

---

# Aporías jurídicas de los delitos de lesa humanidad en el derecho penal colombiano

*Carlos Alberto Suárez López\**

*Comienza el derecho penal en aquel mismo momento en que la ley del Estado (comprendiendo dentro de ella a la costumbre con fuerza legal) pone limitaciones al arbitrio del depositario del poder penal, esto es, del juez sentenciador.*

Teodoro Mommsen

## Resumen

El proceso de incorporación del derecho penal internacional en los derechos penales nacionales puede llegar a ser bastante problemático, pues las disposiciones de aquel pueden entrar en conflicto con los derechos y garantías propias de este. Ello no resulta extraño si se tiene en cuenta que el derecho penal internacional es, en muchos aspectos, un auténtico derecho penal de tercera velocidad o un genuino derecho penal del enemigo. Un buen ejemplo de ello es lo que ha ocurrido en los últimos años en el derecho penal colombiano en materia de crímenes de lesa humanidad. Para no dejar algunos de estos atroces crímenes ocurridos en Colombia años atrás en la impunidad, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha relativizado notablemente (por no decir que anulado) los principios de legalidad penal y de prescriptibilidad de los delitos. Haciendo esto, la Corte ha incurrido en auténticas “aporías jurídicas”.

---

\* Abogado y especialista en Ciencias penales y criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, magister en Derecho de la Universidad de los Andes, doctorando en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), director del Consultorio jurídico y del área de Derecho penal de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

*Palabras clave:* Incorporación del derecho penal internacional, delitos de lesa humanidad, principio de legalidad penal, principio de prescriptibilidad de los delitos.

## Abstract

The process of incorporation of International Criminal Law into national criminal laws can be highly problematic, because the regulations of that can enter in conflict with the rights and guarantees characteristics of this. It isn't strange, if we bear in mind that International Criminal Law is, in very aspects, an authentic "criminal law of third gear" or an genuine "enemy's criminal law". A good example of that is what happened in last years in Colombian's Criminal Law on matters of crimes against humanity. In order to avoid leaving some of this atrocious crimes that look place in Colombia years ago in impunity, the Colombian Supreme Court of Justice had relativized notably (to don't say canceled) the principles of legality of crimes and of time limit of action. Making it, the Court had incurred in authentic "legal aporias".

*Keywords:* Incorporation of International Criminal Law – Crimes against humanity – Principle of legality of crimes – Principle of time limit of action.

### *Abreviaturas utilizadas*

C.Const.: Corte Constitucional colombiana

C.N.: Constitución Política colombiana

C.P.: Código Penal colombiano

C.P.P.: Código de Procedimiento Penal colombiano

C.S.J. Penal: Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana

E.C.P.I.: Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

## Introducción

Una de las principales características de la jurisdicción permanente de la Corte Penal Internacional es la de ser complementaria o subsidiaria (E.C.P.I., art. 1º)<sup>1</sup>, lo cual implica que este tribunal penal internacional solo va a perseguir alguno de los crímenes internacionales de su competencia, en términos generales, cuando el Estado interesado no pueda

1 Daniel R. Pastor (2009a: 195) sostiene que: "Los redactores hispanohablantes del Estatuto calcaron del inglés la voz 'complementariedad'. Sin embargo, en lengua española, complementario es lo que se añade, se agrega, se suma o se integra a algo sin que un elemento y otro se excluyan. En castellano, cuando se quiere denotar que alguna institución está en reserva para suplir o reemplazar completamente a otra ante su inacción o fracaso y no para sumarse a ella, se dice, especialmente en el ámbito jurídico, que una es subsidiaria de la otra. Como se puede ver, la competencia de la CPI es subsidiaria y nunca complementaria".

o no quiera hacerlo (E.C.P.I., art. 17)<sup>2</sup>. Lo anterior supone que los principales llamados a aplicar el derecho penal internacional son los propios Estados a través de sus jurisdicciones nacionales<sup>3</sup> y ello conlleva, a su vez, a que los ordenamientos jurídicos internos, con base en los cuales estas jurisdicciones investigan y juzgan los casos, deben ser adecuados o ajustados sustancialmente a las normas de aquel<sup>4</sup>.

Si bien es cierto que el Estatuto de Roma, a diferencia de otros tratados internacionales en materia penal, no establece expresamente ninguna obligación de incorporar sus preceptos en el derecho interno de los Estados partes, dicha incorporación es lo ideal, pues

(...) [el] mensaje del Estatuto de la CPI en cuanto a las características de la legislación penal interna es que los Estados deben estar dispuestos y en condiciones de perseguir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, aplicando sus legislaciones, de forma similar a como lo haría la CPI (Werle, 2005: 149).

Sin embargo, este ajuste o adecuación de los ordenamientos jurídicos locales al ordenamiento penal internacional no siempre resulta fácil y pacífico. Puede ocurrir, por ejemplo, que las normas penales internacionales resulten contrarias o, al menos, de difícil conciliación con los derechos y garantías constitucionales y legales propios de los derechos penales domésticos. Ello no resulta extraño si se tiene en cuenta que —tal como se argumentará en estas líneas— el derecho penal internacional puede ser considerado, en muchos aspectos, como un auténtico derecho penal de tercera velocidad o como un genuino “derecho penal del enemigo”, en el cual varios de los derechos y garantías propios del derecho penal moderno resultan relativizados o incluso anulados, en aras de cumplir con el objetivo primordial de combatir la impunidad de los crímenes internacionales<sup>5</sup>.

- 2 Como bien lo señala Gerhard Werle (2005: 140-141): “En lo que se refiere a la relación entre la administración de justicia penal internacional y nacional rige en consecuencia, según el estatuto, el principio de complementariedad, que puede explicarse someramente como la subsidiariedad de la Corte Penal Internacional. La jurisdicción penal internacional no sustituye a la jurisdicción penal nacional, sino que la complementa, incluso en cuanto a los crímenes fundamentales del derecho internacional. Si un Estado investiga o persigue adecuadamente un crimen de derecho internacional, la CPI no puede ejercer competencia sobre él”. En igual sentido afirma Antonio Cassese (2008: 342-343) que: “the ICC [International Criminal Court] is based on the principle of complementarity whereby the Court is subsidiary or complementary to national courts. These courts enjoy *priority* in the exercise of jurisdiction except under special circumstances, when the ICC is entitled to take over and assert its jurisdiction”.
- 3 Apunta en ese sentido Werle (2005: 148) que: “La Corte Penal Internacional no reemplazará sino que complementará los esfuerzos de los órganos judiciales internos de hacer comparecer ante la justicia a los responsables de los crímenes de derecho internacional. Más bien, incluso después de la instauración de la Corte Penal Internacional, la aplicación (indirecta) del derecho penal internacional mediante los tribunales nacionales sigue siendo la espina dorsal del sistema de justicia penal internacional”.
- 4 Tal como enseña Werle (2005: 146 y ss.), existen muchas formas de realizar tal implementación del derecho penal internacional en el derecho penal interno, las cuales van desde la incorporación hasta la no implementación, pasando por la implementación modificatoria.
- 5 El preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional dispone que: “Los Estados partes en el presente Estatuto [...]. Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia. Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes [...]”.

Un buen ejemplo de estas tensiones entre las disposiciones del derecho penal internacional y los derechos y garantías propios de los derechos penales internos, es lo que ha venido ocurriendo en los últimos años en el derecho penal colombiano con relación a los crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad crimes against humanity, que constituyen una de las categorías de crímenes internacionales que la Corte Penal Internacional tiene competencia para investigar y juzgar (E.C.P.I., arts. 5º y 7º). En efecto –y esta será la tesis central de este texto– en aras de castigar crímenes atroces ocurridos hace años en Colombia y que no han sido punidos hasta ahora por la misma displicencia del Estado colombiano, los jueces nacionales vienen aplicando internamente disposiciones del derecho penal internacional o dándole interpretaciones a normas del derecho penal local a la luz de las reglas del derecho penal internacional, que riñen abiertamente con principios elementales del derecho penal interno tales como el principio de legalidad penal y el principio de la prescriptibilidad de los delitos<sup>6</sup>. Al hacerlo, los jueces nacionales vienen incurriendo en verdaderas aporías jurídicas<sup>7</sup>.

Para sostener esta tesis tomaré como objeto principal de análisis el auto del 13 de mayo de 2010 a través del cual la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió sobre la posibilidad de reasumir la competencia sobre el caso de la denominada “masacre de Segovia”, ocurrida el 11 de noviembre de 1988 en el municipio de Segovia (Antioquia). Este auto es solo un ejemplo de la tendencia generalizada de la jurisprudencia penal colombiana, en especial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, consistente en flexibilizar (o incluso cancelar) principios del derecho penal interno, que constituyen importantes garantías para el ciudadano en un Estado de derecho, en pro de aplicar el derecho penal internacional y punir crímenes atroces del pasado que aún permanecen en la impunidad.

El punto de partida del análisis será la ya mencionada naturaleza de derecho penal de tercera velocidad o de derecho penal del enemigo del derecho penal internacional. Paso seguido se expondrán los hechos del caso, los problemas jurídicos a los cuales se enfrentó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el mismo y la forma como estos fueron resueltos en la mencionada providencia, es decir, las tesis de la Corte. Enseguida se pondrán en evidencia las aporías jurídicas en las cuales incurre, a mi juicio, la Corte en esta decisión de cara al principio de legalidad penal y al principio de prescriptibilidad de los delitos. Por último, se realizará una reflexión final.

6 Tales principios, por lo demás, son compartidos por la mayor parte de los ordenamientos penales nacionales contemporáneos, motivo por el cual pueden ser considerados como principios propios del derecho penal comparado.

7 El Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española, 2001: 124) define la voz ‘aporía’ como un “enunciado que expresa o que contiene una inviabilidad de orden racional”. De modo que una aporía jurídica es un enunciado que expresa o contiene una inviabilidad de orden racional jurídico.

## 1. Punto de partida: el derecho penal internacional como derecho penal de tercera velocidad o derecho penal del enemigo

No cabe duda de que el derecho penal actual se encuentra inmerso en un proceso de expansión. Quizá nadie ha explicado mejor dicha característica propia del derecho penal contemporáneo como el profesor español Jesús María Silva Sánchez, quien sostiene que en la actualidad existe

(...) una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restricción o la “reinterpretación” de las garantías clásicas del derecho penal sustantivo y del derecho procesal penal (Silva, 2008:4-5).

Agrega este autor que:

Creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término “expansión” (Silva, 2008:4-5).

Como consecuencia de tal proceso de expansión, apunta Silva Sánchez que en la actualidad es posible hablar de un derecho penal de tres velocidades: a) el derecho penal de primera velocidad, que sería el derecho penal de la cárcel, “en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales” (Silva, 2008: 183); b) el derecho penal de segunda velocidad, en el que “por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción” (Silva, 2008: 183); y c) el derecho penal de tercera velocidad, en el que la cárcel como sanción concurriría con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales.

Este derecho penal de tercera velocidad de Silva Sánchez es equivalente al denominado derecho penal del enemigo (*feindstrafrecht*) postulado por el profesor alemán Günther Jakobs (2005)<sup>8</sup>. Para este autor, este derecho penal del enemigo es el que se le aplica al simple individuo, que es aquel que no ofrece garantía de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir, como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico (Jakobs, 2005: 27)<sup>9</sup>. Por oposición al derecho penal del enemigo, existe –según Jakobs (2005)– un “derecho penal del ciudadano” (*bürgerstrafrecht*), que es el que se aplica a quien, pese a haber cometido un delito, sí ofrece esta garantía, es decir, a la persona o al ciudadano.

En realidad, esta lógica amigo-enemigo en el ámbito jurídico no es algo nuevo. La lógica amigo-enemigo, por ejemplo, se encontraba ya presente en el pensamiento consti-

tucional totalitario de Carl Schmitt, quien trataba de interpretar los diversos fenómenos jurídicos en la égida de la misma (Schmitt, 2009)<sup>10</sup>. Es más, es posible afirmar, siguiendo al profesor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, quien ha estudiado con profundidad el fenómeno, que:

(...) no puede asombrar la afirmación de que en todas las épocas, con mayor o menor crueldad según las condiciones y circunstancias, se haya llevado a cabo o tendido a una *represión penal plural*, según la cual los autores de delitos graves (*partibularios*) y los *disidentes* fueron eliminados, los marginales o *molestos* neutralizados y, finalmente, los *ocasionales* tratados como personas más parecidas o funcionales a quienes detentan el poder o a sus aliados y, por lo tanto, consideradas como protagonistas de errores pasajeros y destinados a cierta benevolencia en los pocos y raros casos en que eran sometidos al poder punitivo (Zaffaroni, 2009:36).

