
LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL EN EL
DERECHO PENAL INTERNACIONAL FRENTE A
LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD, ESPECIAL
REFERENCIA AL CASO DE COLOMBIA¹

THE IRRETROACTIVITY OF THE CRIMINAL
LAW IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW
AGAINST CRIMES OF LESA HUMANITY, SPECIAL
REFERENCE TO THE CASE OF COLOMBIA

A IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL NO DIREITO
PENAL INTERNACIONAL CONTRA OS CRIMES
DA HUMANIDADE, ESPECIAL DE REFERÊNCIA AO
CASO DA COLÔMBIA.

LA NON-RÉTROACTIVITÉ DE LA LOI PÉNALE
DANS LE DROIT PÉNAL INTERNATIONAL FACE
AUX CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ, FAISANT
RÉFÉRENCE AU CAS DE LA COLOMBIE

Fecha de Recepción: 1 julio de 2018

Fecha de Aprobación: 30 de agosto de 2018

Henry Torres Vásquez²

1 Artículo que pertenece a los avances de la investigación “La responsabilidad del mando en el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición en Colombia” dentro del grupo de investigación “Primo Levi” Categoría C de Colciencias, de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Correo: henry.torres01@uptc.edu.co. ORCID <http://orcid.org/0000-0002-5299-8269>

2 Doctor en Sistema penal de la Universidad Jaime I de Castellón, España. Tesis doctoral: análisis del terrorismo de Estado, máxima calificación “Cum Laude” por unanimidad, 2008. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Licenciado en derecho en España. Par académico e investigador Asociado (1) de Colciencias. Profesor de Derecho penal de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja Boyacá.

Resumen

Este artículo analiza la irretroactividad de la ley penal en el derecho penal internacional tomando como base la doctrina y la jurisprudencia internacional. Estudia la prescripción respecto de los crímenes de lesa humanidad en el ámbito internacional, y además, por qué esa amplia evolución del Derecho Penal Internacional no podrá ser desconocida bajo argumentos basados en la independencia de la justicia transicional por lo que tienen que ser empleadas en este modelo de justicia, sin que esto eventualmente pueda afectar el proceso de paz colombiano. Se recogen algunas decisiones de tribunales internacionales respecto de crímenes de lesa humanidad y como podrían utilizarse en los casos debatidos en la Jurisdicción Especial para la Paz.

Concluye, que no obstante las grandes diferencias doctrinales respecto a la conveniencia de aplicar la irretroactividad de la ley penal respecto a crímenes de lesa humanidad y la aparente violación al principio de legalidad, ésta es una de las grandes conquistas de la sociedad mundial. El cual permite evitar la arbitrariedad estatal, por lo que en virtud de proteger a la sociedad de la impunidad rampante en torno a crímenes ocurridos durante y en ocasión del conflicto armado no internacional sucedido en Colombia, la aplicación de la irretroactividad de la ley penal respecto de crímenes de lesa humanidad es fundamental.

Palabras clave: Jurisdicción especial para la paz, imprescriptibilidad de la ley penal, justicia transicional, crímenes de lesa humanidad.

Abstract

This article analyzes the non-retroactivity of criminal law in international criminal law based on doctrine and international jurisprudence. Study the statute of limitations on crimes against humanity in the international arena and also why this broad evolution of International Criminal Law can not be ignored under arguments based on the independence of transitional justice, which is why they have to be used in this model of justice, without this eventually affecting the peace process in Colombia. Some decisions of international tribunals regarding crimes against humanity are collected and how they could be used in the cases debated in the Special Jurisdiction for Peace.

It concludes that in spite of the great doctrinal differences regarding the advisability of applying the non-retroactivity of the criminal law with respect to crimes against humanity and the apparent violation of the principle of

legality, this is one of the great achievements of world society. Which allows to avoid state arbitrariness, by virtue of protecting society from rampant impunity around crimes that occurred during and during the non-international armed conflict in Colombia, the application of the non-retroactivity of the criminal law of crimes against humanity is fundamental.

Keywords: Special jurisdiction for peace, imprescriptibility of criminal law, transitional justice, crimes against humanity.

Résumé

Cet article analyse la non-rétroactivité de la loi pénale en droit pénal international, prenant comme référence la doctrine et la jurisprudence internationale. La prescription est étudiée au regard des crimes contre l'humanité sur la scène internationale. D'ailleurs, car cette vaste évolution du droit pénal international ne pourra être ignorée dans le cadre d'arguments fondés sur l'indépendance de la justice transitionnelle, vu qu'elles doivent être employées dans ce modèle de justice, sans que cela puisse éventuellement affecter le processus de paix en Colombie.

Certaines décisions de tribunaux internationaux sont rassemblées concernant les crimes contre l'humanité et la manière dont ils pourraient être utilisés dans les affaires débattues devant la juridiction spéciale pour la paix.

L'étude conclut que, malgré les grandes différences de doctrine, concernant la convenance d'appliquer la non-rétroactivité de la loi pénale liée aux crimes contre l'humanité et à la violation apparente du principe de légalité, c'est l'une des grandes conquêtes de la société mondiale, ce qui permet d'éviter l'arbitraire de l'Etat. En vertu de la protection de la société contre l'impunité rampante, concernant les crimes survenus pendant le conflit armé non international en Colombie, l'application de la non-rétroactivité de la loi pénale par rapport aux crimes contre l'humanité est fondamentale.

Most clés: juridiction spéciale pour la paix, imprescriptibilité de la loi pénale, justice transitionnelle, crimes contre l'humanité.

Resumo

Este artigo analisa a irretroatividade do direito penal no direito penal internacional com base na doutrina e na jurisprudência internacional. Estudar o estatuto de limitações em relação a crimes contra a humanidade na arena internacional e também porque esta ampla evolução do Direito

Penal Internacional não pode ser ignorada sob argumentos baseados na independência da justiça transicional, razão pela qual eles têm que ser usados neste modelo de justiça, sem que isso afete o processo de paz na Colômbia.

Algumas decisões dos Tribunais Internacionais sobre crimes contra a humanidade e como elas poderiam ser usadas nos casos debatidos na Jurisdição Especial pela Paz são coletadas.

Conclui que, apesar das grandes diferenças doutrinárias quanto à conveniência de aplicar a irretroatividade do direito penal em relação aos crimes contra a humanidade e a aparente violação do princípio da legalidade, esta é uma das grandes conquistas da sociedade mundial. O que permite evitar a arbitrariedade do Estado, então, em virtude de proteger a sociedade da impunidade desenfreada em torno de crimes que ocorreram durante e durante o conflito armado não internacional na Colômbia, a aplicação da irretroatividade do direito penal a respeito de crimes contra a humanidade é fundamental.

