

El Derecho Internacional General obliga a cumplir los tratados y convenios integrados al ordenamiento jurídico interno, *Pacta sunt servanda* (Convención de Viena, 1969, artículo 26) lo que presupone que el Estado de *buena fe*, y utilizando los medios que le sean necesarios cumpla con lo presentado en el instrumento internacional.

No obstante, el límite que deviene de la expresión *buena fe* se encuentra precisamente en las contradicciones entre el instrumento internacional y los fundamentos normativos substanciales del Estado firmante, tal como se dispone en el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969; lo que es coherente con el principio de supremacía normativa de la Constitución en los Estados y en general con las dinámicas del derecho internacional, bajo el entendido de que cada nación es ***independiente*** y ***soberana*** en su territorio, tal como lo dispone el preámbulo de dicha convención:

« [...] *Teniendo en mente los principios del derecho internacional previstos en la Carta de Naciones Unidas, tales como el principio de igualdad de derechos, libre determinación de los pueblos, igualdad de soberanías, independencia de todos los estados, de la no intervención en asuntos domésticos de los Estados, de la prohibición del uso de la amenaza o de la fuerza, del respeto y la observancia universal de los derechos humanos y las libertades para todos. [...]*» (Convención de Viena, 1969). (Traducido por el autor)

Se afirmará entonces, que la sustentación de la argumentación utilizada en las decisiones vistas, rompe con los fundamentos políticos democráticos y de derecho en los que se funda nuestra forma de Estado, las cuales se ven afectadas directamente con la interpretación dada para

condenar, mediante la cual se permite la aplicación de la imprescriptibilidad de la acción penal, sin que se encuentre prevista en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados. Esto rompe directamente con los fundamentos de la forma de Estado Liberal y de manera general como lo anota el profesor Daniel Pastor (2009, p. 278), sobre cualquier Estado que posea en su formulación fundamentos democráticos liberales.

La convención de Viena (1696) señala en el inciso segundo del artículo 46, la definición explícita que permite determinar cuándo una norma internacional puede resultar manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico del Estado subscriptor, es decir: *«si resulta objetivamente evidente (...) en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.»*

Para los casos estudiados, podemos decir que: 1. Es objetivamente verificable que la prescripción de la acción penal en Colombia se encuentra regulada por el Código Penal de 1980, se disponían las reglas de prescripción como una de las causales de extinción de la acción penal, bien sea para terminar el proceso o para negar su inicio; así mismo, las reglas de la prescripción se encuentran sujetas al tiempo de la pena prevista en los tipos penales, para contabilizar su término prescriptivo y, 2. En el Código Penal colombiano de 1980, todos los tipos penales contienen sus penas en términos finitos para el momento en que se cometen las conductas.

Además de lo anterior, es de resaltar que incluso la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-578 de 2002) (C-17 de 1994) se había pronunciado respecto al alcance interpretativo del artículo 29 de la Constitución Política de 1991, para ello disponía que tanto la acción penal como la pena debían prescribir en Colombia, considerando que la prescripción de la acción penal es un principio integrante del Estado Social de Derecho pues guarda una íntima relación con el artículo 1 y 2 constitucionales, y adicional sostiene que aplicar la imprescriptibilidad de la acción penal en el ordenamiento interno violaría directamente el

numeral 1° del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Conforme a la práctica usual, es verificable igualmente que hasta el momento no se había tomado una decisión que no aplicara el término de la prescripción de la acción penal para juzgar conductas penales.

En cuanto a la *buena fe* para cumplir con lo pactado, debemos decir que efectivamente el Estado colombiano se ha obligado al cumplimiento de muchos tratados internacionales que contienen compromisos para la protección de incluso conductas delictivas según el derecho internacional como se ha mostrado, pero ninguno de ellos contiene una directiva que obligue al Estado a declarar *imprescriptible la acción penal o la pena*, de las conductas que constituyen crímenes internacionales o cualquier otro instrumento para la protección.

En este sentido, al no incluirse dentro del ordenamiento jurídico de la época las reglas pertinentes que permitieran el funcionamiento tanto de los crímenes internacionales como de la *imprescriptibilidad* de la acción penal, no podría faltarle a este *principio* rector del derecho la *bona fides*, el cual se agota al transgredirse los límites de los fundamentos jurídicos del sistema jurídico que para la época se consolidaba con un Estado de Derecho que impedía el funcionamiento de esos “imperativos”, los cuales se encontraban por fuera de su propio margen normativo.

Así las cosas, la objeción puntual del trabajo gira en torno a la determinación de responsabilidad penal con base en los parámetros internacionales para el tratamiento de algunas garantías judiciales en el sistema jurídico establecido para el momento en que se cometieron los hechos, sin que se dispusiera por el órgano legislativo las reglas que permitieran dicho tratamiento.

Es preciso decir, que no existiría problema en sancionar al Estado como sujeto del derecho internacional por ser responsable del incumplimiento de las obligaciones adquiridas internacionalmente en materia de protección de derechos humanos, con base en los tratados internacionales suscritos e incluso sobre aquellas protecciones mínimas que se derivan del sistema de protección de los derechos humanos, sin que ello afecte la soberanía nacional o la autodeterminación del pueblo, en concreto tratándose de compromisos adquiridos de forma libre y voluntaria o para imputar responsabilidad en el plano internacional.

Tampoco existiría problema en aplicar la regla de imprescriptibilidad de la acción en punto de la caducidad de la acción contenciosa, como ya lo hizo la sección 5 del Consejo de Estado en Ponencia del Magistrado Santofimio, dando aplicación directa de los estándares marcados por la Corte IDH (Consejo de Estado, Sección, 760012331000199703251 01, 2015, p. 1), precisamente para que luego no se tenga que acudir a esa jurisdicción; pues se trata de la determinación de la responsabilidad Estatal lo que se da fundamento en un modelo de imputación objetiva (CIDH Caso Las Palmeras Vs. Colombia, *Voto Razonado*, 2001, p. 4), en la cual no podría existir una vulneración por ejemplo la dignidad humana.

Ésta sería la correcta interpretación que debería tener la *imprescriptibilidad* en Colombia respecto a las obligaciones que se desprenden del Derecho Internacional General, que se encuentra desglosada del contenido *secularizador* y de los parámetros necesarios para que exista un funcionamiento razonable de la normativa internacional en los Estados, en tanto que permite que la configuración de su *públic mind* goce de atributos como libertad, igualdad y soberanía, sin obtener las consecuencias que se verán a continuación.

3.5 Del funcionamiento del ER como fundamento de la aplicación del criterio de imprescriptibilidad

Como fue precisado en la primera parte del trabajo²⁴, resulta imperioso anotar nuevamente que la normativa del ER no es aplicable a nivel nacional, no solo por lo dicho en su articulado, sino también por los alcances dados dentro de la sentencia de control de constitucionalidad C 578 de 2002, y la especificación que realiza de manera clara con la modificación realizada a la Constitución Política (1991) por medio del acto legislativo 02 (2001).

El ER (1998), efectivamente es un tratado debidamente integrado a nuestro ordenamiento jurídico y es cierto que puede llegar a producir efectos penales sobre los nacionales; no obstante, en dicho instrumento existen normas incompatibles que contrarían con los fundamentos constitucionales de nuestro ordenamiento, como bien se precisa en la sentencia C-578 de 2002, por ello argumentó en su momento la Corte, que la competencia que ejerce la CPI, se entiende dentro de un sistema autónomo al cual cedemos soberanía para que actúe dentro de sus propias reglas y bajo el entendido de que el Estado es el titular de ejercer la acción penal en la jurisdicción interna, por lo que su activación queda relegada a que el Estado no se encuentra dispuesto a investigar o no pudo investigar la conducta.

En este sentido, el Estado no solo condicionó que su aplicación empezaría con posterioridad a la entrada en vigencia del instrumento, sino que también enmendó la Constitución Política (1991) mediante la expedición del acto legislativo 02 (2001) para que pudiera entrar a operar con plena validez; la adición realizada al artículo 93 consistió en admitir un trato diferente en lo relacionado con materias sustanciales tratadas en el ER y limita su operatividad al ejercicio que realice la CPI, lo cual se encuentra en armonía con las dinámicas internacionales, en tanto

24 Ver página 38

que se crean normas dirigidas a los administrados, con independencia de la integración del instrumento internacional al ordenamiento nacional.

Esto quiere decir, que no es importante el título con el que se imputa la conducta o si se valora adecuadamente la afectación que la conducta produce para los intereses de la comunidad internacional, lo realmente importante es que la conducta sea enjuiciada por el Estado suscriptor del Estatuto.

Cabe anotar, que el límite de la aplicación de la *buena fe* en el marco del derecho internacional para la aplicación del ER se encuentra precisamente en la función complementaria de la jurisdicción de la CPI y aun cuando se trate de un instrumento que busca proteger a nivel penal *graves vulneraciones de derechos humanos* y que su intención sea que los Estados introduzcan herramientas que permitan una efectiva protección, como aduce el profesor Werle, G « [...] *El mensaje del Estatuto de la Corte Penal Internacional en cuanto a la calidad de las legislaciones criminales domésticas es que el Estado se encuentre en la disposición y sea capaz (a través de su legislación doméstica) de perseguir genocidios, crímenes en contra de la humanidad [...]* » (Traducido por el autor) (2005, p. 75); esto no quiere decir que ello pueda ser utilizado para condenar a los nacionales colombianos con base en sus normas sustanciales, sin que existan las reglas dirigidas a autorizar tal funcionamiento interno.

Lo anterior nos permite concluir que las normas del ER no pueden constituirse como obligaciones o estándares válidamente oponibles al Estado colombiano, incluyendo la consagración en el sistema jurídico la imprescriptibilidad de la acción penal.

3.6 Otros fundamentos constitucionales para la aplicación de la *imprescriptibilidad*

Uno de los argumentos recurrentes en las diferentes sentencias se sustenta en las consideraciones realizadas por el Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil en la sentencia C-580

de 2001; en el cual se analizó la constitucionalidad del artículo VII de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (1994), en esta decisión consideró lo siguiente: «*El legislador, al adecuar el ordenamiento interno al presente tratado, puede establecer la imprescriptibilidad de la acción para dicho delito*», con ello no contravenía los fundamentos constitucionales.

Este fue el fundamento desde el principio (Corte Suprema de Justicia, proceso 32022, 2008, p. 213) de los jueces penales para determinar que la aplicación de la *imprescriptibilidad* en Colombia, es viable en tanto que los fundamentos constitucionales del Estado no se ven afectados por ello. Entre otros en los procesos por la masacre de Segovia (Corte Suprema de Justicia, proceso 33118, 70) y la toma del Palacio de Justicia (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proceso 11001074003200800025, 2012, p. 96).

Cabe distinguir dos aspectos importantes respecto a este punto, el primero es que la viabilidad de consagrar la *imprescriptibilidad de la acción penal* para ciertas conductas, es una decisión que solo podría ser tomada por el *legislador* por ser el válidamente legitimado para hacerlo, como bien anota la sentencia, lo que no permite su configuración por vía de interpretación judicial. Lo segundo, es que luego de que se legisle en el sentido de exceptuar ciertos tipos penales de la aplicación de las reglas de prescripción, como ocurrió con la entrada en vigencia del artículo 16 de la Ley 1719 de 2014, utilizándose los procedimientos válidamente dispuestos por la Constitución Política (1991) para su formación, pero esto solo facultaría al Estado para dar aplicación de dicho criterio a posteriori, es decir que tampoco podría hacerse uso del criterio para juzgar casos que tengan ocurrencia luego de su regulación; de lo contrario, claramente se haría utilización de un criterio que resultarían desfavorable para el procesado.