El derecho penal del enemigo de Jakobs, se caracteriza por cuatro elementos fundamentales: a) por el amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, por el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero<sup>11</sup>; b) por las penas desproporcionalmente altas; c) por la relativización o incluso supresión de determinadas garantías procesales; y d) por el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de “lucha” o de “guerra” (Cancio, 2005; Silva, 2008; Pastor, 2009).

Silva Sánchez y Jakobs coinciden entonces en el plano descriptivo al poner en evidencia la existencia en la actualidad de un derecho penal supremamente represivo, en el cual los derechos y garantías penales se ven flexibilizados y hasta excluidos, que convive con el tradicional “viejo y buen derecho penal liberal” (*gutes, altes liberales dstrafrecht*) de raigambre decimonónica. Sin embargo, cuando pasan al plano propositivo o normativo, estos dos autores asumen posturas diferentes (aunque no radicalmente distintas): mientras para Silva Sánchez este derecho penal de tercera velocidad puede resultar legítimo siempre y cuando se trate de “reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos

8 Manuel Cancio Meliá (2005) pone en evidencia esta equivalencia entre el derecho penal de tercera velocidad de Silva Sánchez y el derecho penal del enemigo de Jakobs. El mismo Silva Sánchez (2008) ha manifestado que el derecho penal de tercer velocidad “guarda una estrecha relación con el denominado, desde la difusión de esta terminología por Jakobs, derecho penal del enemigo (*feindstrafrecht*), que se contrapone al de los ciudadanos (*bürgerstrafrecht*)”.

9 En otras palabras, el enemigo para Jakobs es “un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el derecho de modo supuestamente duradero y no solo de manera incidental” (Silva, 2008: 184). En últimas son enemigos “ciertas personas que de manera duradera y persistente rechazan la legitimidad del orden jurídico y pretenden destruirlo” (Pastor, 2009a: 99).

10 Schmitt (2009) consideraba, por ejemplo, que en un escenario político pluralista (que no es deseable en lo absoluto para él) el Estado sería amigo, mientras que la sociedad civil sería enemiga. De igual forma, el gobierno sería amigo, mientras que el Parlamento sería enemigo. Es por ello que propone Schmitt que el defensor de la Constitución (*der Hüter der Verfassung*) debe ser el gobierno y, primordialmente, el presidente de la República.

11 Lo cual explica el recurso generalizado a los denominados “delitos de peligro” –particularmente, a los “delitos de peligro abstracto o presunto”– que son aquellos que no requieren para su consumación de una lesión al bien jurídico presuntamente tutelado, sino apenas una puesta en peligro de este. Muy dicente resulta ser en este sentido el hecho de que el trabajo en el cual Jakobs comienza a esbozar su teoría del derecho penal del enemigo, que data de 1985, se titule *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico (Kriminalisierung im vorfeld einer rechtsgutsverletzung)*.

excepcionalmente graves, que puedan justificarse en términos de proporcionalidad y que no ofrezcan peligro de contaminación del derecho penal ‘de la normalidad’” (Silva, 2008:187), es decir, con unos condicionamientos muy estrictos, para Jakobs (2005) el derecho penal del enemigo puede, sin más, ser tan legítimo como el derecho penal del ciudadano<sup>12</sup>.

Pues bien, la presentación anterior tiene por objetivo llegar al siguiente punto: considero que el derecho penal internacional, tal como se encuentra configurado en la actualidad, puede ser calificado como un auténtico derecho penal de tercera velocidad –en la terminología de Silva Sánchez– o un genuino derecho penal del enemigo –en la de Jakobs– pues las características del derecho penal nacional de esta índole se incorporan e incluso se ven incrementadas.

No se trata de ninguna afirmación novedosa, ya que algunos doctrinantes (no muchos en realidad) han puesto en evidencia tal fisonomía asumida por el derecho penal internacional. En ese sentido, quizás el mejor ejemplo sea el argentino Daniel R. Pastor, quien afirma de manera categórica que “el poder penal internacional es el prototipo del derecho penal del enemigo” (2009a: 113). De igual manera manifiesta que “el poder punitivo internacional es ‘el’ derecho penal del enemigo por excelencia” (2009a: 120). Pastor fundamenta esta tesis en abundantes argumentos críticos, entre los cuales se encuentran los siguientes:

Todo poder penal internacional (el del ECPI pero también el que se ha ejercido desde Núremberg, especialmente el que ejerce el Consejo de Seguridad de la ONU por medio de los tribunales para la antigua Yugoslavia y Ruanda e incluso el que aplican los tribunales nacionales) está colmado de las características que definen el denominado derecho penal del enemigo (empezando por el hecho de que el imputado es normalmente el enemigo vencido en una guerra). El poder penal internacional deroga prácticamente todos los principios de la cultura jurídico-penal desarrollada desde el racionalismo y la Ilustración para prevenir el ejercicio abusivo del poder penal. Tanto las construcciones principistas que desde el constitucionalismo limitan lo que el poder puede y lo que no debe hacer penalmente hasta los refinados instrumentos de la dogmática penal previstos para una tendencial interdicción de la arbitrariedad brillan por su ausencia en los estrados de la arrogantemente denominada “justicia penal internacional”. Cuando uno analiza este artilugio fabricado en Occidente se queda con la impresión de que los últimos 300 años de historia penal parecen haber pasado en vano.

El mismo autor agrega que el poder penal internacional, parte eufórica e insólitamente de la idea de que la pena es algo maravilloso y no algo peligroso, destructivo, desafortunado y fracasado (aunque siempre inevitable: “amarga necesidad”), que es lo que piensa de la

12 De todas formas, ambas posturas son, en mayor o menor medida, cuestionables, ya que, como bien lo afirma Zaffaroni: “el *enemigo de la sociedad o extraño*, es decir, el ser humano considerado como ente *peligroso o dañino* y no como *persona con autonomía ética*, solo es compatible desde la teoría política, con un modelo de Estado absoluto total y [...] por ende, las concesiones del penalismo [a la idea de un derecho penal del enemigo] han sido, en definitiva, rémoras absolutistas que la doctrina penal ha puesto como piedras en el sendero de la realización de los Estados constitucionales de derecho” (2009: 12 y 13).

pena la cultura jurídica moderna, motivo por el cual la tratamos con múltiples controles y suma desconfianza. Luego, el resto se funda en que la indiscutible monstruosidad de los hechos objeto del sistema justifica la consideración del sospechoso como un *outlaw* que no merece garantías jurídicas, pues rige aquí, aunque no se diga, el principio medieval del *in delictis atrocissimis jura transgredi licet*. El sistema internacional funciona así como un derecho de emergencia y excepción, pues representa, para decirlo en palabras de Ferrajoli y *mutatis mutandis*, una actuación del derecho penal que discrepa con respecto del modelo de legalidad diseñado por la tradición liberal. Estas son, precisamente, las características de lo que hoy se denomina derecho penal del enemigo. Justamente el poder punitivo internacional funciona como un modelo de emergencia (permanente) que actúa según reglas excepcionales y por medio de jurisdicciones especiales.

Pero no ha sido solo Pastor quien ha sostenido críticamente el carácter de derecho penal del enemigo del derecho penal internacional. El mismo Jakobs ha manifestado expresamente que: “la punición internacional o nacional de vulneraciones de los derechos humanos después de un cambio político muestra rasgos propios del derecho penal del enemigo sin ser solo por ello ilegítima”<sup>13</sup> (Jakobs, 2005: 40).

Esta fisonomía de auténtico derecho penal de tercera velocidad o derecho penal del enemigo que asume el derecho penal internacional obedece, a mi juicio, a múltiples factores, entre las cuales se hallan las siguientes: a) de lo que se trata en el derecho penal internacional es de punir crímenes atroces que supuestamente no solo afectan a un Estado o a una sociedad, sino a toda la comunidad internacional (a toda la humanidad), dada su brutalidad y trascendencia; b) en consecuencia, se asume una incuestionable eticidad o moralidad de la persecución penal de los crímenes internacionales, bien sea por una jurisdicción penal internacional o a través de las jurisdicciones penales nacionales; c) el

13 Pero aún más, para Jakobs “es dudoso que el derecho penal internacional pueda ser considerado realmente como ‘derecho penal’” (2005: 36 y ss; 2004: 61 y ss). Afirma el catedrático de Bonn en ese sentido que: “En el supuesto base de un delito en un Estado, un orden establecido a grandes rasgos es vulnerado en un caso individual. Ya existe un monopolio de la violencia a favor del Estado, y a este se halla sometido el autor, también ya antes de su hecho [...]. Por lo tanto, se trata de un estado de certeza de que el Estado presta suficiente seguridad para las expectativas normativas de la víctima frente al autor, de modo que si a pesar de ello se produce un hecho, este aparece como peculiaridad que no debe tenerse en cuenta en el cálculo cognitivo y que puede ser neutralizada mediante la imputación al autor y su punición [...]. La situación es distinta en lo que se refiere a la vigencia global de los derechos humanos. No puede afirmarse de ningún modo que exista un estado real de vigencia del derecho, sino tan solo un postulado de realización. Este postulado puede estar perfectamente fundamentado, pero ello no implica que esté realizado [...]. Dicho de otro modo: en esta medida, no se trata del *mantenimiento* de un ‘estado comunitario-legal’, sino, con carácter previo, de su *establecimiento*. La situación previa a la creación del estado ‘comunitario legal’ es el estado de naturaleza, y en este no hay personalidad, en todo caso, no existe una personalidad asegurada [...]. Por lo tanto, se declara al autor persona para poder mantener la ficción de la vigencia universal de los derechos humanos. Sería más sincero separar esta coacción en la *creación* de un orden del derecho a *mantener* un orden: el ‘ciudadano’ Milosevic es tan poco parte de *aquella* sociedad que le pone ante un tribunal como lo era el ‘ciudadano’ Capeto. Como es evidente, no me dirijo contra los derechos humanos con vigencia universal, pero es que su establecimiento es algo distinto que su aseguramiento. Si sirve al establecimiento de una Constitución mundial ‘comunitario-legal’, habrá que castigar a los que vulneran los derechos fundamentales; pero eso no es una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos, y por ello debería llamarse la cosa por su nombre: derecho penal del enemigo” (Bonn, 2005:38-39). En otro texto, después de reflexiones similares, Jakobs concluye que: “*Derecho* penal previo a un monopolio de la fuerza en funcionamiento es un mero nombre, no un concepto” (Jakobs, 2004:63).

objetivo declarado de la jurisdicción penal internacional radica en combatir la impunidad de dichos crímenes internacionales (cfr. Preámbulo del E.C.P.I.), motivo por el cual se trata de un conjunto de tribunales encaminados, por principio, a condenar y punir y no a investigar y juzgar; d) en el derecho penal internacional se acepta, de manera indubitable, una exagerada virtud de la pena contraria a lo que enseña sobre este instituto la cultura jurídico-penal moderna; y e) los principales responsables de dichos crímenes internacionales son generalmente personajes carismáticos y poderosos, muchas veces jefes de Estado, que no son de sencilla persecución penal y cuyos hechos no son de fácil prueba<sup>14</sup>. Por todo lo anterior –y probablemente por otra serie de factores que se me escapan– se acepta acriticamente en el seno del derecho penal internacional una relativización e incluso una anulación de los derechos y garantías penales y procesales propios de los derechos internos.

Ahora bien, si se parte de la premisa de que el derecho penal internacional es, en muchos aspectos, un auténtico derecho penal de tercera velocidad o un verdadero derecho penal del enemigo, se puede percibir con facilidad que muchos de los derechos y garantías propios del derecho penal moderno, que hoy son recogidos por la mayor parte de los ordenamientos penales domésticos, se ponen en serio cuestionamiento cuando dichos ordenamientos son ajustados al derecho penal internacional.

En el caso colombiano, el constituyente fue consciente de esta posibilidad de tensiones entre el ordenamiento penal internacional y el ordenamiento penal interno y fue por ello que la aprobación y ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional fue precedida de una reforma del artículo 93 de la Constitución Política (norma que establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso de la República, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno), el cual fue adicionado con las siguientes disposiciones:

Adicionado. A.L. 2/2001, art. 1º. 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 la 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 (énfasis suplido).*

Esta posibilidad latente de contradicciones entre los derechos penales nacionales, que generalmente –al menos en el caso de los derechos penales occidentales– corresponden primordialmente al modelo del derecho penal de primera velocidad o del derecho penal

14 Todos estos factores que contribuyen al cariz de “derecho penal de tercera velocidad” o “derecho penal del enemigo” que asume el derecho penal internacional son desarrollados amplia y brillantemente por Pastor (2009).

del ciudadano, y el derecho penal internacional que –tal como se ha dicho– puede considerarse, en muchos aspectos, inserto en el modelo del derecho penal de tercera velocidad o del derecho penal del enemigo, debe tenerse en cuenta como punto de partida del análisis jurisprudencial que se pretende emprender a continuación.