Palavras-chave: Jurisdição especial para a paz, imprescritibilidade do direito penal, justiça de transição, crimes contra a humanidade.

Introducción

Las sociedades en situación de conflictos armados encuentran en la imprescriptibilidad de la ley penal una de las mejores formas de hacerles frente a los criminales ejecutores de crímenes de lesa humanidad. Esto en virtud a que el paso del tiempo no elimina la acción o la pena. No obstante, el principio de irretroactividad de la ley penal crea animadversión. En cierto sector de la doctrina el debate siempre estará presente en el entendido que permitir que la ley penal se aplique en todo momento y lugar, genera impactos no siempre positivos. A pesar de su antigüedad la irretroactividad nace en el derecho romano y se extiende luego por el mundo, convirtiéndose en un principio de aplicación de la ley aceptado universalmente; es decir, válido en todos los tiempos y en todos los lugares (Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-549/93 de 29/11 de 1993, MP Vladimiro Naranjo Mesa).

Este aspecto es discutido ya que el paso del tiempo es inexorable, aun para el derecho penal. Hay que tener en cuenta que “la prescripción es una institución propia del Estado de derecho que implica la clausura de la contingencia de la persecución punitiva o de la ejecución de la pena una vez transcurrido un

determinado lapso, el que dependerá normalmente de la gravedad del delito o de la pena” (Lennon, 2003). De la misma manera la prescripción también busca que el investigado pueda contar con el tiempo de controvertir las acusaciones y así poder demostrar su inocencia, cumpliendo de esta forma las garantías del debido proceso. La prescripción debe entenderse entonces, como un caso de excepción a la facultad exclusiva y excluyente del Estado para perseguir los delitos y sancionar a los delincuentes, la cual está basada en el paso del tiempo (Villanueva, 2003). Así las cosas, la doctrina ha comprendido que por la prescripción “el transcurso del tiempo, debilita su potestad punitiva, mediante la institución jurídica de la prescripción penal, que impide al Estado ejercer la acción punitiva, destruyendo la ya iniciada o bien la inejecución de las sanciones” (Lerin 2007, p. 73).

El tema de la prescripción se encuentra vinculado con el deber del Estado de poder brindar una debida impartición de justicia a la sociedad, en donde extender los tiempos, o dejarlos muy amplios, en todos los delitos, como regla general tendría un resultado contraproducente, en la medida que el mejor aliado del delito y del delincuente es el tiempo (Villanueva, 2003).

La fundamentación teórica respecto al porqué de la imprescriptibilidad de algunos crímenes radica en la inoperancia, ya sea por acción u omisión de ciertos órganos de justicia. En el caso de Colombia son numerosos los crímenes llevados a cabo por todos los actores del conflicto que son crímenes de lesa humanidad, en los que la percepción generalizada es el alto índice de impunidad. Aunque a nadie se le debería mantener por siempre doblegado al *ius puniendi*, lo cierto es que el derecho penal internacional si ha mantenido una constante evolución que avizora que la impunidad es cada vez menor, al menos en ese tipo de crímenes. De entrada hay que indicar que los Crímenes de Lesa Humanidad además de ser actos generalizados, actos sistemáticos, que son consumados por grupos u organizaciones en el cual la víctima es la población civil, junto a estas características se encuentra que el crimen se debe perpetrar con conocimiento de dicho ataque.

De otra parte, es complejo aludir a la irretroactividad de los delitos y de las penas respecto de crímenes de lesa humanidad cuando se trata del derecho penal interno, ya que desde el mismo derecho penal internacional no se lleva a cabo (para todos los crímenes) la irretroactividad. La estimación en torno a este asunto ha sido habitual. Desde antes de la instauración del ERCPI la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU cuando aludió a crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no consideró necesario hacer referencia explícita a la imprescriptibilidad. La CDI “decidió que no

era apropiado introducir una regla de no exigibilidad de limitaciones legales porque dicha regla no podría aplicarse a todos los delitos dentro del alcance del código” (Frulli, 2001, p. 342).

Como bien señala Gallant la creación de los “nuevos delitos y el incremento de las penas de modo retroactivo no es aceptable en la actualidad” (Gallant, 2012, p. 351). No obstante, este mismo autor señala que para garantizar la irretroactividad, esta se puede ver “como un cambio desde el derecho sustantivo de los derechos humanos, como una limitación para definir el delito, como una limitación a la soberanía, o de todas estas maneras juntas”, de lo cual agrega que el principio de legalidad es el único límite (Gallant, 2012, p. 352).

En lo que sigue es fundamental determinar en líneas generales la consideración de crímenes de lesa humanidad y su imprescriptibilidad y cómo se han establecido en los tribunales internacionales. De igual modo, se precisará lo que en un escenario de conflicto armado se ha venido analizando respecto a la irretroactividad. Una vez definido este concepto jurídico-penal se estudian las particularidades de la imprescriptibilidad y por qué han sido o pueden ser catalogadas como imprescriptibles algunos de los crímenes ocurridos en ocasión y en desarrollo del conflicto armado no internacional acaecido en Colombia.

1. Imprescriptibilidad e Irretroactividad de la Ley Penal.

Dado que la fundamentación de la irretroactividad en materia penal vista desde lo desfavorable al reo tiene en sus consecuencias razones fundamentalmente jurídicas pero también políticas. El determinar la imprescriptibilidad implica que la irretroactividad sea aplicada, es decir que la ley penal sea empleada hacia el pasado. Al ser procesado bajo este imperativo jurídico-penal alguien con cargos altos en un Estado (por ejemplo un Presidente, Jefe de Estado o de Gobierno), las manifestaciones en contra de la decisión tomada por cualquier tribunal interno o internacional, conlleva la posibilidad de brotes violentos.

A pesar de lo señalado la irretroactividad en tribunales Adhoc ha sido analizada, existiendo en el Tribunal Penal para Yugoslavia (TPIY) y en su homologo Tribunal Penal para Ruanda (TPIR) serias y notorias diferencias. Es así que en la jurisprudencia y en el Estatuto del TPIY se exige que el crimen de lesa humanidad sea puesto “en sí en el ámbito de un conflicto armado internacional o interno”. Mientras que en el TPIR (su estatuto extendido a la jurisprudencia) exige que los crímenes de lesa humanidad sean cometidos “siempre contra las

poblaciones civiles en el ámbito de un ataque extenso y sistemático” (Frulli, 2009, p. 401) y sobre la base de un intento discriminatorio (es decir, por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos). Esto significa que frente a crímenes de lesa humanidad la irretroactividad de la ley penal es aplicada, lo que inclusive ha permitido que el ERCPI haya ido más lejos. En este sentido se tiene que el ERCPI “ulteriormente ha ampliado el catálogo de las conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad incluyendo la desaparición forzada de personas, el apartheid y específicas formas de violencia inherentes a la esfera sexual (esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada)” (Frulli, 2009, p. 401).