Lo segundo, como se había enunciado, el consagrar la *imprescriptibilidad de la acción penal* en el sistema jurídico no afecta los fundamentos del sistema penal en Colombia, pues desde

los fines preventivos o retributivos que se incluyen como fines de la pena consagrados en el artículo 4 del Código Penal (2000) es justificable la aplicación del criterio de *imprescriptibilidad*.

Desde los fines preventivos, qué efecto más intimidatorio para el ciudadano que estar sometido a coacción psíquica de la imposición de una pena a perpetuidad (Pedreira, F. 2004, p. 128) y desde los fines retributivos, se permitiría más fácilmente la persecución del delito y sería justificable en tanto que la culpabilidad del autor se predica incólume a pesar del paso del tiempo (La Rosa, M., 2008, p. 91-98).

El problema se haya precisamente en que el legislador no ha dispuesto dicha excepción, por lo que los jueces transgrediendo los límites legales impuestos para restringir libertades rompen directamente con los fundamentos del Estado de Derecho. A pesar de la existencia de esta dicotomía entre los pronunciamiento de la Corte Constitucional, lo cierto es que al momento de realizarse el análisis en la jurisdicción penal, el punto central debe ser siempre resuelto de acuerdo a aquella interpretación que le resulte más favorable al procesado, por lo que la solución jurídica debería apuntar a tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional que afirma que consagrar la imprescriptibilidad de la acción penal rompe con los fundamentos constitucionales del Estado.

3.7 De la aplicación de la *imprescriptibilidad* como norma de *ius cogens*

Aclarado lo anterior es posible pasar la segunda objeción, que se presenta entorno a la interpretación del concepto de *ius cogens*; se dice que toda norma sustancial o no en materia de DDHH o de DIH, incluida la jurisprudencia internacional hace parte de este concepto en Colombia y exponen:

«[...] *pese a que Colombia no ha suscrito la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad,*

firmada el 26 de noviembre de 1968 y con entrada en vigor mundial el 11 de noviembre de 1970, es evidente que tal normativa integra la más amplia noción de ius cogens [conjunto de preceptos inderogables, imperativos (no dispositivos) e indisponibles, con vocación universal, cuya no adhesión por parte de un Estado no lo sustrae de su cumplimiento como compromiso erga omnes adquirido para prevenir y erradicar graves violaciones a los derechos humanos que desconocen la humanidad y su dignidad] amén de que nuestro país sí suscribió el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en el cual se establece la imprescriptibilidad de las conductas delictivas sometidas a su jurisdicción, entre ellas, los delitos de lesa humanidad, de manera que carecería de sentido aducir que tales comportamientos tienen tal connotación por su gravedad, pero a su vez, se estime que son prescriptibles. » (Corte Suprema de Justicia 30308, 2010) (Resaltado propio)

En la actualidad este criterio es utilizado en los últimos pronunciamientos de la CSJ en el siguiente sentido:

« [...] Frente a tan puntual aspecto, la Corte, en reiteradas oportunidades (CSJ AP, 22 sep. 2010, rad. 30.380, CSJ SP, 23 may. 2012, rad. 34.180, CSJ AP, 16 feb. 2105, rad. 44.312), ha clarificado que si bien Colombia no suscribió la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2391 del 26 de noviembre de 1968, vigente desde el 11 de noviembre de 1970, ella es aplicable en nuestro país, con fundamento en el derecho de gentes –ius cogens-. [...]» (Corte Suprema de Justicia, proceso 44312, 2015, p. 56)

Igual apreciación se encuentra en el caso decidido por la Corte IDH (Almonacid Arellanos Vs. Chile, 2009, párr.152); dice en otra de las providencias la CSJ:

«[...] debe tenerse en cuenta que las normas relativas a los Derechos Humanos hacen parte del gran grupo de disposiciones del Derecho Internacional General, las cuales son reconocidas como normas de *ius cogens*, razón por la cual, aquellas son inderogables, imperativas (no dispositivas) e indisponibles, **situación que acontece con el principio de derecho internacional — sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad, cuya vocación es universal, de donde se colige que la no adhesión al mismo por parte de un Estado no lo sustrae del cumplimiento de una norma internacional como compromiso erga omnes adquirido para prevenir y erradicar graves violaciones a los Derechos Humanos que desconocen la humanidad y su dignidad.**» (Corte Suprema de Justicia, proceso 33118, 2010).

Lo primero que debe notarse es el criterio interpretativo empleado en esta sentencia en torno a la integración del ER, pues como se ha mostrado infringe la dinámica del funcionamiento que se encuentra delimitada al acto reformativo de la Constitución Política (1991) y de sus presupuestos para la activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Lo segundo y que será el marco de estudio de la siguiente parte, es determinar si verdaderamente se le puede dar carácter de *principio* a la norma jurídica que decreta la obligatoriedad de declarar *imprescriptibles* las conductas que constituyen crímenes internacionales y otras graves violaciones de los derechos humanos, además de aclarar si dicho “*principio*” tiene el carácter de *ius cogens*.

En este sentido debe realizarse una distinción conceptual entre las normas que tienen el rango de *ius cogens* y los principios generales del derecho internacional.

3.7.1 Distinción entre principios del derecho internacional y las normas de *ius cogens*

Debe hacerse primero la aclaración, que el tema a tratar es un campo supremamente extenso de estudio y ameritaría una investigación propia para este punto; en este sentido, se partirá de estudios realizados sobre el tema para delimitar los conceptos básicos respecto de lo que se entiende a nivel internacional como principios del derecho internacional y en especial las que se derivan de la normativa aplicada por el DIP, posteriormente se hará una caracterización del contenido de aquellas normas que tienen el rango internacional de *ius cogens* y se expondrá una visión propia sobre aquello que puede constituirse verdaderamente dentro de este último criterio, incluyendo la *imprescriptibilidad*.

Los principios generales del derecho internacional son una fuente material y formal del derecho internacional, éstos provienen, naturalmente, de los sistemas jurídicos nacionales y se encuentran consagrados normativamente en el numeral c) artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945) (Raimondo, F. 2008, 39), a saber: [...] *Los Principios Generales del Derecho, reconocidos por las naciones civilizadas* [...], y que se constituyen también como un criterio primario para la interpretación de las normas del ER (Werle, G., 2005, p. 43)

El contenido de estas disposiciones tienen tres objetivos principales que son: 1. Llenar el contenido oscuro o confuso de algunas reglas internacionales, 2. Interpretar el alcance de estas y 3. Reforzar el razonamiento legal (Raimondo, F. 2008, p. 29), es decir que se aplican para solucionar vacíos normativos; se tratan de normas *dispositivas* o también llamadas de *jus dispositivum* (Raimondo, F. 2008, p. 67), provienen de la adaptación de los Principios Generales del Derecho especialmente del derecho romano, de la analogía empleada para resolver casos, especialmente en arbitramento internacional, y aquellas derivadas de la costumbre.

Por otra parte, de las normas de *ius cogens* podría decirse que actúan por fuera de la lógica del derecho internacional, pues se trata de normas que si bien parten de las prácticas y dinámicas de las distintas relaciones de los sujetos internacionales, se encuentran por fuera de los acuerdos a los que éstos puedan llegar, de allí que su contenido prevalezca sobre cualquier consideración interna. Desde un punto de vista histórico su procedencia es distinta a la de otros principios pues parte *«De la vivencia de ciertos valores esencialmente humanos y universales, cuyo respeto y vigencia se estima como algo absolutamente necesario a la vida y subsistencia de la comunidad [...]»* (Raimondo, F., 2008, p. 62) y nace del reconocimiento espontáneo y arraigado de ciertos valores en el seno de una comunidad.

Ahora bien, ciertamente estas normas también sirven para solucionar casos particulares, pero a diferencia de los otros principios se distinguen por: 1. Su principal característica es que su contenido es imperativo e inderogable, 2. Deben ser aceptadas y acatadas por la comunidad internacional, 3. No se encuentran sujetas a acuerdos es decir que no se trata de normas dispositivas. Se trata entonces de normas de superior jerarquía a los principios generales del derecho internacional (Raimondo, F., 2008, p. 89).

Como lo expone correctamente la Corte Constitucional:

«En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de derecho internacional, como se analizará con algún detalle mas adelante. De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios.» (Corte Constitucional, sentencia C 225, 1995)

Establecida la diferencia básica entre los principios del derecho internacional y las normas de *ius cogens*, es preciso decir que la imprescriptibilidad de la acción penal no se encuentra dentro de los principios generales del derecho, porque no se trata de una *disposición* sino de una *norma* que tiene una formulación de *regla* (Bernal, C., 2008, p. 212-214), razón por la cual no podríamos encontrarla dentro de tales principios; se aplican como se ha visto ciertamente principios del derecho general para resolver el caso, como puede ser la *prevalencia de lo sustancial por encima de lo formal*, *primacía del interés general sobre el particular* o incluso acudir a la *justicia* como principio, pero no directamente constituir la *imprescriptibilidad* como un principio general del derecho; por lo que, en consecuencia tampoco se constituiría como un principio del derecho internacional general.

3.7.2 Los principios del Derecho Internacional Penal

Hecha esta distinción, haremos un recorrido por los principios que hacen parte del Derecho Internacional Penal, por ser los que fundamentan y rigen la aplicación de los crímenes internacionales, lo que nos ayudará a demostrar que la imprescriptibilidad de la acción penal no se encuentra dentro de dichos principios.

En necesario hacer referencia cómo se precisó en la primera parte de la tesina, que los crímenes internacionales tienen sus *raíces en los crímenes* (Werle, G., 2005, p. 39), como ya se vio, los antecedentes de los criterios sostenidos tienen asidero en los juicios de guerra que surgieron con posterioridad a la segunda guerra mundial y que se crearon para juzgar criminales de guerra; así los principios del DIH se convertirían en el cimiento de los demás actos que se cometerán por fuera de la guerra y que atentaran en contra de los intereses de la humanidad, y no solo de frente al ámbito de responsabilidad penal internacional, sino también del discurso de los derechos humanos pues se trata de *dos caras de una misma moneda* (Werle, G., 2005, p. 39-40).