Especial atención reviste el hecho de que dos elementos presentes en el derecho penal internacional que permiten, precisamente, caracterizarlo como derecho penal de tercera velocidad o derecho penal del enemigo son, por una parte, “la pobre atención que el sistema presta a baluartes de la cultura penalista como los principios *nullum crimen*” y, por otro lado, el caer “en la exageración de afirmar que el poder penal internacional es ilimitado por vía de una imprescriptibilidad que resulta evidentemente contraria a la naturaleza humana y a toda idea de poder cercado por fronteras normativas” (Pastor, 2009a: 114).

## 2. Reseña de los hechos del caso, los problemas jurídicos y las tesis de la Corte Suprema de Justicia

Los hechos del caso de la “masacre de Segovia” fueron en síntesis los siguientes:

1. El municipio de Segovia, en el departamento de Antioquia (Colombia), y prácticamente todo el nordeste de este departamento, había sido dominado tradicionalmente en el ámbito político por el Partido Liberal. El congresista César Pérez García era para finales de los años ochenta el líder de esta colectividad más influyente en esta región.

2. Sin embargo, el partido de izquierda Unión Patriótica (UP), fundado en 1985, tomó fuerza por esa época y en 1988 ganó las elecciones en Segovia por encima del Partido Liberal, acabando con su hegemonía. De las diez curules para el Consejo Municipal, la UP obtuvo 7, además de haber sido elegida como alcaldesa una militante de dicha colectividad. Empero, existía entre algunos habitantes de Segovia la convicción de que los integrantes de ese partido político, por ser de izquierda, eran guerrilleros o auxiliares de la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).

3. Al parecer<sup>15</sup>, para no perder la hegemonía política en esta región, Pérez García hizo alianzas con líderes paramilitares como Fidel Castaño. Se creó entonces el grupo paramilitar Muerte a Revolucionarios del Nordeste (MRN), conocidos también como “Los Realistas”, con el fin de erradicar a los militantes de la UP de este territorio.

4. En los días siguientes aparecieron en Segovia una serie de boletines en los cuales se advertía que se iba a limpiar a este y a otros municipios de la guerrilla, y que se contaba con el apoyo del ejército y de la policía. De igual manera, aparecieron letreros en la sede de la UP que decían “Ya viene el MRN”.

15 Lo que tendrá que demostrarse en el proceso penal, pues el procesado se encuentra aún revestido de la presunción de inocencia (C.N., art. 29; C.P.P., art. 7°).

5. El 11 de noviembre de 1988 varios miembros del grupo paramilitar MRN armados y encapuchados se tomaron el municipio de Segovia con el propósito de eliminar a los militantes de la UP. Su primer objetivo fue la sede de la Alcaldía, matando a la alcaldesa y a todos los que la acompañaban. Cuando terminaron, recorrieron a pie el pueblo con una lista y no pararon hasta que fusilaron a todos los que aparecían en ella. Algunos transeúntes que se les cruzaron en el camino sufrieron la misma suerte. En total 43 personas fueron asesinadas, mientras que 45 personas más resultaron heridas.

6. La cruel masacre se dio a conocer escasamente un día después por los medios de comunicación. Los familiares de las víctimas y el resto de la población clamó por justicia. En un principio se acusó a la guerrilla de las FARC por la matanza, pero más tarde se aclaró que fue cometida por paramilitares. Hasta el momento ninguna persona ha sido condenada por este atroz crimen.

El caso deambuló por muchos años de uno a otro ente de la justicia penal colombiana, sin que ninguno llevara la investigación a resultados satisfactorios. Como quiera que Pérez García se desempeñaba como Representante a la Cámara para la fecha de los hechos, y que la investigación y el juzgamiento de los congresistas le corresponde, según la Constitución Política colombiana, a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (C.N., art. 235, num. 3°)<sup>16</sup>, la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación remitió apenas el 28 de noviembre de 2009! las diligencias ha dicho alto tribunal para que asumiera el conocimiento del caso. En ese entendido, en el auto del 13 de mayo de 2010 que aquí se analiza, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estudia la posibilidad de avocar el conocimiento de este proceso.

Para establecer su competencia, además de verificar la calidad de congresista de Pérez García para el momento de los hechos, la Corte tuvo que enfrentarse a dos problemas jurídicos:

1. Para el momento de los hechos no estaba consagrado en la legislación colombiana el crimen de genocidio ni se conocía aún la categoría de los crímenes de lesa humanidad. En efecto, el delito de genocidio apenas vino a ser tipificado en nuestro país en el año 2000 mediante la Ley 589 de dicho año, pese a que el Estado colombiano había suscrito y aprobado la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de

16 Se trata, en últimas, de un procedimiento penal inquisitivo, dado que las funciones de investigación y juzgamiento han sido asignadas constitucional y legalmente al mismo órgano de administración de justicia (la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia) e incluso a los mismos funcionarios (los magistrados de dicho órgano judicial). Este procedimiento penal inquisitivo contrasta con el procedimiento penal acusatorio o adversarial que ha sido establecido por la Ley 906/2004 (el nuevo Código de Procedimiento Penal) para la investigación y el juzgamiento de los demás casos penales en el país. Fue por ello que la Corte Constitucional, en sentencia C-545 del 28 de mayo de 2008, declaró exequible de manera condicionada tal procedimiento penal para aforados, desarrollado íntegramente ante la Corte Suprema de Justicia, “en el entendido de que el legislador debe separar, dentro de la misma Corte Suprema de Justicia, las funciones de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, para las conductas punibles cometidas a partir del 29 de mayo de 2008”. En este momento se están discutiendo posibles alternativas legislativas para lograr tal separación funcional.

1948 desde el año 1959 (aprobada por medio de la Ley 28/1959) y que dicho tratado internacional establece en su artículo V que:

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

En ese entendido, la Corte debía enfrentarse al problema de

(...) la posible violación del principio de legalidad, al pretender investigar a una persona por la comisión de una conducta punible que no estaba consagrada en una ley interna preexistente al acto que se le imputa, en concomitancia con el artículo 29 de la Carta Política (C.S.J. Penal. 13 may. 2010. Rad. 33.118)<sup>17</sup>.

2. Para el momento en que la Corte debía decidir su competencia sobre el caso, habían transcurrido ya más de veinte años desde la fecha de los hechos y, por ende, de acuerdo con las normas legales vigentes en el momento de comisión de estos crímenes, la acción penal ya se encontraría prescrita. Efectivamente, el Código Penal de 1980, vigente para el 11 de noviembre de 1988, establecía en su artículo 80 que: “La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de libertad, pero en ningún caso, será inferior a cinco años ni excederá de veinte [...]”. Además, si bien es cierto que la Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de Guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968, que puede ser considerada como una norma de *ius cogens*<sup>18</sup>, establece, precisamente, la imprescriptibilidad de dichos crímenes, “de conformidad con el inciso final del artículo 28 de la Constitución Política colombiana, expresamente se establece que, en ningún caso podrá haber penas imprescriptibles” (C.S.J. Penal. 13 may. 2010. Rad. 33.118)<sup>19</sup>.

Parecía entonces que con sujeción a las normas constitucionales y legales internas no era posible que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia asumiera competencia para investigar y juzgar este caso, pero la corporación consideró lo contrario, esbozando y desarrollando los siguientes argumentos (C.S.J. Penal. 13 may. 2010. Rad. 33.118):

- 
- 17 El artículo 29 de la Constitución Política colombiana consagra el principio de legalidad penal en los siguientes términos: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. *Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio [...]*” (énfasis suplido). Los artículos 6° del Código Penal y 6° del Código de Procedimiento Penal reafirman en el ámbito legal esta misma regla.
- 18 El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) de la siguiente forma: “Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.
- 19 El inciso final del artículo 28 de la Constitución Política colombiana dispone que: “En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”.

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 [como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948], permite salvar dicha situación.

2. En cuanto a la prescripción, para un caso concreto, no habría necesidad de pretender la inoperancia de la misma, toda vez que al hablarse verbigracia de genocidio, se requieren 30 años para que la acción se extinga, atendiendo a que se trata de una excepción legal taxativa al tiempo máximo permitido de 20 años, conforme a la más reciente normatividad vigente sobre el tema<sup>20</sup>; sin embargo, tratándose de delitos que constituyen crímenes de guerra o de lesa humanidad, su prescripción no se podría predicar.

A continuación trataré de poner en evidencia las “aporías jurídicas” en las cuales la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia incurre, en mi opinión, con el fin de defender estos muy discutibles argumentos, seguramente en su afán porque este y otros lamentables crímenes no queden en la impunidad. Las mismas se dividirán en dos categorías: a) aporías jurídicas frente al principio de legalidad penal; y b) aporías jurídicas frente al principio de prescriptibilidad de los delitos.

### 3. Aporías jurídicas frente al principio de legalidad penal

#### 3.1 Presupuesto: las garantías de la mera legalidad penal y de la estricta legalidad penal

Como bien lo anota el profesor Juan Fernández Carrasquilla (2000: 125):

El principio de estricta legalidad de los delitos y de las penas, espina dorsal del derecho penal moderno y contemporáneo, es herencia inmediata de la Revolución Francesa, a partir de la cual se ha incluido en las leyes fundamentales de casi todos los países. Se trata de una invaluable conquista democrática contra el absolutismo, pues en el antiguo régimen el poder estatal no se ejercía con arreglo a normas generales prestablecidas y, por el contrario, la justicia penal se dispensaba al capricho de los príncipes y precisamente por jueces dependientes de estos, por medio de procedimientos secretos e indefinidos y con la posibilidad de aducir pruebas sin límites garantizadores en su producción y controversia.

Con relación al principio de legalidad penal, el profesor italiano Luigi Ferrajoli postula una distinción entre las garantías de la mera legalidad y la estricta legalidad que resulta en mi opinión bastante útil para el análisis de este caso. Para este destacado iusfilósofo:

20 El artículo 83 del Código Penal de 2000, vigente en la actualidad, señala que: “La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo. El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años [...]”. No obstante, esta normatividad entró en vigor apenas el 24 de julio de 2001, es decir, casi 23 años después de los hechos.

Mientras el axioma de *mera legalidad* se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), el principio de estricta legalidad exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). (Ferrajoli, 2005:95)

Más adelante aclara que:

En el primer sentido (lato) el principio de legalidad se identifica con la *reserva relativa de ley*, entendiendo “ley” en el sentido formal de *acto* o mandato legislativo; y se limita a prescribir la *sujeción del juez a las leyes* vigentes, cualquiera que sea la formulación de sus contenidos, en la calificación jurídica de los hechos juzgados. En el segundo sentido (estricto) se identifica en cambio con la *reserva absoluta de ley*, entendiendo “ley” en el sentido sustancial de *norma* o contenido legislativo; y prescribe además que tal contenido esté formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso, por lo que es posible su empleo como figuras de cualificación en proposiciones judiciales verdaderas o falsas y resulta así garantizada la sujeción del juez *solamente* a la ley. (Ferrajoli, 2005:95).

La mera o lata legalidad es entonces –para Ferrajoli– la simple preexistencia de una ley en sentido formal que consagre la conducta punible. La estricta legalidad exige –según el mismo autor– que esta ley tenga una serie de requisitos, entre los cuales se encuentra que se trate de una ley cierta. Esto implica que la conducta prohibida o mandada tiene que estar consagrada clara y completamente en la ley, así como la sanción penal que le corresponde al que realiza dicha conducta prohibida o no realiza la acción mandada.

Es claro que en un derecho penal liberal y democrático tanto la garantía de la mera legalidad como la garantía de la estricta legalidad deben ser respetadas, pues mientras

(...) la simple legalidad de la forma y de la fuente es la condición de la vigencia o de la existencia de las normas que prevén penas y delitos, cualesquiera que sean sus contenidos; la estricta legalidad o taxatividad de los contenidos, tal y como resulta de su conformidad con las demás garantías, por hipótesis de rango constitucional, es en cambio una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes (Ferrajoli: 2005: 95).

En este presupuesto, paso a continuación a exponer las aporías jurídicas en las cuales incurre la Corte Suprema de Justicia en la ya citada decisión de cara al principio de legalidad penal y a las dos garantías que –siguiendo a Ferrajoli– lo conforman.