2. Lesa Humanidad

Las primeras concepciones acerca de la definición del crimen contra la humanidad se ubican en la Cláusula Martens, que fue acuñada en el preámbulo de la IV Convención de la Haya de 1907 sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, el cual señala que:

“Mientras que se forma un código más completo de las leyes de la guerra, las altas partes contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del derecho de gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública” (IV Convención de la Haya de 1907. Sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre³)

Así pues, se puede decir que los denominados crímenes contra la humanidad, surgen de la cláusula Martens, que ampliaba la protección de los combatientes y de la población civil en tiempo de guerra, que aunque no tenía connotaciones penales (Vives, 2004, p. 341) si fue el generador de lo que luego se consolidaría en el derecho de Nuremberg como crímenes contra la humanidad.

Después de terminada la Primera Guerra Mundial, surgió la preocupación de como castigar los crímenes de lesa humanidad ocasionados durante ese conflicto, encontrándose con que no había verdaderos conceptos de derecho para poder realizar tales procedimientos de investigación y juzgamiento, ya que las declaraciones en su mayoría se encontraban fundamentadas en concepciones morales y políticas. De ahí que la Convención de la Haya de 1899 se presente como uno de los grandes intentos por regular los crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, no era un estamento suficientemente claro y preciso, esto permitiría el no juzgamiento de Káiser Wilhelm II.

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 de 13 de febrero de 1946 y 95 de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Es entonces donde se empieza a crear un nuevo paradigma acerca de los delitos de lesa humanidad, ya que fue a partir de la figura del genocidio que surgió después de la segunda guerra mundial, como el hecho de exterminar una raza o un grupo de seres humanos.

Es importante mencionar que los redactores del Estatuto del Tribunal de Núremberg incluyeron bajo la competencia material del Tribunal: a) los crímenes contra la paz, b) los crímenes de guerra, y c) los crímenes de *lesa humanidad*. Por lo que respecta a estos últimos eran considerados como tales:

a) El asesinato, b) el exterminio, c) el sometimiento a la esclavitud, d) la deportación, e) otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes de la guerra o durante la misma; f) la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de los crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados. (Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg del 8 de agosto de 1945, artículo 6).

En 1998 en el ERCPI se consagra como crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Naciones Unidas 1998).

En definitiva se consideran como crímenes de lesa humanidad todos aquellos que atentan contra las condiciones propias del ser humano, y de la misma manera de la conciencia de la humanidad. Hay que entender como bien argumenta Ferreira que “los crímenes de lesa humanidad no son tales por voluntad de los estados, ni requieren de su consentimiento, sino por imperio de normas universales inderogables constitutivas del *ius cogens*, que permiten que actúen las normas contenidas en Tratados incluso en forma retroactiva y constituyen la última ratio en caso de inexistencia de norma convencional” (Ferreira, 2007, p. XV-4).

Es fundamental reconocer que en el derecho penal internacional los *delicta iuris gentium* hace parte de los ilícitos internacionales. Los crímenes internacionales generan responsabilidad penal individual. Los delitos contra el derecho de gentes como son el genocidio, delitos de lesa humanidad, delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado y la piratería son de gran importancia para del derecho penal internacional ya que su protección está basada en el bien jurídico paz internacional. Así pues los *delicta iuris Gentium* tiene ciertas particularidades que los hacen aplicables en todo el planeta ya que son parte del *Ius Puniendi Universal* y en general son *Ius Cogens*. Los “*delicta iuris gentium*” suelen ser divididos en “delitos internacionales” y “crímenes internacionales”. La distinción radica en que unos tienen la característica que su persecución y punición dependen de la incorporación en los derechos penales de cada Estado, en tanto que los calificados como crímenes internacionales, son normas penales que forman parte del “*ius cogens*” y por ende su perseguibilidad no depende de la incorporación normativa estatal y por su propia naturaleza son imperativas y oponibles *erga omnes*” Dobovšek, 2007, p. 53. Habría que agregar que

tratándose de un crimen internacional la persecución de los mismos se puede dar vía aplicación del principio de justicia universal. El cual se recuerda, permite iniciar un proceso penal contra ciudadanos de terceros países.

3. Tribunales Internacionales y Crímenes de Lesa Humanidad

De conformidad con el Consejo de seguridad de Naciones Unidas se creó el Estatuto del TPIY mediante la Resolución 827 del 25 de mayo de 1993, dicho tribunal establece que tiene jurisdicción (...) “para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas a partir del primero de enero de 1991 en el territorio de la antigua Yugoslavia” (Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia de 25 de mayo de 1993, artículo 1).

El artículo 5° del Estatuto del TPIY, indica que este estará facultado para enjuiciar a las personas responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos en el marco de un conflicto armado de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: a) homicidio intencional; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación; encarcelamiento; e) tortura; g) violación; h) persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) otros actos inhumanos” (Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia de 25 de mayo de 1993, artículo 5). Es de resaltar que el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia llevó a cabo diecisiete juicios, en los que recayó sentencia definitiva respecto de Drazen Erdemovic (sentenciado a cinco años de prisión con relación a crímenes contra la humanidad), Dragan Papic (sobreseído y puesto en libertad), Dusko Tadic (condenado a la pena de 20 años de prisión) y finalmente la reciente sentencia dictada con fecha 3 de marzo del 2000, donde el Tribunal ha condenado a Tihomir Blaskic a la pena de 45 años de prisión en razón del crímenes contra la humanidad cometidos durante la guerra de Bosnia.

Por su parte el TPIR, fue creado por el Consejo de Seguridad sobre la base del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, está fundamentado en la Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994. Establece que su jurisdicción se basa en (...) “juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda, así como a los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables por tales actos o violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero

de 1994 y el 31 de diciembre de 1994 según las disposiciones del presente Estatuto” (Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda del 8 de noviembre de 1994, artículo 1).

Conforme a lo que respecta a los crímenes contra la humanidad el TPIR tiene competencia para “enjuiciar a presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas: a) homicidio intencional; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación; e) encarcelamiento f) tortura; g) violación; h) persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) otros actos inhumanos.” (Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda del 8 de noviembre de 1994, artículo 3).