En este sentido, es posible dividir los principios en dos grupos, el primero respecto de aquellas previsiones dirigidas a los combatientes en el marco de un conflicto armado y el segundo respecto de las previsiones que tienen como objeto la protección de las víctimas de los crímenes; respecto del primero tenemos:

- Principio de proporcionalidad o también llamado principio de limitación *Ratione Conditionis*
- Principio de limitación de los medios de guerra
- Principio de inviolabilidad
- Principio de no discriminación
- Principio de seguridad
- Principio de humanidad

En el segundo grupo:

- Principio de distinción o también llamado principio de limitación *Ratione Personae*
- Principio de neutralidad
- Principio de normalidad
- Principio de protección
- Principio de Inmunidad de la Población Civil
- Principio de limitación *Ratione Luci* (Ruiz, P., 2014, p. 36-38)

Demos algunos ejemplos que se presentan en el ER, 1. En el crimen de genocidio se ve decantado claramente el principio de no discriminación incluso bajo los mismos parámetros que funcionan incluso para la CIJ es decir en los términos del artículo 14 del PIDCP. 2. Igual situación se presenta con el literal h del párrafo 1 del artículo 7 del ER, cuando se refiere a la opresión o dominación sistemática de un grupo racial o grupos raciales. 3. En los crímenes de lesa humanidad del artículo 7 uno de los ingredientes para que se configure el contexto del ilícito, es que el ataque debe estar dirigido en contra de la *población civil*, dicho componente pone de manifiesto directamente la aplicación del principio de distinción, así por ejemplo no se daría el contexto de un crimen de lesa humanidad cuando el ataque este dirigido en contra de

combatientes. 4. En el numeral c) del artículo 31 del ER, una de las causales eximentes de responsabilidad es haber actuado proporcionalmente frente al grado de peligro generado a la persona, a un tercero o para proteger bienes protegidos, lo que es consecuente con el postulado del principio de proporcionalidad.

Pero más allá de estas disquisiciones sobre aquellos signos que verdaderamente formulan el significado de los crímenes, la doctrina ha sostenido que los principios que se constituyen como fuente del sistema de derecho penal internacional, son los mismos que se utilizan como fuente del derecho internacional, y pueden ser divididos en dos grupos, los primeros como fuente, que son: «[...] los tratados, la costumbre internacional y los principios generales del derecho reconocidos por los sistemas legales más importantes [...]» (Werle, G., 2005, p. 44) y aquellos que no son propiamente una fuente, pero sí una herramienta subsidiaria para determinar el significado del derecho, estos son: «[...] las decisiones de las cortes internacionales y la doctrina [...]» (Werle, G., 2005, p. 45).

Entendiendo entonces, que la *imprescriptibilidad* no hace parte de los principios que rigen el DIP; es necesario realizar un examen para ver si dicha disposición o las que integran la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad o el principio 23 del catálogo de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Acción para Combatir la Impunidad, hacen parte de las normas del *ius cogens*.

3.8 Las normas de *ius cogens*

El concepto de *ius cogens* es otra categoría del derecho internacional general, también al igual que el *pacta servanda sunt* se encuentra contenida la Convención de Viena de 1969, en concreto en el artículo 53; éste dice que existen normas de derecho internacional que son

aceptadas por la comunidad internacional, caracterizadas por ser: 1. De *carácter absoluto* y 2. Que *bajo ninguna circunstancia pueden ser objeto de limitación*, sino en virtud de una norma del mismo rango y ulteriormente; a su vez, también dispone que los tratados que contravenga dichas normas serán nulos para el derecho internacional.

Quiere decir que no toda norma del derecho internacional, incluyendo aquellas previsiones que contengan protecciones de derechos humanos pueden ser considerada de *ius cogens*, es necesario que existan circunstancias especiales que hagan inderogable su contenido (Acosta, J., 2008, p. 20).

En este contexto, podemos decir que la lógica que maneja tanto los jueces penales colombianos, como también los de la Corte IDH; la premisa mayor de la que se parte es acertada en tanto que de ser la *imprescriptibilidad* una norma de *ius cogens* del derecho internacional general, así como todas aquellas normas que contengan estándares para la protección de los derechos de las víctimas a la justicia, entre otros penas apropiadas a la gravedad de la conducta cometida, el levantamiento indemnidades o fueros especiales; podría derogar o abrogar dependiendo del caso no solo del contenido de la legislación interna de todos los Estados que hayan dispuesto la prescripción de la acción penal de las conductas analizadas, sino también de los demás instrumentos internacionales en los que se limitara la persecución de los crímenes, en tal sentido, serían nulos de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 de la Convención de Viena (1969).

Valdría hacerse la pregunta ¿pueden existir normas de *ius cogens* de carácter regional? La respuesta es no, porque contrariaría la formulación de la categoría que es su universalidad. Sin embargo, lo que podemos identificar de las decisiones de la Corte IDH y de los judiciales penales es que utilizan el *ius cogens* como normas que pueden ser sujetas a categorizaciones nacionales o regionales.

Entendido los rasgos distintivos de las normas de *ius cogens*, se entiende la dificultad que existe para su reconocimiento, por lo que resulta siendo un grupo supremamente reducido a preceptos aun cuando ellos irradian el contenido de las demás normas tanto del derecho internacional como la de los *Estados constitucionales democráticos*, que serían los únicos sobre los cuales podría actuar el discurso de los derechos humanos (Alexy, 2000, p. 2).

La doctrina realiza una clasificación de aquellas normas que componen el *ius cogens* de acuerdo con el objeto al que se encuentre dirigido, así cuando el destinatario sea el Estado como sujeto del derecho internacional, se incluyen proposiciones como:

«1. La proscripción de la amenaza o el empleo de la fuerza, 2. La solución pacífica de los conflictos, 3. La no intervención de asuntos internos de los Estados, 4. La cooperación internacional en la promoción de propósitos y principios (buts et principes) de las Naciones Unidas, 5. La igualdad de los derechos y libre determinación de los pueblos, 6. La igualdad soberana de los Estados, 7. El principio de buena fe», así como también los *fondos marinos* como patrimonio de la humanidad (Gómez, A., 2003, p. 162).

En segundo término, ordenan en otro grupo aquellas dirigidas directamente a las personas que incluyen tanto normas de derechos humanos como de DIH, en las que se encontraría la *prohibición de esclavitud, de tortura, de genocidio, prohibición de discriminación*, el crimen de *apartheid* y otros *tratos considerados crueles e inhumanos* (Gómez, A., 2003, p. 167-172).

Apoyado en la distinción hecha por el profesor Carlos Bernal Pulido (2008, 210) en su libro *«El derecho de los derechos»* podríamos afirmar que el conjunto de preceptos que hacen parte de la categoría internacional de *ius cogens* son *disposiciones* y no normas propiamente, pues se trata de *signos* que no tienen un *significado* concreto, por ejemplo la dignidad e igualdad como principio, que encuentran su sentido o *significado* en otras normas que también pueden ser tratadas como principios como el principio *pro persona*, que aplicadas a un caso concreto

permiten el establecimiento de *reglas y subreglas*, que admiten entender los alcances o límites de esa *disposición*; por esto, podemos encontrar que de algunos *principios universales*, que no solo se encuentran en el derecho internacional sino en la *teoría del discurso* (Borda, L., 2001, p. 48), se construyen distintas dimensiones de protección para el ser humano, en una forma más sofisticada a modo de regulaciones normativas, lo que permite dar un alcance mayor de *racionalidad* a la aplicación que se hace del sistema jurídico.

En este sentido, el principio de *igualdad* abarcará desde el principio *pro persona*, la *libre determinación de los pueblos* e *igualdad de soberanía* entre Estados, hasta los mandatos de *alteridad* que se predicen en la *prohibición de discriminar negativamente*, los cuales incluyen proposiciones normativas como el *genocidio* o el crimen del *apartheid*.

Del principio de *buena fe*, se encuentra ciertamente vinculado a la disposición *pacta servanda sunt*, el deber de cooperar entre Estados, entendido como un mandato de optimización para la efectiva protección de los derechos humanos y de las leyes de la guerra o como aquella que se predica en las relaciones civiles y comerciales que practican tanto los Estados como los particulares, la cooperación entre Estados.

El principio de *humanidad*, que enseña que deben utilizarse los medios más adecuados para evitar sufrimientos innecesarios a los demás o que eviten poder desarrollar las actividades básicas para su subsistencia, se encuentra claramente reflejado en disposiciones como las del numeral 1 del artículo 7 y literales b y c del artículo 8 del ER (1998), para dar una especial protección a los considerados por el derecho internacional como *población civil* y las limitaciones al uso de los medios y tácticas de guerra; hasta llegar a la *aplicación de mecanismos para la pacífica solución de conflictos internacionales*, de los que se habla desde la Convención Huges (1907); disposiciones que cabe anotar tienen una doble dimensión desde el punto de vista de la responsabilidad tanto para el Estado desde lo contencioso por ejecutar, permitir u omitir controles

de dichas conductas o para determinar responsabilidad de las personas detrás de los actos en el ámbito penal.

Estas son parte de *condiciones* necesarias para la construcción de cualquier *discurso* que quiera tener como sustento parámetros básicos de *racionalidad* (Borda, L., 2001, p. 48), no solo del derecho internacional, sino también en la teoría general del derecho.

Así las cosas, se observa que ni dentro de los “*principios*” que rigen el Derecho Internacional Penal o de las disposiciones que hacen parte del concepto de *ius cogens*, se encuentra la *imprescriptibilidad de la acción de los crímenes internacionales*, a nivel internacional.

Ahora bien, es preciso resaltar que si bien es cierto las normas de *ius cogens*, en teoría existen sin importar el consentimiento del Estado; como se dijo en punto de la integración de las normas internacionales en el ámbito de los Estados, *siempre será necesario que exista una norma constitucional que reconozca, autorice y determine su funcionamiento en el ordenamiento jurídico interno*.

3.8.1 Concepto de *ius cogens* para la jurisdicción colombiana.

Ya habíamos dicho que el concepto de *ius cogens* no puede ser sometido a categorizaciones regionales o nacionales, pues se trata de normas que obligatorio cumplimiento para la comunidad internacional en su conjunto; pero esto no quiere decir que no se pueda encontrar una identidad con los presupuestos de las normas de *ius cogens* para determinar cuáles normas en los ordenamientos jurídicos tienen la misma jerarquía. En la primera parte del trabajo²⁵ habríamos hecho referencia específica a aquellas normas en el ordenamiento colombiano que

²⁵ Ver páginas 28 y 29

tienen el carácter de inderogabilidad por resultar en los estándares mínimos de protección de los *derechos humanos*.

En este sentido podemos poner puntualmente en perspectiva la normativa del sistema colombiano que encuentra identidad con el concepto de *ius cogens*. Para nuestra Constitución Política (1991) en sus artículos 9 (*principios generales del derecho internacional*), 44 (*los derechos de los menores prevalecen sobre los demás*), 93, 94 (*los innominados*) y numeral 2 del artículo 214, prescribe que algunos derechos y libertades *no podrán ser suspendidos ni en estado de excepción*. Es necesario resaltar dos situaciones, la primera es que aquellas proposiciones que contienen protecciones mínimas de derechos humanos, son formuladas desde el *deber de abstención*, que tiene como *destinatario* al Estado y *titular* al ciudadano (Alexy R., 2000); lo segundo, es que prevalecen sobre cualquier consideración del ordenamiento interno, lo que les da el carácter de *absolutos e ilimitables*.

También hacen parte de esta categoría, aun cuando no se encuentren enunciados de manera expresa en el cuerpo normativo de la Constitución Política, aquellos derechos reconocidos por la Corte Constitucional en materia de derechos humanos y DIH. Frente a los primeros dice que son los enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), de acuerdo a lo previsto en el numeral 2 del artículo 4 (Moreno, L., 2013, p. 5-6), que prescribe: «*La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.*», y en materia de Derecho Internacional Humanitario, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II (Quinche, M., 2010, p. 77); además de los principios generales del DIH (Sentencia C 291, 2007)²⁶.