### **3.2 Vulneración de la garantía de la estricta legalidad penal e incluso de la garantía de la mera legalidad penal**

Para la Corte Suprema de Justicia (C.S.J. Penal. 13 may. 2010. Rad. 33.118) la simple suscripción y aprobación previa por parte del Estado colombiano de la Convención

para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 satisface las exigencias de la legalidad penal en este caso. Argumenta la Corte (C.S.J. Penal. 13 may. 2010. Rad. 33.118) que:

(...) es plausible que si bien es cierto, en cumplimiento del principio de legalidad se exige que para que una persona pueda ser juzgada por la comisión de un delito, este, previamente debe encontrarse reglado en una norma en dicho sentido, no lo es menos que la normativa interna debe ajustarse a lo definido en los tratados internacionales y, en ese sentido, armonizarse con los mismos y con la Constitución; razón por la cual, es aceptable que se pueda predicar la aplicación del contenido de dichos instrumentos como fuente de derecho, en atención a la mora del legislador en acoplar las leyes a lo allí definido. Por esto, sería posible aplicar el contenido de un tratado internacional reconocido por Colombia con respecto de algún delito allí prohibido y sancionado, aún sin existir ley interna previa en dicho sentido, sin atentar contra el principio de legalidad.

Más adelante añade el alto tribunal (C.S.J. Penal. 13 may. 2010. Rad. 33.118) que:

(...) se tiene que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948, la cual entró en vigor el 12 de enero de 1951 y fue aprobada por el Estado colombiano mediante Ley 28/1959 y ratificada el 27 de octubre del mismo año, es la norma que se debe aplicar respecto a conductas constitutivas del delito allí sancionado antes de la expedición de la Ley 589/2000 que creó el artículo 322A del Decreto-Ley 100/1980 [primera norma legal que consagró el delito de genocidio en Colombia], y 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, 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.

Sin embargo, resulta bastante dudoso que frente al delito de genocidio ya la simple exigencia de la mera o lata legalidad –siguiendo la terminología de Ferrajoli– se encontrara satisfecha en el derecho penal colombiano antes de la Ley 589/2000 con la simple suscripción y aprobación previa por parte del Estado colombiano de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia. Con mayor razón debe afirmarse categóricamente que no se cum-

pliría para ese momento con la garantía de la estricta legalidad, que –como se ha mencionado– va más allá de la simple exigencia de una ley penal formal previa, añadiéndole a dicha ley otros requisitos, entre los cuales se encuentra su certeza. Tres son las razones que fundamentan esta afirmación:

Primero, aunque es verdad que en el artículo II de este tratado internacional se delinearón los elementos constitutivos del crimen de genocidio que sirvieron de base para la regulación de este crimen en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (art. 4.2), en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (art. 2.2), en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 6) y en el mismo Código Penal colombiano de 2000 (art. 101)<sup>21</sup>, en aquella disposición *no se consagró la sanción penal que le corresponde a estas conductas, como lo exige ya la garantía de la mera legalidad y, con mayor razón, la garantía de la estricta legalidad*<sup>22</sup>.

Podría argüirse que esta sanción penal actualmente se encuentra establecida con claridad por el artículo 101 del Código Penal colombiano de 2000<sup>23</sup>, pero dicha norma –al igual que la Ley 589/2000– se promulgó y entró a regir varios años después de los hechos, y sabido es que la garantía de la legalidad penal implica, entre otras cosas, la garantía de la irretroactividad de la ley penal desfavorable al procesado (C.N., art. 29; C.P. 2000, art. 6º).

21 Según Werle: “En el art. II de la Convención sobre la prevención y sanción del delito de genocidio se formuló por primera vez el tipo penal en un instrumento de derecho internacional. Su validez está reconocida como derecho internacional consuetudinario y como *ius cogens*. La redacción del tipo contenida en la Convención sobre el genocidio se acogió textualmente en el art. 4.2 del Estatuto del TPIY y en el art. 2.2 del Estatuto del TPIR. En las negociaciones sobre el Estatuto de la CPI se produjeron intentos de incluir a los grupos políticos y sociales en el tipo. Sin embargo, la mayoría de los delegados no quisieron alejarse de la definición reconocida por el derecho internacional consuetudinario. Por ello, el art. 6 del Estatuto de la CPI se corresponde literalmente con el art. II de la Convención sobre el genocidio”. (Werle, 2005: 313-314).

22 Como bien lo anota Fernando Velásquez Velásquez: “Consecuencia directa del postulado de legalidad es la exigencia de certeza o de determinación, conforme a la que tanto las conductas punibles como *las consecuencias jurídicas derivadas de ellas*, deben estar consagradas en forma clara, precisa y determinada en la ley penal, para que no haya dudas sobre su alcance y contenido” (énfasis suplido). (2009: 141).

23 Dispone el artículo 101 del Código Penal vigente (Ley 599/2000) que: “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 prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años; en multa de dos mil (2.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

La pena será de prisión de diez (10) a veinticinco (25) años, la multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos:

1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo.
2. Embarazo forzado.
3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

Estas penas, como las de todos los delitos de la parte especial del Código Penal, fueron incrementadas en una tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo por el artículo 14 de la Ley 890/2004.

Segundo, no resulta sostenible que la mencionada disposición internacional constituya *per se* una norma penal internacional que habilite directamente la reacción punitiva<sup>24</sup>, pues no contiene en estricto sentido ningún tipo penal, entendiendo por tal “la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible” (Reyes, 1998: 321). Se trata simplemente de un tratado internacional que establece el compromiso de los Estados partes de consagrar en sus ordenamientos internos las normas penales, incluyendo los tipos penales respectivos, que permitan la punición de las conductas constitutivas del crimen de genocidio.

Por último, cabe decir que para el momento de los hechos (11 de noviembre de 1988) no estaba claro en el derecho interno el estatus jurídico de los tratados internacionales suscritos y aprobados por Colombia, como la Convención contra el Genocidio de 1948, y ni siquiera su plena fuerza normativa. Efectivamente, solo a partir del año 1995 empezó la Corte Constitucional colombiana, con base en el artículo 93 de la Constitución Política de 1991, a delinear claramente la doctrina del “bloque de constitucionalidad” en el derecho colombiano, según la cual estos tratados internacionales de derechos humanos que han sido suscritos y aprobados por el Estado colombiano gozan de plena fuerza normativa y, aún más, están al mismo nivel de la Carta Política en la jerarquía de fuentes jurídicas (Fuentes, 2010: 140 y ss.). La cuestión es entonces la siguiente: ¿cómo puede fundamentarse la punición de estas conductas como un crimen de genocidio en un tratado internacional cuya fuerza normativa ni siquiera estaba clara para el momento de los hechos?

Por lo anterior, se ha de concluir que ni la garantía de la mera legalidad ni mucho menos la garantía de la estricta legalidad se respetaría en este caso al investigar, juzgar y condenar a Pérez García por el crimen de genocidio por estos reprochables actos. En realidad, en sana lógica jurídica, los únicos crímenes que se le podrían imputar a este individuo, de acuerdo con la ley penal vigente en el momento de los hechos, son un concurso de delitos de homicidio (C.P. 1980, arts. 323 y 324), algunos de ellos consumados y otros tentados, un concurso de delitos de lesiones personales (C.P. 1980, arts. 331 y ss.) y probablemente un concurso de delitos de tortura (C.P. 1980, art. 279), en calidad de determinador o instigador (C.P. 1980, art. 23). Lamentablemente, si es que en efecto este sujeto debe ser responsabilizado por estos crímenes, estos delitos se encontrarían prescritos en la actualidad por haber transcurrido más de veinte años desde el momento de los hechos y no haberse dictado ni siquiera auto de proceder o su equivalente, que es el acto procesal que, una vez en firme, interrumpe por una sola vez el término de prescripción de la acción penal según la legislación penal vigente en el momento de los actos (C.P. 1980, art. 84).

Ahora bien, para defender la tesis de que a Pérez García se le podría investigar, juzgar y condenar por el crimen de genocidio, pese a que este delito no estaba consagrado como

24 Aún más, si entendemos que: “El derecho penal internacional comprende todas las normas que fundamentan una punibilidad *de forma directa* en el derecho internacional” (énfasis suplido) (Werle, 2005: 76), quizás no pueda afirmarse que sea ni siquiera una norma penal internacional en estricto sentido.

tal en la legislación patria para el momento de los hechos, la Corte emplea argumentos supremamente discutibles, cuyos aspectos más críticos se expondrán a continuación.

### 3.3 Reconocimiento retroactivo del genocidio de un grupo político

Para empezar, como quiera que la UP no era un grupo nacional, étnico, racial o religioso, sino un grupo político, la Corte Suprema de Justicia, con el fin de poder avocar el conocimiento de esta investigación, se ve en la necesidad de sostener que para la fecha de los hechos (11 de noviembre de 1988) eran punibles en Colombia como genocidio las acciones tendientes a destruir total o parcialmente un grupo de esta índole. Manifiesta el alto tribunal (C.S.J. Penal. 13 may. 2010. Rad. 33.118) que:

(...) deben recordarse las reglas de interpretación de los tratados internacionales consagradas en la Convención de Viena de 1969, aprobada por la Ley 32/1985, ratificada el 10 de abril de 1985 y en vigor para Colombia desde el 10 de mayo de 1985, donde se estableció que los tratados internacionales constituyen los parámetros generales y mínimos de protección de derechos y de los principios de derecho internacional, los cuales deben ser desarrollados de forma específica por cada uno de los Estados, lo que no es óbice para ampliar el umbral de aplicación cuando, de forma general, se cumplen todos los requisitos que en dichos tratados y convenios se han determinado.

Lo anterior se traduce, para efectos de los crímenes de especial connotación internacional, en que la categorización o denominación que se le dé a un específico grupo no es lo determinante para la adecuación típica como crimen de tal jaez, sino la finalidad de destruir el mismo o a alguno de sus miembros por el hecho de pertenecer a aquel, razón por la cual, si al momento de hacer la tipificación se puede determinar que se reúnen todos los requisitos para predicar que se presenta una “conducta atroz de aniquilación sistemática y deliberada de un grupo humano con identidad propia mediante la desaparición de sus miembros”, se puede colegir fácilmente que constituye un delito de lesa humanidad.

Las anteriores consideraciones son muy debatibles por varias razones:

En primer término, aunque el tema se ha discutido bastante, actualmente es claro que el derecho penal internacional no prevé la posibilidad de que pueda configurarse un genocidio sobre un grupo político. La razón fundamental de ello es que

(...) los autores de la Convención contra el Genocidio –en la cual se basa el E.C.P.I. para la definición de este crimen– consideraron que solo los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos cumplieran con las características de estabilidad y permanencia necesarias para ser víctimas de tal crimen internacional (Ramelli, 2011: 217).

Además de ello, se tuvo en cuenta seguramente que resulta contrario a la misma noción de genocidio incluir al grupo político, toda vez que cuando se intenta exterminar total o parcialmente un grupo de esta naturaleza no se está intentando exterminar a una

raza, que es la connotación que en últimas tiene la palabra genocidio<sup>25/26</sup>. Por consiguiente, es evidente que los grupos políticos no quedaron incluidos entre los grupos protegidos por el crimen de genocidio en el derecho penal internacional<sup>27</sup>.

Lo anterior no implica, por supuesto, que el derecho penal internacional no proteja de ninguna forma al grupo político, ya que el ataque generalizado o sistemático contra un grupo de esta índole puede configurar un crimen de persecución, que es una categoría de crimen de lesa humanidad (E.C.P.I., art. 7.1.h). Lo que se quiere poner en evidencia es que el derecho penal internacional no protege al grupo político a través del crimen de genocidio.

Sin embargo, para fundamentar la posibilidad de un crimen de genocidio frente a un grupo político, se podría argüir –tal como lo hace la Corte Suprema de Justicia– que el derecho penal internacional solo ofrece una protección mínima a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, de modo que los Estados pueden y deben ampliar esta protección para efectos internos. Esto es lo que ha legitimado que en el derecho penal doméstico colombiano el crimen de genocidio abarque también la intención de destruir total o parcialmente a un grupo político, tal como quedó consignado en el ya citado artículo 101 del Código Penal 2000<sup>28</sup>.

25 Recordemos que la palabra genocidio “se compone de la conjunción del griego *genos* que significa raza y del latín *caedere* que significa matar” (Werle, 2005: 312). No obstante, se debe reconocer que no todos los grupos protegidos a través del crimen de genocidio responden a un criterio racial en estricto sentido.