Servín aclara que “a diferencia del Estatuto del TPIY, el Estatuto del TPIR exige de manera textual la comprobación de un tercer elemento mental mens rea, es decir, que el crimen sea cometido bajo un ánimo discriminatorio, esto es, por razones políticas, étnicas, raciales, religiosas o de nacionalidad” (Servin, 2014). El mens rea determina en el derecho penal internacional el aspecto subjetivo del delito a través de este el intérprete puede diferenciar entre quien tenía a intención de provocar un daño fundamentado en la discriminación y quién no.

4. La Prescripción

La concepción de prescripción ha presentado diversas transformaciones a lo largo de la historia, puesto que en principio a la prescripción se le consideraba cuando por el transcurso de un cierto número de años se extinguían las acciones civiles y los efectos jurídicos de los actos punibles, en donde se encontraba que la razón de ser de este fenómeno y, su justificación interna, reside en que el orden jurídico, que tiene por misión la realización de fines prácticos y no la observancia rigurosa de los principios generales, ha tenido en cuenta el poder de los hechos (Von Litz, 2007, p. 643).

Mientras que modernamente, desde una postura crítica, se indica que el fundamento común a toda prescripción es la irracionalidad concreta de la pena, sea la impuesta (prescripción de la pena) o la conminada (prescripción de la acción), no porque antes fuera racional (conforme a cualquier discurso legitimante), sino porque el transcurso del tiempo pone de manifiesto una mayor crisis de racionalidad y, además, lo hace en acto (Zaffaroni, 2003, p.

882). Al hablar de prescripción hay que tener en cuenta que este, en principio, busca garantizar el debido proceso, en donde uno de sus fines es lograr la rapidez, agilidad y eficacia del aparato judicial, para de esta manera poder obtener justicia y llegar a brindar reparación a las víctimas que han sido afectadas por algún tipo de ilícito. A su vez la prescripción también busca que el investigado pueda contar con el tiempo de controvertir las acusaciones y así poder demostrar su inocencia, cumpliendo de esta forma las garantías del debido proceso.

Junto a lo anterior, hay que precisar que “la prescripción es una institución propia del Estado de derecho que implica la clausura de la contingencia de la persecución punitiva o de la ejecución de la pena una vez transcurrido un determinado lapso, el que dependerá normalmente de la gravedad del delito o de la pena” (Lennon, 2006).

La Prescripción de la acción penal puede ser de dos tipos: ordinaria o extraordinaria, la primera traducida en el caso de que no hay un proceso, por lo cual se ha de contar el tiempo dado desde que se cometió el delito hasta que se dio inicio a la investigación; será extraordinaria cuando, la prescripción es interrumpida ya sea bien por una intervención del Ministerio Público (o en Colombia la Fiscalía General de la Nación) o de la autoridad judicial competente cuando ha transcurrido más de la mitad del plazo que contiene la prescripción ordinaria; si se interrumpiera antes de que trascorra la mitad del tiempo, “el delito prescribirá después del tiempo señalado por la pena de este delito más la mitad de esta misma; tal y como lo, describe el Código” (Chiroque, 2013).

La prescripción se presenta cuando los funcionarios jurídicos dejan vencer el plazo que ha determinado el legislador para poder ejercer la acción penal, por lo cual la autoridad judicial competente pierde la potestad de seguir con la investigación en contra de cualquier ciudadano que haya obtenido el beneficio de la prescripción. De tal manera que la prescripción tiene dos importantes connotaciones: la primera de ellas, a favor del acusado, traducida en el derecho y garantía constitucional por la cual a todo ciudadano debe definírsele su situación jurídica, debido a que este no puede quedar permanentemente sujeto a la imputación que se ha realizado en contra suya; la segunda, corresponde a la función inactiva con la que se cataloga al Estado, así pues es una sanción para este al no poder desplegar su poder punitivo frente al acusado (Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-416/02 de 28 05 de 2002, MP. Clara Inés Vargas). Cuando se da la prescripción hay que tener en cuenta lo que afirma Lerin “lo que desaparece no es el delito, sino el derecho del Estado

para perseguirlo y de esa manera poder ejecutar la pena impuesta; por esta razón es que se ha considerado como una forma de extinción de la acción penal o de la pena corpórea, en razón del transcurso del tiempo” (Lerin 2007, p. 73)

5. El Principio de Legalidad

Para empezar a dar un concepto de lo que se entiende por principio de legalidad se partirá por enunciar las consideraciones que realiza el Tribunal de Núremberg con respecto al principio de legalidad. Este tribunal “estableció que es un principio de justicia, ya que los acusados debieron haber sabido que su actuar era ilegal, contrario al derecho internacional que prohibía los actos de agresión y los crímenes de guerra reconocidos por el derecho consuetudinario internacional, por tanto, no podían argumentar que se violentaba con ese juicio la máxima *nullum crimen sine lege*, puesto que dichas conductas ya estaban prohibidas por distintos instrumentos internacionales y las leyes y costumbres de la guerra” (Orta, 2013).

El principio de legalidad ha sido concebido por el derecho penal como una garantía sustancial, procesal y política, que se encuentra inicialmente soportada en la Ley, la cual está orientada a describir y reglar las conductas antijurídicas con sus respectivas penas, para de esta forma poder disuadir al individuo y de esta manera ubicar una barrera infranqueable a la potestad punitiva de los Estados, con la finalidad de evitar la arbitrariedad (Marín, 2010, p. 106). Una de las finalidades que se le puede atribuir al principio de legalidad es que “su intención es limitar el abuso del poder por parte del Estado, como garantía contra la arbitrariedad y como exigencia de seguridad jurídica por parte de los ciudadanos” (Orta, 2013). De igual manera uno de los objetivos que se encuentran dentro del principio de legalidad es que los posibles inculpados sepan que sus conductas constituyen delitos y se encuentran penadas; sin embargo, la recepción del principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional ha cambiado a partir de la formulación de los Principios de Núremberg (Orta, 2013).

El Profesor Carlos Bernal sostiene que el principio de legalidad posee dos dimensiones: una formal y una material. “En su dimensión material relevante en el derecho penal y en general en el derecho sancionatorio, dicho principio exige que las prohibiciones de las conductas particulares y las sanciones para los actos que eventualmente las infrinjan deban aparecer especificadas en una ley anterior al acto que se enjuicie” (Marín, 2010, p. 107). Cuestión que desde el derecho penal internacional se relativiza y mucho, ya que por ejemplo, el

proceso de Nuremberg ha sido muy criticado por que la ley no estaba antes de la comisión de la conducta. Es que dentro del principio de legalidad también se encuentra “el hecho de que las leyes internas no impongan castigo por un acto que constituya un crimen bajo las leyes internacionales, no exime a la persona que cometió el acto de su responsabilidad bajo las leyes internacionales” (Marín, 2010, p. 107). Como se verá más adelante la JEP no puede sustraerse a su aplicación.