26 «[...] la Sala Plena precisa que son los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario los que tienen el rango cierto de normas de *ius cogens* [...]»

3.8.1.2 Especial situación del artículo 15 del PIDCP.

En este punto haremos un paréntesis para hacer puntualidad sobre la norma contenida en el artículo 15 del PIDCP (1966): *«Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.»*, lo primero que podemos decir es que esta cláusula es una transcripción del numeral 2 del artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Lo segundo, es que también se encuentra contenida en el artículo 9 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos *«Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.»*; lo tercero, es que el alcance que se le da a esta cláusula a nivel internacional, es el mismo que se utilizó en las discusiones del proyecto de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que precisó en los siguientes términos el presidente de la Conferencia Interamericana: *«no era necesario especificar "derecho nacional o internacional" puesto que la expresión "derecho aplicable" lo comprendía todo»* (Conferencia Especializada Inter... 1969, 208), tal como analiza la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2006, párr. 120), ya se verá que implicaciones tiene dicha proposición desde numeral 2 del artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Pero resulta preciso decir que esto deja el problema al descubierto, en tanto que se afirma la tesis acogida por la Corte IDH y los funcionarios judiciales, para el momento de la comisión de las conductas de acuerdo al derecho internacional penal, los crímenes internacionales eran efectivamente delictivos, por tratarse como se dijo de normas mínimas de protección en materia de derechos humanos, por lo que su contenido no necesita de un desarrollo legislativo del Estado o de su aceptación.

Ahora bien, esto no quiere decir que los crímenes internacionales pudieran ser normas válidamente oponibles por las instancias judiciales a los nacionales colombianos, pues se trata de reglas creadas para juzgar la responsabilidad penal de individuos por parte de tribunales internacionales.

3.9 Problemas genéticos del concepto de *derecho aplicable* en el discurso de los derechos humanos

Desde el aspecto genético (Borda, L., 2001, p. 55), es necesario entender entonces que los motivos políticos del momento histórico en que se produce la declaración exigían que el clausulado variara en su contenido de tal forma que se pudieran proferir sentencias penales internacionales (Naciones Unidas, E/CN.4/W.19, 1948) que resultaran compatibles con la normativa que se incluiría en la Declaración Universal de Derechos Humanos, por ello el primer proyecto realizado por la comisión de Naciones Unidas prescribía en su artículo 14:

«Ninguna persona deberá ser tenida como culpable de cualquier delito por cualquier acto o omisión que no constituyera tal delito al momento en que fuere cometida, ni podrá ser responsable de ninguna sanción mayor a la prevista para ese delito por la ley vigente al momento en que se cometió la infracción.» «Nada de lo dispuesto en estos artículos perjudicará los juicios y castigos de cualquier persona por la comisión de cualquier acto que al momento de su comisión, era criminal de acuerdo a los principios generales de la ley reconocidos por las naciones civilizadas.»²⁷» (Naciones Unidas, E/600, 1948). (Traducido por el autor)

²⁷ Texto original «1. No person shall be held guilty of any offence on account of any act or omission which did not constitute such an offence at the time when it was committed, nor shall he be liable to any greater punishment than that prescribed for such offence by the law in force at the time when the offence was committed. 2. Nothing in this article shall prejudice the trial and punishment of any person for the commission of any act which, at the time it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by civilized nations.»

Adicionalmente el proyecto presentado por el representante de Francia en su artículo 7 incluiría en esta proposición, además de la presunción de inocencia y la prohibición de la tortura, un párrafo en el que se indica que *«el horror inspirado por crímenes nunca deberá justificar el uso de un trato cruel o denigrante ya sea para un descubrimiento o como castigo.»* (Naciones Unidas. E/CN.4/82/ADD.8, 1948). (Traducido por el autor)

En el acta del 10 de junio de 1948, se discutió precisamente las implicaciones que tendría que consagrar dicha cláusula tanto para los juicios del Tribunal de Núremberg que aún faltaban y los que se realizarían a los japoneses en el Tribunal de Tokio, tal como se analizó del informe preparado por la Comisión de Crímenes de Guerra (Naciones Unidas, E/CN.4/W.19, 1948); en este punto el representante de Francia Mr. Cassin luego de escuchadas intervenciones de los demás representantes dijo puntualmente:

« [...] sugerido que los siguientes conceptos deberían estar en conexión con el artículo 8: presunción de inocencia, juicio público, garantía de defensa (por parte de un tribunal independiente podría ser omitido en atención a las consideraciones), no retroactividad de la ley y la pena, y la no aplicación de estos derechos a los criminales de guerra, por lo que la enmienda de la Unión Soviética podrá ser considerada²⁸.» (Naciones Unidas. E/CN.4/SR.54, 1948) (Traducido por el autor)

Podemos concluir que el problema de los parámetros presentados en la norma de la DUDH (1948), por los motivos políticos que existían para la época, impiden que la declaración pueda tener una verdadera vocación de universalidad frente a la aplicación del discurso de los derechos humanos, como veremos.

²⁸ Texto original *«Mr CASSIN (France) suggested that the following concepts should be considered in connection with Article 8: innocence until proven guilty, public trial, guarantees of defence (independent tribunals could be omitted in view of the preceding provisions), non retroactivity of laws and punishment, and the non applicability of those rights to war criminals - for which the USSR amendment could be considered.»*

3.10 Análisis comparativo, decisión de la Corte IDH Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2006) y las decisiones colombianas

Cerrado el paréntesis, es necesario trabajar con los criterios establecidos por la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2006); pues en esta decisión se sintetiza los problemas que hemos expuesto frente a la *imprescriptibilidad* y los otros temas tratados; pudiendo encontrar los principales argumentos que permiten justificar la interpretación dada por los judiciales nacionales y en otras latitudes de Latinoamérica que este criterio.

Expone la Corte IDH, refiriéndose a la Convención sobre la *imprescriptibilidad* de los crímenes de guerra y de lesa humanidad:

« Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (ius cogens), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa. [...] » (Corte Interamericana de der... Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, 2006, párr. 153).

Es notoria la similitud que existe con los argumentos de la Corte Suprema de Justicia colombiana²⁹, pero no solo en ella se encuentran estos argumentos, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala resolvió en igual sentido el recurso de casación en el caso de Juan Valencia Osorio, la Corte Suprema de Chile en el caso de Pinochet, y en el caso Sandoval , como bien resalta la Corte de Apelaciones de Rancagua en el proceso adelantado en contra de Raúl Hernán Neveu Cortesi, *«el delito de desaparición forzada es continuo, de lesa humanidad, imprescriptible y no amniable »*, (Corte IDH Caso Gelman Vs. Uruguay. 2011, párr. 63) en

29 Ver página 115

Uruguay, en la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Perú entre otras la de Alberto Fujimori (Tribunal Constitucional Perú, 2005, p. 679,); en la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, como en la causa de Simón, Julio Héctor y otros (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2005, párr. 40-50) entre otras decisiones (Pastor, D., 2009, p. 35), que han utilizado dicho parámetro para condenar a sus nacionales, y que hoy se constituye como en Colombia como un criterio obligatorio.

Se hace necesario entonces reflexionar con lo dicho respecto de las normas de *ius cogens*, como se dijo éstas normas no son convencionales lo que quiere decir que no necesitan de la voluntad del Estado o sus gobernados para que surta su función, por lo que no importaría que no se cuente en Colombia con instrumentos internacionales integrados con tal proposición o que el *corpus iuris* que conforma el sistema de protección interamericano de los derechos humanos tampoco lo contenga; hasta aquí no existiría contradicción con los postulados de éstas normas imperativas.

3.11 Los problemas para considerar la *imprescriptibilidad* como norma de *ius cogens*

El problema se presenta cuando decimos que las normas de *ius cogens* no admiten disposición en contrario; respecto a la clasificación y recopilación realizada por el doctor Gómez A. (2003), la mayoría de las normas de *ius cogens* mencionadas en los dos grupos pueden admitir situaciones y normas en contrario.

De cara al primer grupo que tiene como destinatario a los Estados, solo podríamos incluir los presupuestos de *igualdad* y la *buena fe*, por una parte, la *legítima defensa del Estado* se constituye como un acto de agresión de otro Estado por lo que no podría ser normas absolutas; en cuanto a la *libre determinación de los pueblos*, también encontraría su límite en la prohibición de

promulgar disposiciones que sean contrarias a la protección mínima que deben tener los derechos humanos, por lo que no podría tratarse de normas absolutas.

En el segundo grupo de normas que protegen y prohíben atentar en contra de los derechos humanos y el DIH, si bien es cierto se admite que no pueden promulgarse normas en contrario (*Deber de abstención*), en circunstancias especiales, puede suceder que conductas que vulneran directamente esas disposiciones, puedan dejar de ser castigadas penalmente, como sucede en los *procesos de justicia transicional*; al final veremos las implicaciones de estas afirmaciones.

Pero más allá de estas objeciones, bajo la hipótesis que se maneja, todos los Estados tendrían el deber imperioso de consagrar la imprescriptibilidad de la acción penal de los crímenes internacionales, y cualquier delito que contenga términos prescriptivos para esas conductas tendrían que ser nulos, cómo se expuso.

En los instrumentos internacionales que se han estudiado se encontraron proposiciones que impiden que el “*reconocimiento*” de la *imprescriptibilidad* hecho por la Corte IDH sea valedero.

Objeción 1. Todos los instrumentos internacionales que contienen conductas delictivas para proteger derechos humanos o atentados en contra del DIH, disponen que los Estados deben tratar dichas conductas como las más gravosas para el derecho interno; pero en ninguno se obliga a consagrar la imprescriptibilidad de la acción.

Tal es el caso de:

- La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

- La Convención para la Prevención y Represión del Genocidio, las Convenciones de Ginebra, entre otros; incluso dentro de los instrumentos que contienen derechos de las víctimas e instrumentos para la lucha en contra de la impunidad.
- Los Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder, el Catálogo de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Acción para Combatir la Impunidad.
- Los Principios y directrices básicas sobre los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves de derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

Ahora bien, cosa distinta es que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales sea un criterio utilizado por los tribunales penales internacionales para dar aplicación al Derecho Internacional Penal, lo que no la convierte en una norma de contenido inderogable o de imperativo cumplimiento para todos los Estados.

Objeción 2. Al igual que en las decisiones colombianas, en el caso Almonacid (2009), también se realiza un análisis idéntico respecto de los conflictos entre los parámetros de legalidad que deben tener las actuaciones del Estado y los deberes adquiridos a nivel internacional para aplicar criterios de justicia material cuando se trate del resarcimiento a los derechos de las víctimas, en este sentido se expone:

« [...] Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las

víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del ne bis in idem. [...]» (Corte Interamericana de der... Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, 2006, párr. 153-154).