26 Aunque también es cierto que, tal como se reconoció en el denominado Informe Whitaker, rendido en 1985 por dicho relator de la extinta Comisión de Derechos Humanos de la ONU, se tuvieron también en cuenta razones de índole político para no incluir en la Convención contra el Genocidio de 1948 a los grupos políticos (Ramelli, 2011). Según este informe: “La inclusión de los grupos políticos podía conducir al rechazo a la convención y de su jurisdicción penal internacional, por parte de un número elevado de Estados, por cuanto podría comprometer a las Naciones Unidas en los conflictos internos de estos”. También se señala en dicho informe que: “Su inclusión podría crear dificultades para los gobiernos legalmente establecidos en su función de prevenir acciones contra elementos subversivos” (Ramelli, 2011: 232). En últimas, como bien lo apunta Ramelli Arteaga (2011): “los mismos debates entre los Estados revelan que, en realidad, existía un temor en el sentido de que el combate a determinadas organizaciones subversivas fuera calificado como un acto de genocidio”. (Ramelli, 2011:235).

27 Expresa en ese sentido Werle que: “Grupos diferentes de los que se mencionan expresamente en el tipo no se encuentran protegidos por el tipo de genocidio, ni por el derecho internacional de los tratados ni por el derecho internacional consuetudinario. La restricción del ámbito de protección del tipo de genocidio a las comunidades mencionadas [grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos] se explica, por una parte, por las elevadas necesidades de protección de los miembros del grupo. Por lo que se refiere a los grupos nacionales, raciales o étnicos, sus miembros no pueden romper con el grupo mediante su mero distanciamiento; más bien al contrario, el destino de cada uno de ellos se encuentra indisolublemente unido al del grupo. Por otra parte, las comunidades estables se reconocen claramente, mientras que los grupos políticos, sociales, económicos u otros similares se encuentran sometidos a cambios constantes en sus relaciones, por lo que no se protegen como tales”. (Werle, 2005: 323).

28 En ese sentido ha manifestado la Corte Constitucional (C.Const. C-177/2001) que: “Ningún reparo puede formularse a la ampliación que de la protección del genocidio a los grupos políticos, hace la norma cuestionada, pues es sabido que la regulación contenida en los Tratados y Pactos Internacionales consagra un parámetro mínimo de protección, de modo que nada se opone a que los Estados, en sus legislaciones internas consagren un mayor ámbito de protección. No hay óbice para que las legislaciones nacionales adopten un concepto más amplio de genocidio, siempre y cuando se conserve la esencia de este crimen, que consiste en la destrucción sistemática y deliberada de un grupo humano, que tenga una identidad definida. Y es indudable que un grupo político la tiene. La incriminación de la conducta sistemática de aniquilación de un grupo político, mediante el exterminio de sus miembros, encuentra pleno respaldo en los valores y principios que informan la Constitución Política de 1991 entre los que se cuentan la convivencia, la paz y el respeto irrestricto a la vida y a la existencia de los grupos humanos, considerados como tales, con independencia de su etnia, nacionalidad, credos políticos, filosóficos o religiosos”.

No obstante, antes del año 2000 la norma que le daría fundamento legal a la punición del genocidio en Colombia, según la misma Corte Suprema de Justicia, sería la Convención contra el Genocidio de 1948 y lo cierto es que –como ya se señalado– este tratado internacional no contempla la posibilidad del genocidio de un grupo político.

La Corte (C.S.J. Penal. 13 may. 2010. Rad. 33.118) pretende solventar esta dificultad acudiendo a un criterio teleológico para interpretar la noción de crimen de genocidio y, en general, para interpretar la noción de crimen de lesa humanidad (pues, como se verá, para la Corte el genocidio es aún una especie de crimen de lesa humanidad). Dicho criterio teleológico es el de la “macrovulneración”, según el cual esta clase de crímenes se configura cuando se presenta una “conducta atroz de aniquilación sistemática y deliberada de un grupo humano con identidad propia mediante la desaparición de sus miembros” (C.S.J. Penal. 13 may. 2010. Rad. 33.118).

Sin embargo, me parece claro que el criterio exegético del tenor literal de la Convención contra el Genocidio no puede ceder frente al criterio teleológico de la “macrovulneración” acogido por la Corte, pues esto implicaría asestarle un golpe mortal al principio de legalidad penal, tan caro para la protección de las libertades individuales. En efecto, encuadrar la conducta de los responsables de la “masacre de Segovia” como un crimen de genocidio acudiendo al criterio teleológico de la “macrovulneración”, pese a que el tipo penal –si es que puede ser considerado como un tipo penal– que supuestamente le da fundamento a la punición de estos hechos como genocidio (el art. II de la Convención contra el Genocidio de 1948) no los abarca, implicaría realizar una interpretación extensiva de dicha norma penal internacional; supondría en últimas efectuar una auténtica analogía *in malam partem*, proscrita no solo por el derecho penal interno colombiano (C.P., art. 6º, inc. 3º), sino por el mismo derecho penal internacional (E.C.P.I., art. 22.2)<sup>29</sup>, en atención al respeto a la garantía de la legalidad penal.

### 3.4 Consideración del genocidio como una especie de crimen de lesa humanidad

La Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968, que –como se evidenciará abajo– es el principal argumento del que se vale la Corte Suprema de Justicia en la decisión estudiada para argumentar la imprescriptibilidad de la acción penal frente a los hechos constitutivos de la “masacre de Segovia”, se refiere solo a estas dos categorías de crímenes internacionales y no específicamente a la categoría de los crímenes de genocidio. Por consiguiente, seguramente para poder argumentar la imprescriptibilidad del delito de ge-

29 Cassese anota sobre la prohibición del uso de la analogía *in malam partem* en el derecho penal internacional lo siguiente: “The same principle [la prohibición del uso de la analogía *in malam partem*] applies in international law. Its rationale is the need to protect individuals from arbitrary behavior of states or courts (which is another side, or a direct consequence, of the exigency that no one be accused of an act that at the time of its commission was not a criminal offence). In other words, the primary rationale is to safeguard the rights of the accused as much as possible. To satisfy this requirement, analogy is prohibited with regard to both treaty and customary rules. Such rules (for instance, norms proscribing certain specific crimes against humanity) may not be applied by analogy to classes of acts that are unregulated by law”. (Cassese, 2008.48).

nocidio en el ordenamiento penal colombiano, la Corte se ve en la necesidad de realizar esfuerzos por incluir a este crimen internacional como una categoría de crimen de lesa humanidad, lo cual no resulta ser muy acertado en la actualidad.

Aunque es verdad que originalmente el genocidio se entendió como una especie de crimen de lesa humanidad o crimen contra la humanidad, en la actualidad no puede ser considerado como tal<sup>30</sup>. En efecto, en el Tribunal Militar Internacional de Núremberg los líderes nazis fueron condenados por crímenes contra la humanidad –además de crímenes de guerra y crímenes contra la paz– y no por el crimen de genocidio, pues aun no se había creado esta categoría de crimen internacional, que vino a ser regulada internacionalmente por primera vez con la ya citada Convención contra el Genocidio de 1948 (Werle, 2005). En otros términos, las conductas que actualmente consideraríamos crímenes de genocidio, fueron consideradas en ese momento como crímenes contra la humanidad. Probablemente es por ello que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968 incluyó al genocidio como especie de crimen de lesa humanidad.

Con todo, en los años subsiguientes el genocidio adquirió autonomía, en especial después de los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda y, particularmente, después del Estatuto de Roma (Werle, 2005). Estos estatutos, el último de los cuales es un tratado internacional, ubican claramente a los crímenes de genocidio como una categoría independiente de crimen internacional, distinta de la categoría de los crímenes de lesa humanidad. Se trata en últimas de un crimen de lesa humanidad especialmente tipificado en la actualidad dada su gravedad.

Por ello no es en realidad muy técnico que la Corte Suprema de Justicia sostenga, sin más, que el genocidio hace parte *hoy* de la categoría de los crímenes de lesa humanidad. Lo más técnico hubiese sido afirmar que para el año 1968, cuando no estaba muy clara la autonomía de los crímenes de genocidio como categoría de crímenes internacionales, pese a que ya se encontraba en vigor la Convención contra el Genocidio de 1948, se lo incluyó como especie de los crímenes de lesa humanidad, para afirmar su imprescriptibilidad, pero que hoy está claro que constituyen una categoría de crímenes internacionales independiente y también de carácter imprescriptible.

### **3.5 Conceptualización del crimen de lesa humanidad como cualquier delito que ofenda la conciencia de la humanidad y avergüence al género humano**

Pero además de lo anterior, la Corte incurre en esta providencia en algunas ligerezas bastante preocupantes. Por ejemplo, en el auto sub examine (C.S.J. Penal. 13 may. 2010. Rad. 33.118) se expresa que:

30 Como bien lo señala Cassese: “(...) large-scale massacres of ethnic or religious groups were first criminalized as a subclass of the category of crimes against humanity. However, after the adoption of the Genocide Convention of 1948 and the gradual transformation of its main substantive provisions into customary international law, genocide became a category of crimes per se, with its own specific *actus reus* and *mens rea*”. (Cassese, 2008:144).

Como se puede observar, los delitos de lesa humanidad son el género, con por lo menos dos especies, una de ellas es aquella que está contenida en la descripción de tratados internacionales, esto es, la tipificación precisa de conductas; *y otra está conformada por el horizonte amplio de la universalidad de los delitos, de suerte que cualquier delito, así no esté incluido en dichos consensos internacionales puede pertenecer a tal dimensión, según lo dispuesto en el inicio de la citada figura (!).*

*Por tanto, resulta ser contrario a la jurisprudencia en cita, suponer que los únicos delitos que atentan contra la conciencia de la humanidad son los que están contenidos en los tratados (!).* Justamente para precisar cuáles son los aspectos que han de tenerse en cuenta en punto de considerar cuándo una conducta o conjunto de hechos punibles, son constitutivos de delitos que ofenden la conciencia de la humanidad y avergüenzan el género humano, como los señalados en el auto referido (énfasis suplido).

A partir de estas consideraciones, es evidente que el concepto de delito de lesa humanidad que adopta el alto tribunal es mucho más amplio que el del derecho penal internacional. Efectivamente, aunque es verdad que la noción de crimen de lesa humanidad ha sido bastante cambiante o evolutiva comparada con la de genocidio y crímenes de guerra, (Ramelli, 2011), actualmente se ha llegado en el derecho penal internacional a un concepto de crimen contra la humanidad más o menos definido.

Con la égida del Estatuto de la Corte Penal Internacional se considera crimen de lesa humanidad a una serie de actos rigurosamente tipificados (asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia, desaparición forzada de personas y el crimen de *apartheid*), siempre y cuando que se comentan “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque” (E.C.P.I., art. 7.1). Además, se aclara en el Estatuto de Roma que se entiende por “ataque contra una población civil”, una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los mencionados actos contra una población civil, “de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política” (E.C.P.I., art. 7.2.a).

El “ataque generalizado o sistemático” contra la población civil y el “elemento político” que implica la definición de “ataque contra la población civil” contenida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, constituyen el elemento contextual o hecho global del crimen de lesa humanidad, clave para diferenciar un crimen ordinario de un crimen de esta índole<sup>31</sup>. El carácter generalizado (*widespread*) del ataque “es un elemento cuan-

31 Prácticamente todos los crímenes internacionales suponen elementos contextuales (*contextual elements*) o hechos globales que se convierten en presupuestos objetivos de los mismos y *le confieren al hecho individual una dimensión internacional* (énfasis suplido) (Werle, 2005). En el caso de los crímenes de lesa humanidad, el elemento contextual “lo

titativo del hecho global” (Werle, 2005: 362). La naturaleza generalizada del ataque se determina primordialmente a partir de la cantidad de víctimas, aunque también puede derivarse de su extensión sobre un ámbito geográfico amplio (Werle, 2005)<sup>32</sup>. El carácter sistemático (*systematic*) del ataque es un elemento de naturaleza cualitativa (Werle, 2005). Este elemento “se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de su ocurrencia por mera coincidencia. Exige que las acciones individuales deriven de un plan previo o de una política” (Werle, 2005: 363)<sup>33</sup>.

Aunque en las negociaciones del Estatuto de Roma se discutió el tema, al tenor de la redacción del artículo 7 de dicho tratado internacional los requisitos “generalizado” y “sistemático” del ataque “solo tienen que concurrir de forma alternativa, aunque en la práctica generalmente se cumplirán ambas características” (Werle, 2005: 363). Sin embargo, en la Conferencia de Roma, a cambio de aceptar la relación alternativa entre estos requisitos, se introdujo en la definición de “ataque contra una población civil” el ya mencionado “elemento político”, que consiste en que dicho ataque se lleve a cabo “de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política” (Werle, 2005: 364)<sup>34</sup>. Este elemento “no requiere una determinación programática formal”, sino que “debe ser entendido, por el contrario, en un sentido amplio como comisión del hecho planeado, dirigido u organizado, en contraposición a los actos violentos espontáneos y aislados” (Werle, 2005: 365).