En cuanto a lo que respecta a la Corte Penal Internacional sobre las concepciones que se tiene frente al principio de legalidad, (esta sí, señala las conductas y las sanciones con anterioridad) es menester mencionar que con instaurar en el ERCPI el principio de legalidad lo que se buscaba era (...) “crear una Institución de Justicia supranacional, permanente e independiente, con una tipología y procedimiento predeterminado, que permitiera prevenir y contrarrestar la impunidad de crímenes contra la humanidad, contribuyendo con la seguridad, la paz y el bienestar de toda la comunidad internacional” (Marín, 2010, p. 112).

Dentro del Derecho Penal Internacional los crímenes de lesa humanidad no se establecen como violatorios del principio de legalidad. En el plano interno estos crímenes deben estar contemplados e incorporados como crímenes internos o estar consagrados en Tratados y Acuerdos internacionales suscritos y ratificados por el Estado parte, estos son adaptados conforme al derecho penal internacional de manera individual por cada Estado, siendo ajustados a su propio sistema penal conforme a sus políticas penales. Es muy amplio el principio de legalidad, siendo de tal tenor, que “en el ámbito del derecho penal internacional se aplican no solo con relación a los tratados internacionales sino también con los mencionados principios generales del derecho” (Saavedra, 2007, p. 296). Unido a que se su espectro va hasta lo señalado en la jurisdicción interna.

En lo que respecta a la prescripción en el artículo 29 del Estatuto de Roma menciona que los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional son de carácter imprescriptible, confirmando decisivamente un principio que procedía anticipadamente de interpretaciones doctrinales y del texto de algunos instrumentos, tales como la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas.

Por otra parte, la prescripción de los crímenes internacionales ha sido estudiada mayormente desde la óptica de la prescripción de la acción penal,

así pues luego de transcurrida la segunda Guerra Mundial, concretamente con posterioridad a los célebres juicios de Núremberg los Estados tomaron la iniciativa de consolidar la imprescriptibilidad de ciertos crímenes considerados muy graves en el derecho penal internacional (en adelante DPI). Dicha labor fue importante teniendo en cuenta la gravedad de los crímenes que se cometían y se juzgaban para aquel tiempo, luego entonces su práctica ha pasado a ser generalizada y cada vez se fortalece y consolida más, llegando a permear todos los sistemas jurídico-penales internos en el mundo.

6. La Irretroactividad de la Ley Penal en el Derecho Penal Internacional Frente a los Crímenes de Lesa Humanidad Ocurredos en Colombia

El derecho penal, no puede olvidar los crímenes de lesa humanidad ocurridos en Colombia, no solamente por la gravedad que caracteriza a los crímenes, sino porque hacer lo contrario, es contravenir el derecho penal internacional y su enorme evolución. La adecuación típica hace que se conviertan delitos en crímenes imprescriptibles, en los cuales no se puede hacer inferencia alguna de la extinción de la sanción punitiva puesto que siempre habrá de perseguir a los acusados de cometerlos. Los crímenes efectuados por los actores armados (guerrillas, paramilitares e integrantes de la fuerza pública), no pueden ser considerados como delitos, ya que muchos de ellos cumplen con las características para ser crímenes de lesa humanidad. En el caso colombiano, el derecho no puede agotar su “memoria” puesto que son delitos que afectan a toda la humanidad. Desde una perspectiva más genérica, existen delitos que el Estado no puede perdonar y que no puede olvidar. A pesar de que se trate de un acuerdo para la terminación del conflicto armado y conseguir la paz, esta loable finalidad no puede permitir que no se hable de imprescriptibilidad. Desconocer estas características es propender por la impunidad y olvidar que son los denominados crímenes graves de naturaleza internacional los que fundamentalmente se caracterizan por ser imprescriptibles y de persecución universal.

Ahora bien, se podría pensar que la imprescriptibilidad estaría violando el debido proceso, ya que no existe un término para los crímenes internacionales; pero en la realidad es todo lo contrario, puesto que lo que busca la imprescripción de dichos delitos es dejar a un lado la impunidad y poder establecer relaciones de justicia, así como también busca proteger intereses de la comunidad internacional, al brindar protección a las víctimas de dichos actos delictuosos. Así las cosas, se puede hacer una deducción respecto a

que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad “forma parte del principio de jurisdicción universal. Además, se ha evidenciado que el carácter internacional de estos crímenes consiente a cualquier Estado perseguir, a través de su propia jurisdicción penal, a los responsables, incluso aunque no exista vínculo directo entre el hecho delictivo y el ordenamiento interno” (Vásquez, 2011).

Es claro que cuando se imputan cargos por crímenes de lesa humanidad, es habitual, que se alegue el derecho a ser juzgado conforme al principio de legalidad, especialmente en cuanto a que la ley ha de ser preexistente al acto delictivo, señalando además que el principio de legalidad es el sustento jurídico que protege la seguridad jurídica, y además, ofrece una estabilidad para el Estado de derecho. Empero, no ha prosperado tal alegación, en razón a que el derecho penal internacional, por muchas razones, ocupa un lugar privilegiado frente al derecho penal interno.

Respecto al tema Daza, ha señalado que tanto en el ordenamiento jurídico colombiano como a lo largo de la historia del derecho penal internacional, se ha presentado una tensión entre los principios de legalidad y prescripción de la acción penal, debido a la persecución retroactiva para el caso de los crímenes de lesa humanidad quienes se les ha denominado como imprescriptibles, por ende “la configuración de cortes penales de carácter internacional para el juzgamiento de crímenes de la más alta gravedad cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de las leyes que habrán de juzgarlos, a veces con décadas de anterioridad, ha tenido que enfrentarse necesariamente a este problema” (Daza, 2013, p. 214).

En estos casos, el principal escollo se encuentra en la discordancia entre la legalidad como principio y la irretroactividad de la ley penal, lo que incluye por supuesto la prescripción o imprescriptibilidad de la acción y de la pena. Esta perspectiva es significativa en la medida en que, en opinión de algunos doctrinantes, la posibilidad de que la ley penal tenga efectos retroactivos procura evitar la impunidad, mientras que para otra parte de la doctrina la retroactividad genera total inseguridad jurídica; en ambos casos en posiciones encontradas, se viola el principio de legalidad.