Observamos dos cosas, la primera es que al igual que sucedió en el caso de Rito Alejo del Rio (Corte Suprema de Justicia, 30510, 2009), con hechos o pruebas nuevas se permite reabrir investigaciones, aun cuando dicha prerrogativa no se encuentre consagrada en el ordenamiento jurídico interno e incluso estar por encima del precepto de *cosa juzgada* o el *ne bis in idem*; lo segundo, es que tanto en el caso anterior como en el de Manuel Torregrosa Castro (2008), los criterios para resolver en justicia parten de postulados de justicia material propios de la forma de Estado Social, que según esa teoría prevalecen sobre cualquier garantía propia del Estado de Derecho, por considerarse como un mero *formalismo*.

Esto resulta en la aplicación de una política criminal incorrectamente formulada desde los parámetros establecidos incluso por la Constitución Política (1991), como se vio³⁰, lo que impediría que se pudiera hacer aplicación de la *imprescriptibilidad* como norma de *ius cogens*, pues la coherencia y sistematicidad exigida por la Convención de Viena (1969), impediría que una norma que contraría los postulados del artículo 53 por resultar contraria a los fundamentos constitucionales del Estado.

Objeción 3. Pero el problema no se circunscribe solamente a un asunto académico, los efectos prácticos de las sentencias también ponen en contradicción los presupuestos de los sentados por el ER, en tanto que como anota la Corte IDH :

«En lo que toca al principio ne bis in idem, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y

30 Ver página 78

decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”[...]» (Corte Interamericana de der... Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, 2006, párr. 153-154)

Al igual que en la exposición que realiza la CSJ en el 2008³¹ y como bien lo expone en otras providencias la Corte IDH como en el caso Carpio-Nicolle et al Vs. Guatemala (2009) o Gutiérrez Soler Vs. Colombia (2005), cuando existe un proceso solo en apariencia o se adelanta de manera fraudulenta, el Estado puede entrar a investigar nuevamente el asunto; esto quiere decir que la jurisdicción CPI ya no puede ser ejercida cuando el Estado *no quiso* realizar la investigación (Sentencia C-578 de 2002) y actúa solo cuando el Estado *no pudo* por su incapacidad ejercer su jurisdicción o su activación se daría en caso de que el Estado fallara nuevamente en sancionar la conducta, luego de revivir la actuación penal.

3.11.1 Principal problema de la aplicación del criterio de *imprescriptibilidad*.

En todas las decisiones analizadas se justifica que la interpretación realizada es válida en tanto que las normas de derechos humanos son *self executing* lo que quiere decir que no necesitan de normas que la desarrollen legislativamente en los Estados para darles protección, precisamente su objetivo es dar efectividad mínima a ciertos derechos, tal como lo dispone la parte final del artículo 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en particular el *derecho a una*

31 Ver página 83

tutela judicial efectiva y el derecho de las víctimas a la administración de justicia, en atención al deber de garantía de los Estados partes de la Convención (Monzón, L., 2010, p. 46).

Sin embargo, el principal problema que se presenta en la interpretación a nivel internacional y nacional, es que va en contravía del principio *pro hominem* o *pro persona*; « [...] según el cual, deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigilancia de los derechos de la persona [...]» (Sentencia C-551, 2003).

El contenido de este principio implica dos consecuencias, la primera es que se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer derechos protegidos; la segunda es que para establecer limitaciones al ejercicio de los derechos o las libertades debe primar la interpretación más restrictiva (Pinto, M., 1997, p. 163, 164); no obstante, lo que verdaderamente se hace es restringir derechos y libertades de un individuo, con base en el reconocimiento extensivo de los derechos de las víctimas, que no son más que otros individuos.

Tal como se presenta el principio, no habría ninguna contradicción en sus componentes pues serían dos dimensiones de una misma protección para el individuo, entendido como un *status* adquirido por el hecho de ser persona, y que en abstracto representa a todo ser humano en la sociedad; mientras que si entramos a ponderar entre los derechos de “distintos individuos”, si es que eso puede existir, el principio perdería sentido en su aplicación, ya que éste es quien soporta la carga de la restricción de sus derechos, se convertiría en un medio para la realización de un fin, el derecho de los otros. En otras palabras es una interpretación frente a las normas que regulan los derechos y libertades de los individuos, no entre individuos.

Cabe anotar que la interpretación restrictiva de la que se habla ve su consagración jurídica en el principio de favorabilidad, que es uno de los componentes de la legalidad igualmente.

Dejar de aplicar el principio pro persona en este sentido, no solo afecta directamente los presupuestos de la democracia substancial, en la que se conjugan verdaderamente los principios de igualdad y de legalidad (Ferrajoli, L. 2012, p. 27), sino que a su vez anula directamente el *status* de persona; lo que afecta directamente la dignidad, bajo la tesis de Imanuel Kant:

«La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente la dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y que si pueden utilizarse» (Orts, A. & Conill, 2002, p. 335)

En consecuencia, se vulneraría *una norma de carácter fundamental*, no solo del ordenamiento constitucional, sino como fundamento mismo del discurso de los Derechos Humanos y los límites materiales del *ius puniendi* no solo nacional sino también internacionalmente de cara a la aplicación derecho internacional penal, pues uno de sus límites se encuentra en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos (Werle, G., 2005, p. 42).

Esto quiere decir que contraria a una lógica sistemática que se traduce en una consistencia y claridad conceptual del contenido normativa y que debería verse reflejado en lo jurisprudencial; los postulados asumidos por los jueces nacionales y de la Corte IDH, vulneran directamente una disposición primaria en el discurso de los DDHH en pro de su defensa, y la defensa para dar eficacia a los derechos de las víctimas.

3.12 Fundamentos propios del derecho penal del enemigo en el discurso de los derechos humanos

Retomando las discusiones de la Comisión de Redacción de la Declaración Universal de los derechos del Hombre y como bien lo expone el representante *Mr. Cassin* (Naciones Unidas. E/CN.4/SR.54, 1948) en conclusión a la discusión del entonces artículo 14, luego de enunciarse algunas de las garantías a las que se hacían acreedores los ciudadanos en los procesos penales, la aplicabilidad para los criminales de guerra era nula, en especial la no retroactividad de la ley penal y de la pena, pues para la época en la que se desarrollaron los juicios de la segunda guerra mundial, aun cuando existían algunos tratados que contenían prohibiciones para cometer ciertas conductas en guerra o procedimientos para declararla, no existían reglas que permitieran imputar responsabilidad penal individual, en atención a tales prohibiciones internacionales.

Lo que es comprensible en tanto que la concepción del derecho internacional giraba en torno a que los Estados eran los únicos que podían ser sujetos del derecho internacional y es la misma razón para que se pudiera imputar en los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg, responsabilidad individual por crímenes en contra de la Paz, con base en las previsiones de los tratados internacionales.

Por esta razón se le considera a los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg como un antecedente del Derecho Internacional Penal, pero no un precedente del sistema, pues solo con posterioridad a la consecución de los juicios se establecería el primer instrumento que consagrara prohibiciones penales para cometer ciertos comportamientos, dentro de una legalidad estricta, que se requiere en todo sistema de derecho penal moderno.

En este sentido, la inaplicabilidad de ciertas garantías para cierto grupo de personas, hace que sea imposible una verdadera vocación de universalidad del discurso, en tanto que ese grupo

de individuos no se incluiría dentro del concepto de persona, lo que quiere decir que aquel *status* que se adquiere por el hecho de existir, pierde su vigencia.

Esto nos permite verificar que se cumplen con los presupuestos necesarios para afirmar que el numeral 2 del artículo 11 de la DUDH, que como se dijo tiene su consagración en otros instrumentos internacionales en materia de protección de derechos humanos³², se trata de un claro *dispositivo* que permite el funcionamiento de formas propias del derecho penal del enemigo; esta idea está sustentada en varios puntos, el primero y más importante de todos es que se trata a los que para el momento eran perseguidos como criminales de guerra, como *no personas*, al negárseles un trato igualitario en los derechos consagrados para los demás individuos de la declaración; lo segundo, es el carácter expansivo de los crímenes internacionales que en principio eran crímenes en *contra de la paz, contra la humanidad y de guerra* (Heinrich, H., 2002, p. 132-133) y lo que para el época histórica se concibió solo para aquellos que se juzgaría en la posguerra, abrió las puertas, como si se tratara de un *punto de fuga*, en el ámbito internacional para que paralelamente al desarrollo del DIH, otras categorías, como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad, pudieran ser oponibles a esas *no personas*, como si se tratara de la aplicación del principio de « [...] *in delictis atrocissimis potestas iudex iura transgredi* [...] » (Pastor, D. 2009, p. 150, 287).

Pero el alcance de la afirmación del numeral 2 del artículo 11 de la DUDH (1948), va más allá pues se trata de uno de los instrumentos preponderantes en materia de protección de derechos humanos, al cual se encuentran adheridos la mayoría de los Estados y sirve de paladín para afirmar que la correcta protección de los derechos humanos se encuentra en aplicar por encima de la vigencia de un orden jurídico interno, criterios de derecho internacional penal, este funcionamiento no se agota en la aplicación de las descripción de las conductas prohibitivas, sino

32 Ver página 130

que además permite utilizar otros elementos sustanciales, del sistema de imputación de ese sistema como la *imprescriptibilidad de la acción*, para imputar a nacionales responsabilidad penal, como sucede desde el año 2010 en Colombia.

De acuerdo con lo expuesto, encontramos: 1. Una autorización directa de la normativa de los derechos humanos para permitir el funcionamiento de los criterios trazados desde el derecho internacional penal, no solo haciendo compatibles el discurso de los derechos humanos con el propio sistema de derecho, sino a su vez con las decisiones judiciales que se profieran por los Estados parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás instrumentos mencionados, lo que marca un claro punto de convergencia entre estos dos sistemas. 2. Que este punto de convergencia entre los dos discursos, contiene no solo desde sus motivos políticos de creación, sino también propiamente en su evolución y funcionamiento, un trato diferencial frente al tratamiento de garantías dispuestas para los demás individuos, como un verdadero reflejo de una postura propia de derecho penal enemigo que se ve trazado desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Así, aun cuando se parta de premisas normativas que serían válidas internacionales, según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el sistema de derecho internacional penal e incluso resulta válido para condenar a nivel interno las conductas, las conclusiones de un examen detallado del fenómeno arroja que la producción de justicia bajo esos criterios no se ajusta a los parámetros racionalizadores del derecho, en tanto que el discurso excluye la posibilidad de una aplicación con vocación de universalidad, anula directamente el concepto de dignidad e impide que pueda cumplirse con el presupuesto de igualdad ante la ley, lo que se constituye en una falacia tanto para la argumentación, como para la aplicación del discurso nacional e internacional, que sustenta dicho criterio.

Esto quiere decir que se apuesta por un regreso a la ratio ilimitada que utiliza el Derecho Internacional Penal, dejando a un lado lo logrado en mayor medida con el sistema penal promulgado en el ER.

Precisiones finales

Es necesario hacer claridad que la tesina no realiza un análisis sobre las consecuencias que tendría la introducción de mecanismos legales que hagan efectivas las garantías judiciales de las víctimas en el proceso penal, con ocasión de los mandatos y compromisos internacionales que ha adquirido el Estado en materia de derechos humanos; lo cual evidentemente existe en materia penal con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2005, no encontrándose en desacuerdo con que se introduzcan nuevos estándares internacionales para su protección, incluso mostrándose indiferente si al sistema normativo se introduce la imprescriptibilidad de la acción penal.