Como es evidente, los presupuestos para que pueda hablarse en el derecho penal internacional de un crimen de lesa humanidad son bastante exigentes, en especial en lo referente al hecho global o elemento contextual<sup>35</sup>. Sin embargo, para la Corte Suprema de Justicia un crimen de lesa humanidad es, sin más, “cualquier delito que ofenda la conciencia de la humanidad y avergüence al género humano”. En el auto estudiado –y en otras decisiones recientes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema– se extraña por completo un análisis sobre la configuración de este elemento contextual o hecho global necesario para poder predicar la existencia de un crimen de lesa humanidad.

Al amparo de un criterio tan flexible como el que adopta la Corte para definir crimen de lesa humanidad y predicar todos los efectos que tal consideración conlleva, perfecta-

---

constituye el hecho de que la conducta típica se lleva a cabo en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil” (Werle, 1985: 186). Además de ello, en los crímenes de lesa humanidad se requiere como elemento contextual el “elemento político” que se incluye en la definición de “ataque contra la población civil” (Werle, 2005: 364 y ss.).

32 Apunta Kai Ambos que: “puede concluirse que todo lo que requiere un ataque generalizado es una gran cantidad de víctimas”. (2007a: 241)

33 Precisa Ambos que: “el común denominador en las variadas definiciones de ataque sistemático es que ‘el ataque sistemático es uno realizado de conformidad con una política o plan preconcebido’”. (2007a: 240)

34 Según Ambos: “En la actualidad no existe duda de que la entidad que opera tras la política no tiene que ser un Estado en el sentido del Derecho Público Internacional. Es suficiente con que sea una organización que ejerza de facto un poder en un territorio dado”. (2007a: 249)

35 Aunque incluso ya la misma noción de “ataque” contra la población civil, sin más adjetivos, resulta de difícil configuración, pues “los Tribunales conciben a un ataque como *la comisión múltiple* de actos que cumplen con los requisitos de los actos inhumanos enumerados” (énfasis suplido) (Ambos, 2007a: 236).

mente crímenes como el terrorismo o incluso el tráfico de estupefacientes podrían ser considerados como crímenes de lesa humanidad, lo cual va en contravía del espíritu del derecho penal internacional<sup>36</sup>. Estos crímenes pueden ser considerados como crímenes de trascendencia internacional, pero no como crímenes de derecho internacional y, menos aún, como crímenes de lesa humanidad (Werle, 2005).

Inclusive, desde este criterio, cualquier crimen común, como un homicidio, un secuestro o una violación, podría llegar a considerarse crimen de lesa humanidad cuando sea realizado en circunstancias tales que permitan predicar de él que “ofende la conciencia de la humanidad y avergüenza al género humano”. El peligro que este criterio tan flexible entraña para los derechos y garantías de los procesados es evidente.

### 3.6 Reconocimiento del concierto para delinquir como un crimen de lesa humanidad

Una buena prueba de lo flexible que puede llegar a ser el criterio acogido por la Corte Suprema de Justicia para identificar los crímenes de lesa humanidad es que, a partir de él, en la decisión que aquí se comenta y en otras providencias (C.S.J. Penal. 11 mar. 2009. 30.510; 21 sep. 2009. 32.022; 3 dic. 2009. 32.672), dicha corporación ha considerado que el delito de concierto para delinquir<sup>37</sup>, cuando quiera que la asociación ilícita lo sea para cometer crímenes de lesa humanidad (motivo por el cual la pena para este delito, por lo demás, se agrava), también puede ser considerado *per se* como un crimen de tal naturaleza. Afirma la Corte en el auto estudiado (C.S.J. Penal. 13 may. 2010. Rad. 33.118) que:

Este argumento –que puede ser considerado crimen de lesa humanidad cualquier delito que “ofende la conciencia de la humanidad y avergüenza al género humano”– sirvió precisamente para concluir que el delito de concierto para delinquir agravado, que no está incluido, en nuestra legislación, en los instrumentos internacionales como de lesa humanidad, en tanto comparte las características de esta categoría delictiva, sería considerado como tal.

36 Como bien lo señala Werle: “Independientemente de la dimensión, en ocasiones considerable, de los delitos terroristas, el terrorismo en cuanto tal no es un crimen de derecho internacional. Las aspiraciones de extender la competencia de la Corte Penal Internacional a los delitos terroristas no contaron con respaldo mayoritario en la Conferencia de Roma. Aunque los delitos terroristas cumplirían con frecuencia los requisitos típicos de los crímenes de derecho internacional, por ejemplo de los crímenes de lesa humanidad o de los crímenes de guerra, debe siempre probarse en el caso individual la existencia de los requisitos del crimen de derecho internacional”. (Werle, 2005:78).

37 El artículo 340 del Código Penal colombiano de 2000 tipifica el delito de concierto para delinquir en estos términos: “Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir”.

Estas penas, como las de todos los delitos de la parte especial del Código Penal, fueron incrementadas en una tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo por el artículo 14 de la Ley 890/2004.

Esta es también una afirmación muy controvertible por las siguientes razones:

Como punto de partida se debe tener en cuenta que –como lo reconoce la misma Corte Suprema de Justicia– el concierto para delinquir como tal no está incluido en el Estatuto de Roma como crimen de lesa humanidad. Sin embargo, surge la duda acerca de si cuando la asociación para delinquir lo es para cometer un crimen de lesa humanidad, esta asociación ilícita puede ser considerada como un crimen de esa índole, como lo sostiene el alto tribunal.

La verdad es que el concierto para delinquir guarda bastante similitud con la figura de la conspiración o confabulación (*conspiracy*) del derecho penal anglosajón, que aunque se trata de un delito particular, alcanza en dicho ámbito una dimensión de generalidad que la hace casi una institución de la parte general (Hendler, 1996). La *conspiracy*, según la célebre definición de Lord Denman, “es el acuerdo de dos o más personas con la intención de cometer un acto ilegítimo o un acto legítimo por medios ilegítimos” (Hendler, 1996: 91-92).

La *conspiracy* ha sido aceptada en algunos supuestos en el derecho penal internacional consuetudinario y constituye en dicho ámbito el más amplio adelantamiento de la punibilidad (Werle, 2005). Ha sido aceptada, por ejemplo, frente al crimen de genocidio, ya que la Convención contra el Genocidio y los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc* de las Naciones Unidas castigan expresamente la conspiración para cometer este crimen (Werle, 2005). De igual forma, las decisiones del Tribunal Militar Internacional de Núremberg le darían cabida a la punibilidad de la conspiración para cometer un crimen de agresión (Werle, 2005). Sin embargo, la punibilidad de la conspiración para cometer crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra no encuentra ninguna base en el derecho penal internacional consuetudinario (Werle, 2005).

Además, la voluntad expresa de los negociadores de Roma fue la de no admitir la conspiración en el Estatuto de la Corte Penal Internacional para ninguno de los crímenes de competencia de este tribunal (Werle, 2005)<sup>38</sup>. De manera que en el derecho penal internacional convencional vigente dicha figura, que guarda estrechas similitudes con el concierto para delinquir de la legislación penal colombiana, no tiene asidero.

Por lo anterior, si las normas que le dan fundamento a la Corte Suprema de Justicia para adelantar investigaciones y juicios en este y otros casos similares son normas de derecho penal internacional y las mismas no contemplan una figura parecida al concierto para delinquir como crimen de lesa humanidad, no es posible asignarle a este delito, de manera ligera, tal calidad. Máxime cuando ello se hace –según se ha expuesto– sin realizar ninguna referencia a los elementos contextuales o al hecho global que caracterizan en el derecho penal internacional a este tipo de crímenes.

38 Aunque se ha dicho que el artículo 25.3.d) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que le ha dado fundamento al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia para desarrollar la teoría de la empresa criminal conjunta (*joint criminal enterprise*), sería en cierta forma el sucedáneo del tipo de conspiración en el derecho penal internacional (Werle, 2005), lo cierto es que a través de esta norma el Estatuto elimina totalmente el término conspiración, “exigiendo al menos una contribución al intento colectivo de cometer un delito” (Ambos, 2007b: 91).

### 3.7 Conclusión parcial

Por todo lo anterior, es posible concluir parcialmente que en la decisión estudiada la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia incurre en notables aporías jurídicas frente al principio de legalidad penal, afectando seriamente las dos garantías que lo componen: la de la mera o lata legalidad penal y, especialmente, la de la estricta legalidad penal.

## 4. Aporías jurídicas frente al principio de la prescriptibilidad de los delitos

### 4.1 Presupuesto: la prescriptibilidad de los delitos comunes y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales

En materia penal existen desde hace años las instituciones de la prescripción de la acción penal o del delito (C. P., arts. 83 a 86)<sup>39</sup> y la prescripción de la sanción penal (C. P., arts. 89 a 91)<sup>40</sup>. El fundamento de tales figuras se ha discutido abundantemente<sup>41</sup>, pero es posible afirmar que en últimas su razón de ser es “la aceptación del hecho de que el transcurso prolongado del tiempo provoca inexorablemente cambios en las relaciones, situaciones o pretensiones jurídicas” (Velásquez, 2009: 1189)<sup>42</sup>.

39 Según Velásquez Velásquez, la prescripción de la acción penal “es un instituto liberador en cuya virtud, por el transcurso del tiempo y ante la incapacidad de los órganos de persecución penal de cumplir su tarea, el Estado, conocedor de esta situación, autoriza poner fin a la acción penal iniciada o por entablarse”. (2009: 1189).

40 Velásquez Velásquez también enseña que en virtud del instituto de la prescripción de la sanción penal “es imposible hacer ejecutar la pena al condenado cuando ha transcurrido un lapso determinado de tiempo desde que, mediante sentencia debidamente ejecutoriada, se impuso, o desde que se interrumpió su cumplimiento”. (2009: 1203).

41 José Luis Guzmán Dálbora resume las diversas tesis sobre el fundamento de la prescripción en el derecho penal en estos términos: “Se ha argumentado el fundamento de la prescripción desde tres perspectivas. Muchas teorías –las más antiguas– lo cifran en la situación subjetiva del delincuente, e invocan, por ejemplo, la falta de identidad personal del reo producida por el paso de los años, los padecimientos sufridos por él a lo largo de aquellos en que evadió la justicia, o la enmienda que revelaría el hecho de no haber delinquido durante tanto tiempo. Mas estas son todas presunciones, cuando no hueras fantasías a las que la realidad desmiente con alguna frecuencia. Un segundo grupo de doctrinas se sitúa en el prisma del Estado, para sostener, ora que la usura del tiempo dificulta la reconstrucción de las pruebas, allega incertidumbre a los procesos y abre camino al error judicial; ora la renuncia a la acción demostrada por la inercia del aparato punitivo en la represión de los delitos, ora lo innecesario o inútil de un castigo tan distante de la ocurrencia del ilícito, a la luz de los fines asignados a la pena, y la declinación consiguiente del interés estatal en su punición. La crítica de estas posiciones corre pareja a su carácter sofisticado (pues la acción penal pública no es responsable para, ni está a disposición de, los órganos estatales competentes), de la explicación incompleta –solo válida para la prescripción de la acción penal, o solo para la de la pena– que ministran al polifacético fenómeno prescriptivo, y de la forma como lo confunden con una cuestión de punibilidad del delito. Queda todavía un tercer grupo de teorías. Estas acuden al punto de vista de la sociedad, bien porque el transcurso de los años debilita la alarma colectiva creada por el maleficio, ya porque este deja de formar parte de la memoria de las nuevas generaciones y se desdibuja, a fuer de la sombra del olvido, en el recuerdo de la que lo presencié”. (2010: 187-188).

Zaffaroni (2005) propone otra clasificación de las tesis sobre el fundamento de la prescripción penal. Según el maestro argentino las mismas pueden dividirse en dos categorías: “las que hallan sus argumentos fuera del derecho penal y las que los extraen del propio derecho penal”. (Zaffaroni, 2005:258-261). En estas últimas, el fundamento de la prescripción penal siempre habrá de depender de la legitimación que se asuma de la pena y el poder punitivo (Zaffaroni, 2005).

42 Como bien lo anotan Manuel Cobo del Rosal y Tomás Salvador Vives Antón: “La relevancia que se le concede al transcurso del tiempo es común a todas las disciplinas jurídicas. No debe extrañar, por tanto, que también para el derecho penal sea significativo el paso del tiempo, y su proyección no solo para el delito, sino asimismo para la pena”. (Cobo y Vives, 1999:955).

Las figuras de la prescripción de la acción penal y de la sanción penal son actualmente casi universales, pues son acogidas por prácticamente todos los derechos penales nacionales de manera general (Jescheck y Weigend, 2002; Puig, 2004; Fiandaca y Musco, 2006; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002), motivo por el cual es posible incluso hablar de la existencia de un principio de la prescriptibilidad de los delitos y de las penas.