El instituto de la prescripción, en términos coloquiales, es un olvido del derecho. Es decir, el derecho que vela por la seguridad jurídica y a la vez por la convivencia social, debe olvidarse en determinados casos de tales preceptos. Debe dar paso a la no persecución a delitos y en consecuencia permitir, al menos, por omisión, a que se vulneren bienes jurídicos. De ese

modo el paso del tiempo, da lugar “al olvido”; el cual es fijado por la propia normativa para que de esta forma pueda existir una estabilidad jurídica. No obstante, y de acuerdo con ello no todas las imputaciones quedan en el olvido, luego entonces el derecho tiene que ser selectivo, olvidar unas cosas más rápido que otras tal y como sucede analógicamente con la memoria humana, por ello cuanto más grande ha sido la infracción cometida, más difícil le es de olvidarla. Los crímenes de lesa humanidad responden a la memoria colectiva universal, por lo tanto no son para olvidar, al contrario son perseguibles universalmente y tienen a su favor la imprescriptibilidad.

En el caso de Colombia, la consecución de verdad, como principal aspecto dentro del denominado Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (SIVJNR) del cual hace parte la Jep, no pueden olvidar incuestionablemente, que aquellos actores armados y no armados que por acción u omisión y que con cualquier grado de participación cometieron graves crímenes internacionales no pueden hacer parte de la justicia transicional. Lo que lleva aparejado que estos procesos sean enviados o sean requeridos por tribunales internacionales para que estos sean los que finalmente hagan justicia.

7. La Irretroactividad

Es significativo tener en cuenta que el principio de irretroactividad de las leyes penales obliga tanto al juez como al legislador en la aplicación de las normas, y por este motivo debe ser entendido como un fundamento del Estado de Derecho, puesto que cada ciudadano debe conocer las consecuencias de sus actos, en donde la Constitución es la que asegura la confianza de los ciudadanos frente a cambios legislativos que puedan ser aplicados retroactivamente, (Ruiz, 1989, p. 152). El principio de irretroactividad es pues, una garantía que otorga el Estado a sus ciudadanos, aplicando de esta manera el deber general de las leyes, dado que sus efectos deben ir hacia el futuro, evitando de esta manera posibles confusiones en la correcta aplicación de las normas jurídicas.

Al respecto se tienen voces discrepantes, como la del profesor Valencia Zea quien afirmaba “dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas. Además especialmente cuando se trata de la reglamentación de toda una institución jurídica, existe verdadera imposibilidad para regular el efecto retroactivo”. (Valencia, 1989, p. 184). Un error en el que cotidianamente se incurre es “considerar a la irretroactividad como un principio que solo sirve al interés

privado. Esto explica su inclusión en casi todas las constituciones del mundo entre las garantías y derechos individuales

Siguiendo este orden de ideas es válido aclarar que en materia penal “el principio de irretroactividad supone admitir el pleno efecto de la ley más benigna, incluso aunque esté derogada, tanto si los hechos se cometieron estando en vigor, como si las consecuencias que generó su aplicación son más beneficiosas frente a la ley posterior más severa” (Ruiz, 1989, p. 154). A pesar de lo señalado, en la medida que aunque una persona haya cometido algún tipo de ilícito, no por esto pierde la calidad de ser humano, por lo tanto sigue siendo merecedor de los derechos y todas las garantías que el Estado le pueda proporcionar, evitando de esta manera que sean juzgados por la comisión de algún acto, que en su momento no constituía delito.

El principio de irretroactividad de las leyes penales obliga tanto al juez como al legislador en la aplicación de las normas, y por este motivo debe ser entendido como un fundamento del Estado de Derecho, puesto que cada ciudadano debe conocer las consecuencias de sus actos, en donde la Constitución es la que asegura la confianza de los ciudadanos frente a cambios legislativos que puedan ser aplicados retroactivamente (Ruiz, 1989, p. 154). “El principio de la no retroactividad dice Dorado Montero es un principio constitucional, uno de los derechos adquiridos por los ciudadanos frente al poder social” (Torres, 1952, p. 104). Por lo tanto, es válido afirmar que el principio de irretroactividad es pues, una garantía que otorga el Estado a sus ciudadanos, aplicando de esta manera el deber general de las leyes, dado que sus efectos deben ir hacia el futuro, evitando de esta manera posibles confusiones en la correcta aplicación de las normas jurídicas.

El principio de la irretroactividad de la ley penal, busca impedir la arbitrariedad. El ciudadano no puede quedar a expensas de la voluntad ocasional del legislador y de la intervención abusiva del Estado. La utilización de una legislación que busque resolver casos ad hoc especialmente escandalosos en un momento determinado, la posibilidad de crear delitos y/o penas ex post facto, debe ser en todo momento y lugar evitada. Con este fundamento y en aras de dar “Seguridad Jurídica” a los habitantes, de que no verán afectadas sus libertades individuales en forma arbitraria por parte de los órganos del Estado, no se puede conceder efecto retroactivo a las leyes punitivas, pues de lo contrario “no podrían saber a qué atenerse” al momento de comportarse, (Baldomino, 2009).

En cuanto a la irretroactividad en materia penal cuando esta es desfavorable al reo, según el tratadista Dorado Montero, radica en que el principio por la

cual la ley no puede ser retroactiva, es un principio constitucional, como uno de los derechos y garantías adoptados para hacer frente al poder del aparato estatal (Torres, 1952, p. 104).

8. Imprescriptibilidad de Crímenes Internacionales y Principio de Legalidad.

Ahora bien, en cuanto a la imprescriptibilidad de estos crímenes hay que mencionar la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los crímenes de Lesa Humanidad, la cual fue celebrada en el año 1968. En dicho Convenio se establece que todas las acciones que permitan la comisión de crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz tienen el carácter de imprescriptibles.

Históricamente la imprescriptibilidad tiene su génesis en el derecho anglosajón clásico, en este el derecho se expresaba mediante el aforismo *nullum tempus occurrit regis* que significaba que el tiempo no marchaba para el Rey; no obstante, ello tampoco permitía que en cualquier momento podía iniciarse una acción con el fin de sancionar un delito de carácter imprescriptible. La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad se basa en que el sistema jurídico no puede perdonar algunas fallas del mismo, grandes lesiones a los derechos humanos no pueden dejar su vigencia de sanción y por ello debe ser investigados siempre en razón del principio de justicia universal, la justicia interna y además de ello la competencia de la Corte Penal Internacional como Tribunal de “reserva”.