Tampoco se trata de una defensa a los ideales fascistas de la Alemania de la segunda guerra mundial o de la inhumanidad de los actos cometidos, pero la *justicia* no puede convertirse en una cuestión de pasiones, pues estas son engañosas e impide que se pueda actuar con objetividad.

Luchar en contra de la impunidad no se limita a proteger conductas constitutivas de crímenes internacionales, también la persecución de otras formas delictivas que afectan a la comunidad de Estados y sus nacionales, como la *corrupción internacional*, el *terrorismo*, la *trata de blancas*, la *persecución de organizaciones criminales*, el *blanqueo de capitales*, la *tortura*, las *desapariciones forzadas*, las *ejecuciones extrajudiciales*, la *esclavitud*, entre otras que afectan gravemente de manera directa o indirecta los *derechos humanos* y que son incluidos en esta lucha.

Pero la lucha en contra de la impunidad, no implica necesariamente que se imponga sanciones penales a los individuos, razón por la cual nos encontramos ante proposiciones que no tienen el carácter de *inderogables* y pueden estar sujetos a transacción, es decir que rompe con los requisitos para poder ser consideradas como normas de *ius cogens*.

3.13 De las normas de Derecho Internacional Penal como normas de *ius cogens*

Es preciso hacer la precisión que la *lucha en contra de la impunidad* comprende no solo la disposiciones que contienen *normas de determinación* (Gracia L., 2013, p. 126) como los crímenes del ER, sino también aquellas, como la *imprescriptibilidad* que antes de ser una cuestión meramente procesal, tiene discusiones sustanciales como hemos visto, al darse su aplicación.

El Catálogo de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Acción para Combatir la Impunidad (2005), reportado por Diane Orentlicher, define en su literal a) lo que significa impunidad, en los siguientes términos:

«La impunidad acaece al fallar el Estado en cumplir con su obligación de investigar las violaciones; de tomar medidas apropiadas en contra de los perpetradores, particularmente en el área de justicia, asegurándose que los sospechosos de responsabilidad criminal sean perseguidos, procesados y castigados apropiadamente; proveer a las víctimas con una solución efectiva que asegure su reparación de las injusticias sufridas; para asegurar el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de la violación y para tomar las medidas apropiadas para prevenir que se pueda presentar una nueva violación.» (Traducido por el autor)

A primera vista, pareciera que la única posibilidad para combatir la impunidad sería determinando de manera efectiva la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria, de

los individuos que cometan conductas que se encuentren reprochadas por el derecho internacional dada su gravedad.

Pero este conjunto de principios igualmente reconoce que los intereses de las víctimas de esas *graves violaciones de derechos humanos*, encuentren que su derecho *a saber* es más importante, que la sanción penal que deba imponerse al individuo que cometió las violaciones, por esta razón cuando existen circunstancias especiales, éste suele ser el único recurso para combatir la impunidad, en este sentido reza en su preámbulo:

« Convencida, entonces, que se deben tomar medidas nacional e internacionalmente con el propósito de tener una perspectiva que asegure de manera conjunta, los intereses de las víctimas de violaciones, la observancia del derecho a saber y por implicación, el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a la reparación sin los cuales no podría haber un remedio efectivo en contra de los perjuicios indeseables de la impunidad, » (Consejo de Derechos Humanos, Set de Principios para la Protección de los Derechos Humanos 2005) (Traducido por el autor)

Precisamente existe una gran diferencia entre el concepto de *derecho a la justicia* que se ha construido hasta el momento por parte de la Corte IDH y de los demás órganos internacionales en materia de protección de derechos humanos, especialmente de cara a los crímenes internacionales y otro el criterio que se ha venido formando de manera formal en las Naciones Unidas desde el año 2004 (Naciones Unidas, S/2004/616, 2004).

Mientras que para la Corte IDH el *derecho a la justicia*, comprende que el Estado debe implementar las *acciones* pertinentes para que los titulares de los derechos de la Convención tengan los mecanismos legales que permitan a cualquier ciudadano obtener un acceso a la administración de justicia; se formula además, que debe poder tenerse un acceso sin trabas o dificultades, que exista una investigación *independiente e imparcial* y que el asunto se resuelva

dentro de plazo razonable, para obtener reparación del daño cometido, en especial si se trata de un eventual daño que genere graves violaciones de los derechos humanos; entiende, que los alcances del *derecho a un recurso judicial efectivo* para las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, implica entre otros efectos hacer a un lado la cosa juzgada, el principio de non bis in ídem, levantar las amnistías, el principio de favorabilidad y en especial las prescripciones de las acciones en el ámbito penal, por lo que se ordena en las sentencias de la Corte IDH que los órganos del Estado deben rehacer las investigaciones, con miras a determinar la responsabilidad en sus distintos ámbitos, todo esto cimentado en el *deber de garantía* que tiene el Estado al adherirse a la Convención y la *eficacia* para hacer efectivos los derechos convencionales (Monzón, L., 2010, p. 51).

El *derecho a justicia* que se desprende del *derecho a saber*, en los procesos de justicia transicional se distingue de su anterior desarrollo precisamente en punto de poder excluir la responsabilidad penal de los autores o partícipes de hechos criminales según el derecho internacional.

Lo anterior, no significa que la lucha por la protección de las *graves violaciones de los derechos humanos* no sea una meta de la *sociedad mundial*; incluso que los objetivos de la lucha en contra de la impunidad se encuentran circunscritos a que « [...] *los Estados deben adoptar y reforzar salvaguarda en contra de cualquier abuso tal como aquellos que pretenden prescripción, amnistía, derecho al asilo, negación de extraditar, non bis in ídem, obediencia debida, inmunidades oficiales, la jurisdicción de cortes militares y el negarse a remover los jueces que hayan fomentado o contribuido con la impunidad. [...]* » (Set de Principios para la Protección de los Derechos Humanos, 2005). (Traducido por el autor)

El derecho internacional de los derechos humanos incita que los Estados tomen las medidas necesarias para que sean imprescriptibles las acciones, tal como se proclama en el literal

c del principio 23, como una de las *Restricciones de las Reglas de Derecho Justificadas por la Acción para Combatir la impunidad* o aquellos estándares que se disponen en los demás principios y que se compadecen mayormente con lo expuesto por Corte IDH, incluso el Principio 19 que prevé lo siguiente:

« [...] Principio 19. Deberes de los Estados relacionados con la Administración de Justicia.

Los Estados deberán recordar garantizar, que las investigaciones por violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario sean independientes e imparciales y tomar las medidas apropiadas respecto de los perpetradores, particularmente en el área de justicia criminal, asegurándose que aquellos responsables por la comisión de crímenes según el derecho internacional sean perseguidos, enjuiciados y castigados apropiadamente. Aun cuando, la decisión de perseguir las conductas reside principalmente en el Estado, las víctimas, su familia deben tener acceso a los procedimientos, tanto individuales como colectivos, particularmente como parte civil [...]» (Consejo de Derechos Humanos, Set de Principios para la Protección de los Derechos Humanos 2005) (Traducido por el autor)

Pero nuevamente se trata, de *deberes de asistencia* del Estado, es decir normas que tiene como *destinatario* al Estado, por ser quien tiene la *potencia* para tomar las medidas legislativas, de política criminal, institucionales y demás mecanismos que permitan la realización de tales propósitos de acuerdo a los parámetros normativos de los Estados Sociales de Derechos, que son los únicos a los que le es aplicable el funcionamiento de los derechos humanos (Alexy, R., 2000).

A pesar de que estas normas internacionales aún tienen como objeto lograr el *castigo* (*punishment*), que entraña la idea aun de la *expiación* (Gómez, A., 2008, p. 64); existen criterios racionalizadores del discurso internacional de los derechos humanos que permiten introducir la

realización de fines de mayor utilidad para alcanzar el progreso de los pueblos como lo es la *reconciliación*, lo que activaría y aceleraría el cumplimiento del *principio de progresividad* ³³, constituyéndose como una solución a los *problemas virales del planeta* y un corto encause de la *política interna del mundo* (Pastor, D., 2009, p. 137), especialmente con ocasión de los conflictos sociales en los que su prolongación y afectación masiva de la población impide que se pueda lograr de manera efectiva un enjuiciamiento de lo cometido, permite que se puedan formular reservas respecto de la responsabilidad penal (Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011).

En este sentido, el literal a) del principio 24 (Consejo de Derechos Humanos, Set de Principios para la Protección de los Derechos Humanos, 2005), permite que en caso de acuerdos de paz o de procesos que permitan alcanzar la *reconciliación* nacional se pueda llegar a amnistías o a medida similar sin que ello menoscabe el *derecho a saber* de las víctimas o de los estándares trazados para lograr su reparación.

Nos encontramos entonces, ante normas del derecho internacional que reputándose como pertenecientes al concepto de *ius cogens*, van en contra de los supuestos que implican esta categoría, es decir su calidad *imperativas*, de contenido *inderogable* y que no pueden someterse a acuerdos o transacciones.

Conclusiones del Capítulo

1. Desde los tres momentos vistos, no solo se permite vislumbrar los orígenes que tienen los criterios utilizados, sino que también se logra distinguir los mecanismos procesales que se crean para hacer eficaz la protección mínima que deben tener los derechos de las víctimas.

33 Ver página 31

2. La obligación de aplicar la regla de *imprescriptibilidad* es un estándar mínimo para la protección de *graves vulneraciones de derechos humanos*.

3. Resulta notorio que el criterio utilizado como parámetro o estándar internacional para hacer uso de la regla de *imprescriptibilidad*, coincide en sus argumentos con lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus decisiones.

4. Según el Derecho Internacional la *imprescriptibilidad* no constituiría una norma de obligatorio cumplimiento para el Estado colombiano.

5. La regla de *imprescriptibilidad* del Estatuto de Roma no puede ser aplicada para resolver casos penales internos.

6. La *imprescriptibilidad* no es a) un principio del derecho internacional; b) un principio del DIP, y c) una norma de *ius cogens*.

7. La aplicación de la *imprescriptibilidad* en Colombia rompe con la sistematicidad y vocación de universalidad del discurso de los derechos humanos.

8. Es posible hablar de criterios propios del derecho penal del enemigo para dar una protección efectiva a los derechos de las víctimas al criterio de justicia construido por la Corte IDH.

9. Al ser las normas de derechos humanos un límite del sistema penal del derecho internacional no podría aplicarse la *imprescriptibilidad* para juzgar los casos vistos, en tanto que: si la formulación de la política criminal debe tener como límite los fundamentos del Estado y uno de esos fundamentos es el Estado de Derecho, que se formula desde la Constitución Política de 1986, y este no preveía como válidamente aplicable la regla de *imprescriptibilidad* como criterio para determinar responsabilidad penal, aplicar dicho criterio constituiría un rompimiento de los principios que fundamentan estructuralmente el discurso de los derechos humanos.

Conclusiones Finales

Existe un cambio de paradigma frente al tratamiento de la legalidad en el modelo de derecho penal continental, que se hace exigible desde las instancias del derecho internacional para la protección de *graves vulneraciones de derechos humanos*, para lo cual los jueces acuden a la aplicación de una visión monista internacionalista, para realizar la integración normativa de esta clasificación dada a ciertos de derechos humanos.