Dicho principio encuentra su fundamento constitucional en Colombia, no solo en el ya citado artículo 28 de la Carta Política Nacional que categóricamente establece que “en ningún caso podrá haber [...] penas y medidas de seguridad imprescriptibles”, sino también en normas internacionales de derechos humanos tales como el artículo 7.5. de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 9.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecen el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el cual es uno de los fundamentos de la prescriptibilidad de los delitos (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002). Pero además, la prescriptibilidad de los delitos y de las penas es en últimas una exigencia derivada de principios constitucionales tales como la dignidad humana (C.P., art. 1º) y la seguridad jurídica, pues sería algo que reñiría abiertamente con ellos que una persona tuviera que estar toda su vida esperando a ver si el Estado logra condenarlo o hacerle efectiva la condena ya impuesta.

Pese a que el principio de la prescriptibilidad de los delitos y de las penas es casi universal, en materia de derecho penal internacional rige precisamente el principio inverso, es decir, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. En efecto, el artículo 29 del Estatuto de Roma establece de manera diáfana que: “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”. Años atrás, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968 había establecido también que estas dos categorías de crímenes internacionales son imprescriptibles<sup>43</sup>.

Tal imprescriptibilidad de los crímenes internacionales se funda en la extrema gravedad y atrocidad de dichos crímenes. En ese sentido expresa Zaffaroni que:

No puede sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo, en crímenes de esta naturaleza, en razón

43 El artículo I de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad dispone que: “Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

- a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las “infracciones graves” enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;
- b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de *apartheid* y el delito de genocidio definido en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.

de una intolerable irracionalidad en caso contrario. No hay una irracionalidad intolerable en el ejercicio de una acción penal contra un criminal de lesa humanidad por mucho que hayan pasado los años; solo existe la irracionalidad propia de todo poder punitivo, que es extremadamente selectivo y productor del mismo hecho sobre cuyo autor recae. El derecho penal no está legitimado para exigir la prescripción de las acciones emergentes de estos delitos; por el contrario, si lo hiciese, sufriría un grave desmedro ético. (Zaffaroni, 2005:265:266).

No obstante, hay autores que se oponen a la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. Así, por ejemplo, el chileno José Luis Guzmán Dálbora afirma que:

(...) una justicia penal incierta, liberada *ex post facto* de las cortapisas que los ordenamientos levantaron frente a un *ius puniendi* que sin ellas sería desenfrenado, no es una justicia cabalmente respetuosa de la idea de humanidad, que “proclama y exige el hombre en sí”. La prescripción de los delitos es prenda de la superlativa opinión que merecen a los ordenamientos de signo liberal la incolumidad del derecho, la seguridad de los justiciables y, muy en especial, la dignidad de la persona, incluso cuando de las más abominables fechorías y de los más impiedosos delincuentes se trata. Cabe en esto recordar que la robustez de los principios no se prueba en toda su extensión al contacto de los conflictos triviales engendrados por la rutina de la vida cotidiana, sino precisamente en los casos que Karl Jaspers llamó situaciones límites.

Pese a la existencia de posturas críticas frente a la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como la acabada de citar, en virtud de lo dispuesto por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968 y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la no limitación temporal para el ejercicio de la acción penal frente a dichos crímenes en el derecho penal internacional es hoy incuestionable. Lo que sí resulta discutible es si dicha imprescriptibilidad también es sostenible en los derechos penales internos y, particularmente, en el derecho penal colombiano, teniendo en cuenta las regulaciones constitucionales y legales de este.

A mi modo de ver, es claro que las normas internacionales sobre la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales chocan abiertamente con las normas nacionales constitucionales y legales que consagran la prescriptibilidad de todos los delitos. Tal tensión no se debe desconocer, sino que se debe aceptar y establecer mecanismos legales para eliminarla<sup>44</sup>.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en la providencia analizada (C.S.J. Penal. 13 may. 2010. Rad. 33.118), no encuentra que exista tal conflicto. Para poder argumentar esto, el alto tribunal incurre de nuevo en importantes aporías jurídicas que se exponen a continuación.

<sup>44</sup> Por ejemplo, en España se introdujeron reformas en 1995 y 2003 para establecer expresamente en la ley penal que, como una excepción a la regla general de prescriptibilidad de los delitos, los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, “no prescribirán en ningún caso” (cfr. Mir Puig, 2004: 752).

## 4.2 La finalidad del artículo 28 de la Constitución Política colombiana no fue solo consagrar la prescriptibilidad de las sanciones penales

Como ya se ha visto, el citado artículo 28 de la Constitución Política es contundente al disponer que en ningún caso podrá haber en el derecho colombiano penas y medidas de seguridad imprescriptibles. Para hacer compatible tal categórica disposición constitucional nacional con la también concluyente imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en el derecho penal internacional y poder, en últimas, asumir competencia sobre el caso de la “masacre de Segovia”, la Corte Suprema de Justicia se ve en la necesidad de distinguir en cuanto a su regulación constitucional las instituciones de la prescripción de la acción penal y de la prescripción de la sanción penal. Según el alto tribunal, lo que la Carta Política proscribió en el artículo 28 es la imprescriptibilidad de la sanción penal, mas no la imprescriptibilidad de la acción penal o del delito. Manifiesta en ese sentido la Corte (C.S.J. Penal. 13 may. 2010. Rad. 33.118) que:

Resulta claro, entonces, que la Constitución se refiere a la prohibición de imprescriptibilidad de la pena, permitiéndose por vía del bloque de constitucionalidad, conforme al artículo 93 de la Carta Política, la inclusión de un tratado internacional [...] que establece la imprescriptibilidad de la acción penal en tratándose de violaciones graves a los derechos humanos, como ocurre con los delitos de lesa humanidad.

La diferenciación que el alto tribunal realiza entre prescriptibilidad de la acción penal o del delito y prescriptibilidad de la sanción penal, para considerar que el artículo 28 de la Carta Política solo consagra la segunda y no la primera, es un argumento bastante hábil para justificar la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en el ámbito interno y negar que exista conflicto entre las normas internacionales y las normas constitucionales domésticas. Sin embargo, más allá del tenor literal de la norma, parecería que la finalidad del constituyente ha sido la de consagrar la prescriptibilidad no solo de las sanciones penales, sino también de las acciones penales.

Afirmo lo anterior teniendo en cuenta, para empezar, que la prescriptibilidad tanto de las sanciones penales como de las acciones penales es en últimas—como ya se ha señalado—un imperativo derivado de la dignidad humana y de la seguridad jurídica, y estos son principios constitucionales fundantes del Estado social y democrático de derecho colombiano.

Pero además, así parece haberlo reconocido expresamente la Corte Constitucional colombiana, al manifestar (C.Const., C-176/1994) que:

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

La Corte Suprema de Justicia en el auto examinado (C.S.J. Penal. 13 may. 2010. Rad. 33.118) cita incluso este apartado de dicha providencia del tribunal constitucional, pero lejos de ver en él un fundamento para afirmar la prohibición constitucional de la imprescriptibilidad de los delitos, encuentra que dicha decisión permite fundamentar el principio contrario cuando se trata de crímenes internacionales.

### 4.3 Contradicción entre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Pero además, la Corte Suprema de Justicia en la decisión comentada (C.S.J. Penal. 13 may. 2010. Rad. 33.118) hace caso omiso del hecho de que la Corte Constitucional —que es el guardián de la Constitución Política colombiana (C.N., art. 241)— había sostenido años atrás, precisamente en la sentencia a través de la cual revisó la constitucionalidad de la ley por medio de la cual se aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional (C.Const. C-578/2002), que, aun cuando el Estatuto de Roma establece la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, dicha imprescriptibilidad solo opera para efectos de la competencia de la Corte Penal Internacional. *Contrario sensu*, ello implicaría que dichos delitos para efectos internos sí son prescriptibles, atendiendo el contenido del artículo 28 de la Carta Política. En efecto, la Corte Constitucional (C.Const. C-578/2002) había manifestado que:

(...) la Corte Penal Internacional sí puede —en razón del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de su competencia— llegar a investigar y juzgar conductas constitutivas de cualquiera de los mencionados crímenes, así la acción penal o la sanción penal para los mismos haya prescrito, según las normas jurídicas nacionales.

El tratamiento diferente que hace el Estatuto de Roma respecto a la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, tiene fundamento en el artículo 93 de la Constitución. *Se trata de un tratamiento distinto respecto de una garantía constitucional* que está expresamente autorizado a partir del Acto Legislativo 02/2001 y *que opera exclusivamente dentro del ámbito regulado por dicho Estatuto* (énfasis suplido).

A pesar de este pronunciamiento de la Corte Constitucional, que es obligatorio en principio para todos los operadores jurídicos en Colombia al ser una sentencia de constitucionalidad con efectos *erga omnes* (C.Const. C-131/1993; C-037/1996), la Corte Suprema de Justicia en la decisión aludida (C.S.J. Penal. 13 may. 2010. Rad. 33.118) estima que la imprescriptibilidad de dichos crímenes también opera para efectos internos. Y aún más, haciendo abstracción del verdadero contenido de tal sentencia de constitucionalidad, el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria considera que no hay contradicción entre su doctrina y la sentada por el tribunal constitucional en aquella sentencia, sino que, por el contrario, esta la avala.

#### 4.4 La Corte Suprema de Justicia modificó prácticamente el artículo 83 del Código Penal

El ya citado artículo 83 del Código Penal vigente dispone que:

La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical legalmente reconocida, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años (Inciso modificado por el artículo 1° de la Ley 1426/2010) [...].

De manera que la ley (concretamente, la Ley 1426/2010) ha modificado recientemente el inciso 2° de esta disposición del estatuto penal y ha dejado en claro que los crímenes más graves, entre los cuales se halla el genocidio, sí tienen un término de prescripción para efectos internos y este ha sido fijado en 30 años contados desde el momento del hecho<sup>45</sup>.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en la decisión que nos ocupa procedió prácticamente a legislar y a modificar en últimas a su antojo el citado artículo 83 del Código Penal (aun cuando tal modificación no se hace explícita, por supuesto), estableciendo que los crímenes de lesa humanidad (concepto en el cual cabe, según el alto tribunal, “cualquier delito que ofenda la conciencia de la humanidad y avergüence al género humano”), incluyendo en esta noción el delito de genocidio, son para efectos internos imprescriptibles.

De esta manera, la Corte invadió en última instancia la competencia del Congreso de la República, que es el órgano que, como representante del pueblo soberano, tiene exclusivamente asignada la facultad de legislar (C.N., art. 150). Tal modificación legal la habría podido hacer también la Corte Constitucional en su carácter de guardián de la Constitución, pero a la Corte Suprema de Justicia le está vedado hacer ese tipo de reformas, pues debe fallar en el marco de la ley (intrasistemáticamente). Se terminó afectando así también el principio de división de los poderes públicos, que es fundamental para el Estado de derecho.

#### 4.5 Conclusión parcial

Por todo lo anterior, es posible concluir parcialmente que en la decisión estudiada, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia incurre también en importantes aporías jurídicas frente al principio de la prescriptibilidad de los delitos.

45 Por lo demás, este nuevo término de prescripción de la acción penal para los mencionados delitos de 30 años contados a partir del momento del hecho tampoco podría aplicarse al caso de la “masacre de Segovia” y similares, pues implicaría aplicar retroactivamente una ley penal desfavorable al procesado, violando el principio de favorabilidad penal (C.N., art. 29; C.P., art. 6°).

## 5. Reflexión final

Todo lo anterior permite concluir que, con el objetivo de que crímenes atroces cometidos en el pasado en Colombia, como los de la “masacre de Segovia”, no queden en la impunidad<sup>46</sup>, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido flexibilizando notablemente (y casi que anulando) los principios de legalidad penal y de prescriptibilidad de los delitos<sup>47</sup>. Al hacerlo, la Corte ha incurrido en auténticas aporías jurídicas, que aparte de revelar una política criminal propia de un derecho penal del enemigo o de un derecho penal de tercera velocidad, resultan supremamente cuestionables desde el punto de vista técnico-jurídico.

Quizás lo peor del caso es que no se trata al parecer de un fenómeno aislado y exclusivo de las cortes colombianas. En efecto, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tantos servicios ha prestado en pro de la consolidación del Estado de derecho y de las democracias en la región (Piovesan, 2010), en algunos de sus fallos recientes ha venido poniendo en serio cuestionamiento garantías penales básicas como la legalidad penal y la irretroactividad de la ley penal, en pro de brindar una mayor protección a los derechos humanos<sup>48</sup>.