Siendo la imprescriptibilidad una excepción específicamente frente a graves crímenes internacionales y al ser los de lesa humanidad parte de estas conductas atentatorias de bienes jurídicos universales, a continuación se señalan los puntos más álgidos en materia de su aplicación práctica. La controversia se suscita en torno al principio de legalidad, sin embargo la imprescriptibilidad de crímenes internacionales no es atentatoria del principio de legalidad. Afirmación basada en dos aspectos: el primero, de tipo político criminal, por una lado se debe cumplir con la función respetar los diferentes criterios que exige el mismo principio con el fin de que se garantice un sustento legal, lo cual exige que la norma debe ser clara, debe estar taxativamente en la legislación, y anterior a los hechos punibles. Por otro lado, existe un fundamento político democrático apoyado en el principio de la separación de poderes y en evitar que el sistema penal y el poder legislativo impidan que se brinde una verdadera seguridad jurídica, luego entonces impide la acción arbitraria del Estado en ejercicio del ius puniendi.

Para efectos de comprender la tensión existente entre legalidad, e irretroactividad de la ley penal, hay que recordar que el principio de legalidad es uno de los pilares del Estado Constitucional, incluso puede considerarse como un principio fundamental, como bien se conoce, es una limitación al poder punitivo que vela por que el ciudadano se le garantice un debido proceso y sobre todo a libertad del mismo, tal es el caso de la prohibición de retroactividad.

En un primer momento, el principio de legalidad implicaba impedir que la pena o la sanción penal fuese utilizada como una estrategia política, o como una forma de agredir al adversario, razón por la cual la institución de este principio ha buscado desde siempre evitar algún tipo de abuso hacia el reo. La regla general es que el principio de legalidad no permite una aplicación retroactividad, esto si tenemos en cuenta que la ley ha de ser scripta, certa, praevia, y stricta. No obstante, y como bien se sabe, entre la legalidad y la retroactividad existe una tensión constatada, ya que si se remite a la normativa internacional el principio de legalidad permite la retroactividad aun cuando esta no sea favorable lo cual sin duda se contrapone con la irretroactividad de las leyes cuando esta sea desfavorable para el procesado.

Tanto la normativa vigente, como la jurisprudencia así lo han determinado, si se remite a diferentes estamentos internacionales, se reconoce el principio de legalidad pero existe una excepción, los crímenes de lesa humanidad y por tanto raya con la imprescriptibilidad. En ese sentido el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1968, en su artículo primero reconoce el principio de legalidad pero en su numeral 2 señala: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. En ese mismo sentido el artículo 7 del Convenio de Roma de 1950 en el primer párrafo regula el principio de legalidad, pero a su vez establece que “el presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Igualmente sucede en el Convenio en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el artículo 7.1 establece el principio de legalidad, pero en el inciso dos, dispone de igual forma que lo señalado en el Estatuto de Roma.

Por otra parte, la doctrina también ha compartido estas posturas, y sustenta las excepciones que contiene el principio de legalidad, en ese aspecto, los

principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas son el principal fundamento para ello. Es así, que en el Derecho Internacional se han establecido diversas fuentes para asegurar que se formulen tipos penales orientados a que se sancionen a individuos que cometen graves crímenes. Es entonces un deber de la comunidad internacional asegurar la vigencia de los principios internacionales, entre estas fuentes se encuentra la de jurisdicción universal, la imprescriptibilidad o la no procedencia de algunas inmunidades; lo cual permite que exista una diferenciación con los delitos de carácter netamente interno.

Conclusiones

La prescripción de la acción o de la pena, es considerarla como la caducidad del derecho que tiene el Estado para perseguir y sancionar el delito, por haberse vencido el plazo que el código penal establece para ello, siempre y cuando no se haya impuesto condena. Su intención es limitar el abuso del poder por parte del Estado, como garantía contra la arbitrariedad y como exigencia de seguridad jurídica por parte de los ciudadanos.

La característica de no prescripción de la acción o de la pena, se aplicó en el siglo pasado de manera irregular ya que no había norma de carácter internacional que obligara, es de recordar que fue sólo hasta 1968 en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes Contra la Humanidad en el artículo 4 en los que se hizo referencia a la prescripción tanto de la acción pública como de la pena. Como sostiene Frulli la imprescriptibilidad de crímenes como lesa humanidad “es una norma consuetudinaria en vías de consolidación”, y llega a considerar que estos crímenes y su imprescriptibilidad se aplican en el orden jurídico interno lo que alcanzaría además a que se prohíban hasta las amnistías cuando se traten de delitos de lesa humanidad (Frulli 2004, p. 358-359).

Este escrito ha estado enfocado principalmente a estudiar el instituto de la prescripción, y los crímenes de lesa humanidad, lo anterior por cuanto permitió divisar los principales fundamentos para determinar si la imprescriptibilidad de los estos crímenes, una vez reconocida, puede dar lugar a que en Colombia muchas de las conductas estimadas como delitos no solamente pasen a ser crímenes de lesa humanidad, sino que estos tengan las dos características esenciales de los mismos, esto es su imprescriptibilidad y la posibilidad de ser perseguidos en tribunales internacionales, como la Corte penal Internacional o bien se haga uso del principio de justicia universal.

En Colombia la Corte Constitucional ha definido claramente la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la CPI (Guerra, Agresión, Lesa humanidad y Genocidio) cuando se trate de delitos ocurridos en el territorio nacional. Siempre que la CPI “ ejerza su competencia complementaria para investigar y juzgar cualquiera de los crímenes previstos en el Estatuto”, de lo contrario señala la Corte Constitucional el término de la prescripción será el establecido en la legislación penal colombiana (Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-578 de 2002).

En cuanto al SIVJRN y por supuesto la Jep, no pueden dejar en la impunidad los crímenes de lesa humanidad, admitiendo y en consecuencia imponiendo una sanción ya sea propia, alternativa u ordinaria, cuando los postulados a este tipo de justicia transicional digan así sea toda la verdad. Esta cuestión no tiene por que afectar el proceso de paz colombiano, toda vez que la utilización de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad hace parte del *Ius Cogens*.