La teoría del bloque de constitucionalidad como fundamento de la *categorización* realizada por los jueces penales resulta inaplicable en dos sentidos, el primero por el marco temporal en el que se produce la teoría; el segundo, y más importante, porque contradice los fundamentos mismos del discurso constitucional para la protección de derechos humanos, al estar en juego el principio de dignidad humana.

La *categorización* de los crímenes internacionales no solo supone la aplicación de la imprescriptibilidad de la acción penal, sino además la creación por vía jurisprudencial de mecanismos para impugnar las decisiones penales e incluso la aplicación de tipos penales como el concierto para delinquir para deducir su naturaleza de crímenes internacionales.

Se suscitan problemas no solo en la interpretación que se realiza sobre el alcance de los elementos que configuran los crímenes internacionales, sino que además se incluye conceptos plenamente autónomos para fusionarlos, a tal punto de incluir el genocidio como una de las posibles conductas a cometer dentro del catálogo de los crímenes de lesa humanidad.

Según los parámetros o estándares trazados por la Corte IDH, la acción penal es imprescriptible para los hechos que se constituyan como *graves violaciones de derechos humanos*, por ser la *imprescriptibilidad de la acción penal*, los crímenes internacionales y los demás instrumentos de derechos humanos, que tengan la vocación de hacer efectivos los

derechos de las víctimas, deben ser consideradas como normas de *ius cogens*, implicando por estar en de esta categoría que se constituyen como parámetros interpretativos necesarios para resolver los casos a cargo de las autoridades judiciales y que derogan cualquier disposición interna en contrario.

Igualmente, la aplicación de la *imprescriptibilidad* es un estándar mínimo de protección de carácter obligatorio para la jurisdicción interna para lograr dar alcance al contenido de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que ha suscrito el Estado colombiano, entre otros la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

No obstante lo anterior, según la lectura expuesta de la lógica y funcionamiento del Derecho Internacional General, la regla de *imprescriptibilidad* no podría constituirse como una norma de obligatorio cumplimiento para el Estado colombiano, en aquellos casos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

Al admitirse la posibilidad de poder evadir la responsabilidad penal de los autores de aquellas conductas delictivas según el derecho internacional, estaríamos en presencia de normas que no tienen un carácter de absoluto y podrían someterse a un consenso, para obtener resultados que permitan un mayor beneficio social y que permitirían dar mayor eficacia a la implementación de un *statu quo* que permita el funcionamiento del *principio de progresividad*; luego, con fundamento en el *modus tolens*, al no ser normas de *ius cogens*, no se trata de normas que necesariamente puedan actuar por encima de los ordenamientos jurídicos de los Estados.

Los argumentos que utilizan los jueces penales nacionales en sus sentencias parten de los criterios establecidos por la jurisdicción contenciosa que ejerce la Corte IDH, por lo que podríamos hablar de la aplicación de un *control de convencionalidad sustantivo* sobre los casos analizados; esto permite predicar, que la política criminal utilizada para la persecución de los

crímenes internacionales en Colombia, se encuentra erigida ya no por el modelo constitucional del Estado, sino por una política criminal trazada desde criterios propios del derecho internacional penal y que se ve materializada por la aplicación a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y del alcance dado por la Corte IDH a su contenido.

Podemos hablar de una clara aplicación de criterios propios del derecho penal del enemigo, tanto en su *producción o establecimiento* desde la normativa contenida en el numeral 2 del artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que luego es irradiado a los demás instrumentos de orden internacional en materia de protección de los derechos humanos, como en las implicaciones de su funcionamiento.

En este sentido, se encontró además que para imputar los crímenes internacionales es posible utilizar el tipo penal de *concierto para delinquir*, el cual se estructura a partir de criterios propios del derecho penal del enemigo.

La aplicación de la regla de imprescriptibilidad de la acción penal y los demás criterios que resultan desfavorables en el procesamiento del individuo, afecta directamente uno de los pilares fundamentales del discurso de los derechos humanos, como es el principio *pro persona* y *dignidad humana*, situación que pone en evidencia una contradicción directa con el presupuesto de la visión actual que debe tenerse para la imputación de los crímenes internacionales en el sistema de derecho penal del derecho internacional, en tanto que el discurso de los derechos humanos se constituye como un límite infranqueable para su funcionamiento.

Que la aplicación de la regla de imprescriptibilidad, se forja en los casos analizados desde el discurso propio del Derecho Internacional Penal y no desde la aplicación de los parámetros normativos sustentados en el ER, pues aun cuando en ambos sistemas se concibe la *imprescriptibilidad* su ratio temporal para su aplicación es distinta. Se trata de un fenómeno

jurídico que se viene implementando no solo en Colombia, sino en otros Estados latinoamericanos.

La implementación de juzgamientos analizados, crea contradicciones directas con los presupuestos contenidos en el ER, esto es no solo en el marco de interpretación respecto del contenido que debe tener la conducta para constituirse como un crimen internacional, sino también con las reglas propias de ese sistema para su aplicación, como la ratio temporal sobre la cual puede actuar el órgano judicial.

Resulta ser claro que aun cuando en el sistema jurídico colombiano no se permite el funcionamiento del contenido del ER, una de las posibles soluciones a los problemas jurídicos descritos en la tesina pueden verse resueltos por una devuelta al ER como un parámetro racionalizador de los criterios de Derecho Internacional Penal para poder juzgar e imputar los crímenes internacionales en los Estados, que tengan en su formulación fundamentos democráticos y de derecho; esto permitiría tener no solo claridad conceptual del significado y alcance de los crímenes internacionales, sino que además permitiría introducir límites al ejercicio de las prácticas que se vienen presentado y dar parámetros racionalizadores al juzgamiento penal, evitando contradicciones con los fundamentos del discurso de los derechos humanos y evitar en mayor medida el peligrosismo con el que se trataría al ciudadano.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta, J. (2008). *Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿Normas de Ius Cogens?*.

Revista Colombiana de Derecho Internacional. Bogotá: Recuperado el 4 de marzo de 2015 del sitio <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n12/n12a02.pdf>.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales

Alexy, R. (2000). *La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático*. Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Vol. 8, 21-42. Recuperado el 17 de febrero de 2014 del sitio <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1372/DyL-2000-V-8-Alexy.pdf?sequence=1>

Allott, P. (1999). "*The concept of International law*". European Journal of International Law, Vol. 10, 31-50. Recuperado el 24 de junio de 2013 de la base de datos ejil.oxfordjournals.org.

Ambos, K. (2001). *Temas del derecho penal internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ambos, K (2005). *La parte General del Derecho Penal Internacional*. Uruguay: Konrad Adenauer

Arajärvi, N. (2011). *Looking Back from Nowhere: Is There a Future or Universal Jurisdiction over International Crimes*. Tilburg Law Review, Vol 16, 5-29. Recuperado el 15 de diciembre de 2013 de Social Science Research Network.

Badinter, R. (2004). *De Nuremberg a la Haya*. Revue internationale de droit pénal, Vol. 75, 699-707. Recuperado el 12 de diciembre de 2013 del sitio: <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2004-3-page-699.htm>

Bernal, C. (2008). *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Borda, L. (2001). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Brauch, Günter. (2004). *The Three Worldviews of Hobbes, Grotius and Kant. Foundations of modern thinking on peace and security Contextual Change and Reconceptualisation of*

Security. Recuperado el 24 de junio de 2013 del sitio: http://www.afes-press.de/pdf/Hague/Brauch_Worldviews.pdf

Bustillos, M. (s.f.) *El control de convencionalidad: La idea de bloque de constitucionalidad y su relación con el control de Constitucionalidad (1-12)*. Recuperado el 13 de enero de 2014 del sitio:

http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_control_de_convencionalidad_PJF_1.pdf

Cassese, A. (2008). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press

Cavallier, G. (2006). *El Derecho Internacional en la Constitución Política de Colombia*. En Abello, R. (Ed.) *Derecho Internacional Contemporáneo*. (29-48) Bogotá: Universidad del Rosario.

Ciciriello, M. (2010). *The Participation of NGO's in International Regulatory Function*. En Constantinidis A. y Zaikos N. (Eds.). *The Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*. Brill: Leiden.

Crawford, J. (2004). *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado, introducción, texto y comentarios*. Madrid: DYKINSON, S.L.

Fernández, C. (2011). *El genocidio en el Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: TROTТА.

García, L. (1998). *El Derecho Penal Internacional*. (5ª ed.) Bogotá: Temis.

Gascón, M. (2010). *Los Hechos en el Derecho, Bases argumentales de la prueba*. (3ª ed.) Madrid: Marcial Pons

Gómez A. (2008). *Un mundo sin Cárceles es posible*. México D.F: Coyoacán

Gómez, A. (2003). *El ius cogens internacional*. (2ª ed.) México D.F: Universidad Autónoma de México

Günter, H. (2004). *The Three Worldviews of Hobbes, Grotius and Kant Foundations of modern thinking on peace and security Contextual Change and Reconceptualisation of Security*. Recuperado el 24 de junio de 2013 del sitio http://www.afes-press.de/pdf/Hague/Brauch_Worldviews.pdf

Guzmán, F. (2012). *Retroactividad Penal de los Crímenes Internacionales*. Comisión Colombiana de Juristas. Recuperado el 21 de enero de 2014 del sitio: http://www.coljuristas.org/documentos/documento.php?id_doc=341&idioma=es&grupo=4

Gracia, L. (2013). *Fundamentos del sistema del derecho penal: una introducción a las bases de la dogmática penal del finalismo*. Ediciones USTA.

Heinrich, H. & Weigend, T. (2005). *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (5ª ed.) Granda: Comares S.L

La Rosa, M. (2008). *La prescripción en el derecho penal. Fundamentos. Prescripción de la acción penal y de la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad suspensión e interrupción del plazo. Jurisprudencia*. Buenos Aires: Astrea

López, D. (2006). *El derecho de los jueces* (2ª ed.) Bogotá: Universidad de los Andes.

Mansilla, Llanos. (2007). *Teoría y práctica del derecho internacional público. De las fuentes de las relaciones con el derecho interno*. (Tomo I) Santiago: Jurídica de Chile.

Matthaus, J. (2008). *The lesson of Leipzig punishing german war criminals after the first world war*. En Patricia Heberer and Jürgen Matthäus (Eds.). *Atrocities on Trail, Historical Perspective on the Politics of Prosecuting War Crimes*. (3-21) Washington: University of Nebraska.