Pronunciarnos a fondo sobre dicho fenómeno ameritaría, por supuesto, un texto aparte. Lo cierto es que decisiones como estas de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son las que terminan muchas veces desprestigian- do al derecho internacional de los derechos humanos<sup>49</sup>, al generar una situación absoluta-

46 Probablemente también se persiga como objetivo evitar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, pues —como se señaló desde el principio— en virtud de la complementariedad o subsidiariedad que lo caracteriza, este organismo internacional solo puede asumir el conocimiento de una situación si los Estados interesados a través de sus jurisdicciones internas no han querido o no han podido perseguir adecuadamente los crímenes internacionales.

47 La propia Corte Suprema de Justicia (C.S.J. Penal. 13 may. 2010. Rad. 33.118) no tiene ningún problema en reconocerlo: “Así pues, conforme a lo aquí expuesto es aceptable, sin vulnerar el principio de legalidad, sancionar una conducta constitutiva de un crimen de connotación y trascendencia internacional, como el genocidio, aun cuando la misma se cometiera antes de la entrada en vigencia de la Ley 589/2000 y, posterior, a la ratificación y aprobación interna de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, situación que, además, permite armonizar tal tesis con la referida en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en donde también se menciona la no prescripción de las macrovulneraciones. *Parámetros que, por exigencias y de acuerdo a la normativa internacional no son desconocedores de la parte fundamental del—derecho penal ni de las garantías, igualmente fundamentales de los procesados por dichos crímenes, pues la atrocidad por la que se les juzga permite que frente a ellos tales garantías sean reducidas a su mínima expresión—sin ser desconocidas o vulneradas*”, contrario sensu, sean exaltadas las de las víctimas de las conductas constitutivas del mencionado crimen, así como las de la propia humanidad. He aquí las razones por las cuales se le considera uno de los delitos constitutivos de ‘*delicta iuris gentium*’” (énfasis suplido).

48 Carolina Machado Cyrillo da Silva y David Leal de Silva (sin publicar) ponen en evidencia que en el mes de diciembre del año 2010 la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a Brasil en el “caso de la guerrilla del Araguaia”, ordenándole al Estado brasileño “tipificar en su normativa penal interna el crimen de desaparición forzada de personas y, mientras tanto, garantizar el efectivo juicio y punición de casos de desaparición forzada, a través de los mecanismos existentes en el derecho interno”. En otras palabras, y aunque parezca increíble, al parecer la Corte Interamericana de Derechos Humanos le ordenó en dicho fallo al Estado brasileño transgredir las garantías de la legalidad penal y la irretroactividad de la ley penal con el fin de castigar estos luctuosos crímenes (Machado y Leal, sin publicar).

49 Para Daniel R. Pastor “el ‘sistema punitivo de los derechos humanos’ pareciera ser objetable desde el punto de vista de la ciencia moderna del derecho penal y de los valores de la cultura jurídico-penal de hoy en día. Ello se debe, para decirlo resumidamente, a su adscripción sin alternativas a un poder penal absoluto, fundado en la ideología de la punición infinita, rasgo característico del neopunitivismo, que aleja al sistema de los cánones y postulados de la cultura penalista moderna”. (Pastor, 2009b:289).

mente paradójica: en aras de proteger los derechos humanos se terminan violando los derechos humanos, y con ello, en última instancia, se terminan desdibujando las diferencias entre quienes perpetran crímenes atroces y quienes los juzgan.

## Conclusiones

1) Si bien es cierto que el Estatuto de Roma no establece ninguna obligación de incorporar sus preceptos en el derecho interno, los Estados deben adecuar sus ordenamientos jurídico-penales nacionales al ordenamiento penal internacional, pues ellos son los principales llamados a aplicar el derecho penal internacional en virtud de la complementariedad o subsidiariedad que caracteriza la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

2) Muchas veces no resulta fácil y pacífica la adecuación de los derechos penales nacionales al derecho penal internacional, pues estos ordenamientos pueden ser contradictorios o al menos de difícil conciliación. Resulta particularmente problemático que el derecho penal internacional, al ser en muchos aspectos un auténtico derecho penal de tercera velocidad o un genuino derecho penal del enemigo, supone en algunos aspectos la relativización e incluso la anulación de derechos y garantías propios de los derechos penales nacionales y característicos de cualquier derecho penal liberal.

3) Por ello, aun cuando los Estados y, particularmente, el Estado colombiano, tienen la obligación de ajustar sus ordenamientos internos al derecho penal internacional (o al menos eso es lo ideal), existen unos límites constitucionales que no se pueden superar. En efecto, este proceso de adecuación no puede suponer la cancelación o derogación del núcleo de los derechos y garantías penales que hacen parte de nuestra tradición constitucional, tales como la legalidad penal y, quizás, la prescriptibilidad de los delitos. Parafraseando al célebre penalista alemán Franz von Liszt, podemos decir que: el núcleo de los derechos y garantías propios del derecho penal liberal son la barrera infranqueable de la política criminal internacional.

4) Tales límites han venido siendo conculcados recientemente por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, seguramente en su afán porque deplorables crímenes ocurridos hace ya varios años en el país no queden en la impunidad. Al hacerlo la Corte ha incurrido en aporías jurídicas, que aparte de poner en evidencia una política criminal propia de un derecho penal del enemigo o de un derecho penal de tercera velocidad, resultan supremamente cuestionables desde el punto de vista técnico-jurídico.

5) Tal relajación de los principios clásicos del derecho penal es *per se* criticable al suponer una auténtica capitulación de los derechos y garantías penales y, en última instancia, del mismo Estado de derecho<sup>50</sup>. Se genera entonces una situación absolutamente paradójica

50 Como bien lo anota Guzmán Dálbora: “[...] son situaciones de esta jaez, como que prescriban también los peores crímenes, el terreno donde se templan la fibra y el carácter de los derechos penales respetuosos de la dignidad humana. Amagar las exigencias de la humanidad ante el criminal más odioso, en nombre la misma humanidad, equivale a reconocer que las garantías no rigen para todos por igual y es índice del trazo débil con que ese derecho las recepta. Más que un resignado reconocimiento, es una capitulación”. (Dálbora, 2010:195).

jica: en aras de proteger los derechos humanos se terminan violando los derechos humanos, y con ello, en última instancia, se terminan desdibujando las diferencias entre quienes perpetran crímenes atroces y quienes los juzgan.

6) Pero además de ser criticable en sí mismo, este fenómeno resulta bastante peligroso, pues en un futuro estos y otros límites constitucionales trazados históricamente al poder punitivo podrían ser transgredidos por los jueces para propósitos menos loables en un contexto socio-político diferente.

7) En realidad, en sana lógica jurídica y por las razones expuestas, el Estado colombiano no podría perseguir actualmente los hechos punibles de la “masacre de Segovia” y otras conductas punibles deplorables similares cometidas varios años atrás en el país. Sin embargo, lo cierto es que el Estado colombiano incumplió por mucho tiempo y de manera inexplicable su obligación de adecuar su legislación interna a los tratados internacionales de derechos humanos que había suscrito y aprobado, así como su obligación de perseguir penalmente las conductas constitutivas de violaciones flagrantes a los mismos. Por ende, aun cuando la persecución penal interna hoy no sería viable, a las víctimas les queda la alternativa de instaurar una denuncia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a efectos de que se reconozca la vulneración de sus derechos fundamentales por parte del Estado colombiano y se les reparen los perjuicios derivados de dichas conductas punibles y de la inacción estatal frente a la mismas.

## Bibliografía

### DOCTRINA

#### Obras generales

- CASSESE, A. (2008). *International criminal law*, (second edition). New York: Oxford University Press, 2008.
- COBO, M., y VIVES, T. S. (1999). *Derecho penal. Parte general* (5ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (2000). *Principios y normas rectoras del derecho penal. Introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho* (2ª ed.). Bogotá: Leyer.
- FERRAJOLI, L. (2005). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (7ª ed.). Rocío Cantarero Banderés (trad.). Madrid: Trotta.
- FIANDACA, G., y MUSCO, E. (2006). *Derecho penal. Parte general* (4ª ed.). Pablo Eiroa (trad.). Bogotá: Temis.
- HENDLER, E. S. (1996). *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- JESCHECK, H-H. y WEIGEND, T. (2002). *Tratado de derecho penal. Parte general* (5ª ed.), Miguel Olmedo Cardenete (trad.). Granada: Comares.
- MIR, S. (2004). *Derecho penal. Parte general* (7ª ed.). Montevideo, Buenos Aires: Edit. B de F.

- RAMELLI, A. (2011). *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Agencia de Cooperación Internacional Alemana (GIZ).
- VELÁSQUEZ, F. (2009). *Derecho penal. Parte general* (4ª ed.). Medellín: Librería Jurídica Comlibros.
- WERLE, G. (2005). *Tratado de derecho penal internacional*. Antonio Muñoz Aunión (trad.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- ZAFFARONI, E. R. ALAGIA, A. y SLOKAR, A. W. (2002). *Derecho penal. Parte general* (2ª ed.). Buenos Aires: Ediar.

### Monografías

- FUENTES, É. H. (2010). *Materialidad de la Constitución. La doctrina del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano, Grupo Editorial Ibáñez.
- REYES, A. (1998). “Tipicidad”. En: A. Reyes. *Obras completas*. T. I. Bogotá: Temis.
- SCHMITT, C. (2009). *El defensor de la Constitución*. En: C. Schmitt y H. Kelsen. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional. El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Roberto J. Brie (trad.). Madrid: Tecnos.
- SILVA, J. M. (2008). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª ed.). Buenos Aires, Montevideo: Edit. B de F.
- ZAFFARONI, E. R. (2009). *El enemigo en el derecho penal* (1ª ed.). (2ª reimp.). Buenos Aires: Ediar.

### Artículos

- AMBOS, K. (2007a). “Crímenes de lesa humanidad. Un dictamen para el Fiscal del Tribunal Internacional Mixto de la ONU para Timor Oriental”. En: K. Ambos. *La Corte Penal Internacional*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 215-338.
- \_\_\_\_\_. (2007b). “Principios generales del derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. En: K. Ambos. *La Corte Penal Internacional*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 77-115.
- CANCIO, M. (2005). “¿‘Derecho penal’ del enemigo?”. En: G. Jakobs, M. Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 41-68.
- CYRILLO, C., y LEAL, D. (sin publicar). “La condena de Brasil ‘caso Araguaia’ y la retroactividad en derecho penal, Sobre la legalidad” (sin publicar).
- GUZMÁN, J. L. (2010). “Crímenes internacionales y prescripción”. En: AA.VV. *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*. Ricardo Posada Maya (coord.). Bogotá: Universidad de los Andes, 2010, 181-199.

- JAKOBS, G. (2004). “La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente (Comentario)”. En: AA.VV. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Albin Eser, Winfried Hassemer y Björn Burkhardt (coord.). Teresa Manso Porto (trad.). Valencia: Tirant lo Blanch, 53-64.
- \_\_\_\_\_. (2005). “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”. En: G. Jakobs, y M. Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 17-40.
- PASTOR, D. R. (2009a). “El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional”. En: D. R. Pastor. *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, 97-153.
- \_\_\_\_\_. (2009b). “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”. En: D. R. Pastor. *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, 239-298.
- PIOVESAN, F. (2010). “Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana”. En: AA.VV. *Direitos humanos: democracia e integração jurídica na América do Sul*. Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (coord.). Río de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 335-355.
- ZAFFARONI, E. R. (2005). “Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad”. En: E. R. Zaffaroni. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo, Buenos Aires: Edit. B de F. 2005, 253-266.

## JURISPRUDENCIA

### De la Corte Constitucional

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131 del 1º de abril de 1993. Exp. D. 182. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- \_\_\_\_\_. Sentencia C-176 del 12 de abril de 1994. Exp. L.A.T. 021. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- \_\_\_\_\_. Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996. Exp. P.E. 008. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.
- \_\_\_\_\_. Sentencia C-177 del 14 de febrero de 2001. Exp. D. 3120. M.P.: Fabio Morón Díaz.
- \_\_\_\_\_. Sentencia C-578 de 2002 del 30 de julio de 2002. Exp. L.A.T. 223. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- \_\_\_\_\_. Sentencia C-545 del 28 de mayo de 2008. Exp. D. 6960. M.P.: NILSON PINILLA PINILLA.

### **De la Corte Suprema de Justicia**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Sentencia del 11 de marzo de 2009. Rad. 30.510.

\_\_\_\_. Auto de segunda instancia del 21 de septiembre de 2009. Rad. 32.022.

\_\_\_\_. Sentencia del 3 de diciembre de 2009. Rad. 32.672.

\_\_\_\_. Auto del 13 de mayo de 2010. Rad. 33.118.

### **Otras obras**

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2001). *Diccionario de la lengua española* (22ª ed.). T. 2. Madrid: Espasa.