Siempre que se trate de quienes efectuaron crímenes de los aquí señalados no se puede olvidar incuestionablemente, que aquellos actores armados y no armados que por acción u omisión y que con cualquier grado de participación cometieron graves crímenes internacionales, estos deben ser procesados basados en la imprescriptibilidad de los mismos. Reiterando que no pueden hacer parte de la justicia transicional. Lo que lleva aparejado que estos procesos sean enviados o sean requeridos por tribunales internacionales para que estos sean los que finalmente hagan justicia. En definitiva, los tribunales colombianos, especialmente la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia está obligada a determinar la imprescriptibilidad y en consecuencia la irretroactividad de crímenes considerados muy graves en el derecho penal internacional, como son los de lesa humanidad. El nexo de causalidad entre la conducta: lesa humanidad, e imprescriptibilidad como consecuencia de la tipificación de la conducta, no es necesario. Como lo afirma Frulli, (2001, p. 342) tanto en el TPR al igual que en la CPI no se exige que exista un nexo entre la conducta y el conflicto armado en relación los crímenes de lesa humanidad. Lo que deja sentada la posición que en Colombia los crímenes que cumplan esta condición son imprescriptibles, aun cuando se juzguen internamente.

Aunque es claro que existe una enorme tensión entre el principio de legalidad y la imprescriptibilidad, la única forma de evitar la impunidad, al menos, en graves crímenes internacionales ocurridos durante y en ocasión del conflicto armado no internacional sucedido en Colombia, es la aplicación de la irretroactividad de la ley penal.

A pesar de diferencias conceptuales en torno a la preponderancia de la imprescriptibilidad de la ley penal, el principio de legalidad es una de las grandes protecciones con que cuenta la sociedad frente al poder estatal, en opinión de Estupiñán “el principio de legalidad en la ley penal o del imperio de la ley es un principio fundamental de Derecho Penal según el cual todo ejercicio del poder punitivo debe estar sometido a la voluntad de la ley” (Estupiñán, 2011. p. 227). No obstante, la imprescriptibilidad es la única que permite que grandes ejecutores de crímenes internacionales, incluidos los de lesa humanidad, sean castigados y sus crímenes no queden en la impunidad.

Referencias

AMATTI, Enrique y otros (2009). Introducción al derecho penal internacional. Editorial Universidad Libre, Colombia Bogotá.

BALDOMINO Díaz, Raúl (2009). (Ir) retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una norma Penal en Blanco. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992009000100004&script=sci_arttext.

CHIROQUE Valladolid, Alejandro, (2013), Excepciones y Derecho de Defensa en el nuevo Proceso Penal, Revista jurídica Virtual, <http://librejur.net/librejur/Documentos/RevistaVirtual/2013/01%20-%20CHIROQUE.pdf>.

CORTE CONSTITUCIONAL colombiana. Sentencia C-416/02 de 28 05 de 2002, MP Clara Inés Vargas.

CORTE CONSTITUCIONAL colombiana. Sentencia C-549/93 de 29 11 de 1993. MP Vladimiro Naranjo Meza.

DAZA, González A. (2013), Legalidad y Prescripción Frente a la Investigación de Crímenes de Lesa Humanidad en Colombia. Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho. IUSTA, N° 38.

DOBOVŠEK, J. (2007) Breves consideraciones sobre el derecho internacional penal general y sus relaciones con los sistemas penales particulares, Revista Anuario argentino de derecho internacional. Numero XV.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 1998.

Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda del 8 de noviembre de 1994.

Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia de 25 de mayo de 1993.

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg del 8 de agosto de 1945, artículo 6.

ESTUPIÑÁN, Silva (2011). Rosmerlin. Los Crímenes de Guerra en Colombia. Estudio Desde el Derecho Internacional y Desde el Derecho Colombiano. Departament de Dret Internacional. Universitat de València España. Servei de Publicacions. Disponible en Internet. <http://www.tesisenred.net>.

FERREIRA, Marcelo, (2007). Derechos Humanos.

FRULLI Micaela, Are crimes againts humanity more serious than war crimes? Revista Ejiil Vol 2, 2001.

FRULLI Micaela. (2004). El derecho internacional y los obstáculos a la implementación de la responsabilidad penal por los crímenes internacionales, en Cassese Antonio y Delmas Mireille. Crímenes internacionales y jurisdiccionales internacionales, Editorial Norma.

IV Convención de la Haya de 1907. Sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre.

LENNON Horvitz, María Inés (2006). Amnistía y Prescripción en Causas sobre Violación de Derechos Humanos en Chile. Revista de Urbanismo- Universidad de Chile, <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/download/13396/13667>.

LERÍN Valenzuela, Jorge. (2007) La Prescripción Penal no influye en la Responsabilidad Civil, Revista Jurídica de la Escuela de Derecho Libre de Puebla, México. MARIN Zafra, Germán. Crisis del principio de legalidad en la Corte Penal Internacional. Problemas contemporáneos del Derecho 1. Editorial Bonaventuriana, Colombia. 2010.

ORTA, Ana Cecilia (2013). La Evolución del Principio de Legalidad a nivel Internacional, Enero, citado en: Nazi Conspiracy and Agression, Opinion and Judgement http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2199638.

ROXIN, Claus. (2010) Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Tomo I. Editorial Civitas, Madrid, España.

RUIZ ANTON, Luis Felipe (1989). El principio de irretroactividad de la Ley Penal en la doctrina y la jurisprudencia. Universidad de Extremadura, Cáceres, España.

SAAVEDRA Álvarez, Yuria. (2007). Las Garantías del Debido Proceso en el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos Revista de la Facultad de Derecho de México, Número 247, Tomo LVIII, México D.F.

SERVÍN Rodríguez, Christopher Alexis. (2014) La evolución del crimen de Lesa Humanidad en el Derecho Penal Internacional. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332014000100007&script=sci_arttext.

SOLER, José, (1962). Enciclopedia Jurídica Omeba. Voz irretroactividad. Tomo XVI, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina.

TORRES Poveda, Carlos A. (1952). Derecho Penal (Conferencias dictadas en la Pontificia Universidad Javeriana). Talleres de la Imprenta, Tunja.

VÁSQUEZ Simbaqueba, Juval Antonio (2011). Tensiones y prácticas en los crímenes de Lesa Humanidad: Imprescriptibilidad VS. Legalidad en Colombia, <http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/131/104>, Revista Republicana, Editorial Universidad Libre.

VILLANUEVA Plascencia, Raúl. (2003), Análisis del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Prescripción. Instituto de Investigaciones Jurídicas, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/997/18.pdf>.

VIVES, J. (2004). La evolución jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad. Curso de derecho internacional y relaciones internacionales. Vitoria- Gasteiz.

VON, Liszt. (2007). Tratado de Derecho Penal. Valletta Ediciones, Buenos Aires, Argentina.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, (2003). Derecho Penal, parte general. Ediar, Buenos Aires, Argentina.