- Mejía Azuero, J. (2008). *Diferencias entre el derecho penal internacional y el derecho internacional penal*. *Derechos y Valores*, No. XI, 121-182. Recuperado el 12 de diciembre de 2013 del sitio: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602212>
- Mesa, M. (2007). *Génesis y Formación del Derecho Internacional Privado. Una aproximación Histórica*. Tesis de grado doctoral obtenido no publicada. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España. Recuperado el 4 de marzo de 2015 del sitio: <http://eciencia.urjc.es/bitstream/10115/1058/1/TESIS%20MESA%20MOLES.pdf>
- Moreno, L. (2012). *Los derechos tras las rejas*. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, p. 199-236 v. 350.
- Monzón, L. (2010). *Derecho penal garantista y lucha contra la impunidad por violaciones a los derechos humanos: entre el derecho a la justicia de las víctimas y las garantías procesales del procesado*. Tesis de Maestría en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.
- Orts, A. & Conill. (2002). *Kant Imanuel, La Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos.
- Orozco, I. (1997). *Los Peligros del Nuevo Constitucionalismo en Materia Criminal*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Interior.
- Ospitia, J. (1995). *Crímenes de guerra y conflicto armado interno. Derecho penal y criminología*. Vol 25, No. 53. 119-133. Recuperado el 20 de febrero de 2014 del sitio: [http://revistas.uexnado.edu.co/index.php?journal=derpen&page=article&op=view&path\[\]=987](http://revistas.uexnado.edu.co/index.php?journal=derpen&page=article&op=view&path[]=987)
- Pastor, D. (2009). *Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá: Ibáñez Ed.
- Pedreira, F. (2004). *La prescripción de los delitos y de las faltas*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

- Pérez, A. (2012). *El principio de justicia universal. Fundamento y límites*. Valencia: Tirant Loblanch Ed.
- Pinto, M. (1997). *El Principio Pro Homine. Criterios Hermenéuticos y Pautas para la Regulación de los Derechos Humanos. La aplicación de los tratados de derechos humanos en los tribunales locales*. Buenos Aires: Editorial del Puerto.
- Quinche, M. (2014). *El Control de Convencionalidad*. Bogotá: Temis.
- Quinche, M. (2011). *La acción de tutela - el amparo en Colombia*. Bogotá: Temis.
- Quinche, M. (2010). *Derecho Constitucional Colombiano de la carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Derecho y Ley Ed.
- Raimondo, F. (2008). *General Principales of Law and the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*. Boston: Martinus Nijhoff.
- Roxin, C. (2000). *La evolución de la Política Criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch alternativa.
- Ruiz, P. (2014). *Aproximación al Estudio de la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en el Régimen Disciplinario Colombiano*. Bogotá: IEMP.
- Salvador, M. (2006). *Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de la exclusión* (Volumen 2) Buenos Aires, Montevideo: Edisofer.
- Sinha, K. (2005). *Hinduism and International humanitarian law*. International Review of the Red Cross, Vol. 87, N.858, Junio, 285-294. Recuperado el 24 de junio de 2013 de sitio: http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_858_sinha.pdf
- Sofaer, Abraham. (2008). *International security and the use of force*. En Bratspies, R. y Russell, M. (Eds.) *Progress in international law*. Brill: Leiden.

- Straumann, Benjamin. (2007). The Peace of Westphalia (1648) as a Secular Constitution. *Constellations*, Vol 15, No. 2, 173-188. Recuperado el 2 de noviembre de 2013 de Social Science Research Network.
- Uprimny, R. (2001). *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis Jurisprudencial y un Ensayo de Sistematización doctrinal*. Recuperado el 26 de julio de 2013 del sitio: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>
- Vergara, A. (2002). *Derecho Internacional Público*. (3ª ed.) Bogotá: G&B ed.
- Villar, L. (2001). *Teoría del Discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Werle, G. (2005). *Principles of international criminal law*. Netherlands: T.M.C. Asser Press.
- Werle, G. (2005). *Tratado de Derecho Penal Internacional* (2ª ed.) España: Tirant Lo Blanch.
- Yokota, Yoza. (2010). *Theory And Practice Of The Application Of International Law In Japan*. En Vukas, B. y Šošić, T. (Eds.). *International Law: New Actors, New Concepts*. Brill: Leiden.
- Zapatero, L. (1983). *Principio de Legalidad y Reserva de la Ley en materia Penal*. Publicado en la Revista Española de Derecho Constitucional. No. 8 (Mayo-Agosto), 9-46.

Decisiones

- Audiencia Nacional de España, Sala de lo Penal. Sentencia 16 (Ponencia Sala Tercera; 2005)
- Consejo de Estado. Auto 760012331000199703251 01 (20.507) (M.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 2015)

Corte Constitucional. Sentencia C-176 (M.P Alejandro Martínez Caballero; 1994)

Corte Constitucional. Sentencia C-225 (M.P Alejandro Martínez Caballero; 1995)

Corte Constitucional. Sentencia C-010 (M.P Alejandro Martínez Caballero; 2000)

Corte Constitucional. Sentencia C-710 (M.P Jaime Córdoba Triviño; 2001)

Corte Constitucional. Sentencia C-578 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; 2002).

Corte Constitucional. Sentencia C-1076 (M.P Clara Inés Vargas; 2002)

Corte Constitucional. Sentencia C-578 (M.P Manuel José Cepeda Espinoza; 2002)

Corte Constitucional. Sentencia C-04 (M.P Eduardo Montealegre Lynett; 2003)

Corte Constitucional. Sentencia C-551 (M.P Eduardo Montealegre Lynett; 2003)

Corte Constitucional. Sentencia C-1121 (M.P Clara Inés Hernández; 2004)

Corte Constitucional. Sentencia T-453 (M.P Nilson Pinilla Pinilla; 2005)

Corte Constitucional. Sentencia C-208 (M.P Rodrigo Escobar Gil; 2007)

Corte Constitucional. Sentencia C- 291 (M.P Manuel José Cepeda Espinoza; 2007)

Corte Constitucional. Sentencia C-141 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 2010)

Corte Constitucional. Sentencia C-290 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 2012)

Corte Constitucional. Sentencia C-355 (M.P Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández; 2006)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cesti Hurtado Vs. Perú, del 29 de noviembre de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia, Sentencia del 26 de enero de 2000

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Palmeras Vs. Colombia, del 6 de diciembre de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala del 25 de noviembre de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Carpio-Nicolle et al Vs. Guatemala, del 6 de julio de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Liakat Alibux Vs. Suriname, del 30 de enero de 2014.

Corte Internacional de Justicia. Series B-NO. 75. Sentencia del 3 de marzo de 1928.

Corte Penal Internacional. Sentencia ICC-01/04-01 /06-2842 14-03-2012 1/624 SL T (Juez Elizabeth Odio Benit; 2012)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 29472 (M.P Yesid Ramírez Bastidas; 2008)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 30510 (M.P Yesid Ramírez Bastidas; 2009)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 33118 (M.P Javier de Jesús Zapata Ortiz; 2010)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 33039, (M.P José Leonidas Bustos Martínez; 2010)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 32672 (M.P Sigifredo Mendoza Pérez; 2009)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 32022 (M.P Sigifredo Espinoza Pérez; 2009)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 30308 (M.P María del Rosario González de Lemos; 2010)

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Proceso 44312 (M.P no aparece, 2015) decisión del 27 de enero de 2015

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 45795(M.P Eyder Patiño Cabrera; 2015)

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Recurso de Hecho, Causa N° 17.768, decisión del 14 de junio de 2005

Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Cámara Penal, Casación 109-2003 y 110-2003, Sentencia del 14 de enero de 2013.

Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol 40.184, Sentencia del 8 de agosto de 2011.

Corte Suprema de Chile, (Caso de desafuero de Pinochet), Sentencia 2.182-98 de 8 de agosto del 2000.

Tribunal Constitucional Peruano. Proceso 679/2005, Sentencia del 2 de marzo de 2007.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Penal. Proceso 11001070400320080002509. (M.P Hermes Darío Lara Acuña; 2012)

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Penal. Proceso 11001310405120090020303 (M.P Luis Fernando Ramírez Contreras; 2014)

Otros Documentos

Asamblea de Estados Parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, (2002) Elementos de los Crímenes.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987), Opinión Consultiva 9 del 6 de octubre de 1987, Serie A numeral 9.

Congreso de la República de Colombia (1980) Decreto 100, Código Penal Colombiano. Diario Oficial 35.461.

Congreso de la República de Colombia (1991) Constitución Política de Colombia. Gacetas Constitucionales 114, 116 y 125.

Congreso de la República de Colombia (2000) Ley 599, Código Penal Colombiano. Diario Oficial 44.097.

Congreso de la República de Colombia (2001) Ley 707. *Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada*. Diario Oficial 44.632.

Congreso de la República de Colombia (2001) Acto legislativo 2. *Por medio del cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política*. Diario Oficial 44.506.

Congreso de la República de Colombia (2002) Ley 742, Estatuto de la Corte Penal Internacional. Diario Oficial 44.826.

Congreso de la República de Colombia (2004) Ley 906, Código de Procedimiento Penal Colombiano. Diario Oficial 45.658.

Corte Permanente de Arbitraje. (1899) *Convention for the pacific settlement of international disputes*. Recopilado el 3 de julio de 2013 del sitio: http://www.pca-pa.org/showpage.asp?pag_id=1187

Convenio de la Liga de las Naciones. Tratado de Versalles. (1919) *Recuperado el 25 de marzo de 2015 del sitio:*

http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/versailles_menu.asp

Naciones Unidas. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2011), Políticas legales de protección Series de investigación, Desplazamiento forzado y crímenes internacionales, *Tomado el 19 de junio de 2015 del sitio:* <http://www.acnur.es/pdf-reunionexpertos/2010-4-11.13-Desplazamiento.pdf>

Naciones Unidas. Asamblea General (1950). Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y por los Juzgamientos e los Tribunales de

Núremberg, Tomado el 2 de febrero de 2014 del sitio:
http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf

Naciones Unidas, Asamblea General (1968). Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Naciones Unidas (1969). A/CONF.39/27. Convención de Viena del Derecho de los Tratados. Tardado número 18232.

Naciones Unidas. Asamblea General (1966). Resolución 2200A (XXI). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Naciones Unidas. Asamblea General. (1948). Declaración Universal de los derechos del hombre y del Ciudadano.

Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. (1948). E/CN.4/SR.54, *Tercera periodo de sesiones, Registro de resumen de la reunión cincuenta y cuatro.*

Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos (1948). E/600 - E/CN.4/AC.1/19, *Draft del 3 de mayo de 1948 segunda sesión.*

Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos (1948). E/CN.4/82/ADD. Tercer periodo de sesiones, *I borrador de la declaración, en concordancia con el párrafo 2 del artículo 8 del II draft declaration.*

Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (1993). Resolución 808. Tribunal Criminal Internacional para Yugoslavia.

Naciones Unidas. Conferencia Diplomática de plenipotenciarios (1998). Estatuto de la Corte Penal Internacional. *Estatuto de Roma* (ER).

Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. (2005). Set de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Acción para Combatir la Impunidad.

Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. (2011). Informe de Justicia Transicional en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Del mes de Junio.

Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. (2004). S/2004/616. *El reporte referente a las reglas de derecho de justicia transicional que emergen de la agenda de NU, entendiendo la necesidad de coordinación y cooperación a través del sistema de NU así como de otros actores por fuera de la organización.*

Organización de Estados Americanos. Asamblea General. (1994). Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas.

Organización de Estados Americanos. Asamblea General. (1969). K/XVI/1.2. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Abreviaturas:

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

Corte Suprema de Justicia (CSJ)

Derecho Internacional Penal (DIP)

Derecho Penal Internacional (DPI)

Estatuto de Roma o Estatuto de la Corte Penal Internacional (ER)