Comisión Colombiana de Juristas

Retroactividad penal

de crímenes internacionales

Comisión Colombiana de Juristas

Retroactividad penal

de crímenes internacionales

Bogotá, 2012

© 2012 Comisión Colombiana de Juristas
Calle 72 No, 12 - 65, piso 7
Bogotá, Colombia
Tel: +57 1 744 9333 - Fax: +57 1 743 2643
ccj@coljuristas.org
www.coljuristas.org

® Retroactividad penal de crímenes internacionales

ISBN: 978-958-9348-53-6
Primera edición: abril 2012
Bogotá, Colombia

Portada
Zulma Rodríguez

Autor
Federico Andreu Guzmán
Subdirector de Litigio y Protección Jurídica de la Comisión Colombiana de Juristas

Producción gráfica
Opciones Gráficas Editores Ltda.
Carrera 73A No. 64A-42
Teléfonos: 224 1823 - 4827071
Bogotá, Colombia
www.opcionesgraficas.com

Las opiniones presentadas en este documento son responsabilidad exclusiva de la Comisión Colombiana de Juristas.

Este estudio ha sido posible gracias al generoso apoyo de la Embajada de Suiza en Colombia.

Contenido

I. Introducción 7

II. Consideraciones Generales 12

III. Normas y estándares internacionales de derechos humanos 19
1. Sistema Universal de Derechos Humanos 19
2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos 23
3. Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos 28
   i) *"Las ejecuciones del muro de Berlín"* 29
   ii) El caso *Kolk y Kislyiy c. Estonia* 32
   iii) El caso *Kononov c. Letonia* 33

IV. El Derecho Internacional Humanitario 37

V. El Derecho Penal Internacional 40
1. El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad 44
2. La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales 51

VI. Prácticas nacionales y jurisprudencia comparada 54
1. Israel: el caso Eichmann 54
2. Francia: el caso Touvier 55
3. España y Bélgica: el ex General Pinochet y la Junta Militar argentina 57
4. Bosnia Herzegovina: los crímenes de la guerra de los Balcanes 59
5. Indonesia: los crímenes de lesa humanidad en Timor Oriental 61
6. Estados Unidos de América: el caso Demjanjuk 63

7. Australia: el caso Polyukhovich 64
8. Canadá: el caso Munyaneza..... 64
9. Hungría: la Corte Constitucional 65
10. Argentina: el caso Arancibia Clavel..... 67
11. Chile: el caso Molco de Choshuenco 69
12. España: el caso Scilingo 71
13. Uruguay: el caso Bordaberry 75

Anexo 1: Normas y estándares internacionales..... 77
Anexo 2: Selección de decisiones judiciales colombianas 82
Corte Constitucional..... 82
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal..... 84
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,
Sala de Justicia y Paz 107

I. Introducción

"El derecho extremadamente injusto no es derecho"
Robert Alexy[1]

No hay duda alguna de que, bajo el derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario, los Estados tienen la obligación de juzgar y castigar, por medio de sus jurisdicciones penales nacionales, a los autores de graves violaciones de derechos humanos constitutivas de crímenes bajo el derecho internacional (como la ejecución extrajudicial, la tortura, la desaparición forzada y la violencia sexual), crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. Esta obligación internacional implica tipificar en la legislación penal nacional como ilícitos penales los crímenes bajo el derecho internacional. Si bien varios tratados e instrumentos internacionales imponen expresamente esta obligación[2], esta es una consecuencia directa y lógica del carácter de *jus cogens* de la prohibición de cometer tales crímenes.

Al tipificar en sus legislaciones penales como delitos los comportamientos constitutivos de crímenes bajo el derecho internacional, los Estados deben

---

1 "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal", en *Revista DOXA*, No. 23, Universidad de Alicante, España, 2000, pág. 205.

2 Así cabe destacar: *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (art. V); *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (art. 3); *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud* (art.5); *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (arts. 4 y 25); *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (art. 4); *Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas* (art. III); *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* (art. 6); *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* (art. 3); *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (art. 5); *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (artículo 4); *y Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales arbitrarias o sumarias reiteran esta obligación* (Principio 1).

observar escrupulosamente dos grandes aspectos: el principio de legalidad de los delitos y las definiciones de los crímenes provistas en el derecho internacional. El Estado puede adoptar tipos más amplios que otorguen un mayor umbral de protección a las víctimas. No obstante, la tipificación nacional del delito debe reflejar como mínimo los elementos que caracterizan la definición del crimen prescrita por el derecho internacional.

Así lo ha indicado, entre otros órganos internacionales de protección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al precisar que "[e]l Derecho Internacional establece un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y los elementos mínimos que la misma debe observar, en el entendido de que la persecución penal es una vía fundamental para prevenir futuras violaciones de derechos humanos. Es decir, que los Estados pueden adoptar una mayor severidad en el tipo específico para efectos de una mejor persecución penal de esos delitos, en función de lo que consideren una mayor o mejor tutela de los bienes jurídicos protegidos, a condición de que al hacerlo no vulneren esas otras normas a las que están obligados. Además, la sustracción de elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional, así como la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados bajo el Derecho Internacional a prevenir, erradicar y sancionar"[3].

En ese orden de ideas, cabe destacar que la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que "la definición del artículo 2º [de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas] establece un mínimo que debe ser protegido por los Estados partes, sin perjuicio de que estos adopten definiciones más amplias dentro de sus ordenamientos internos"[4].

Ciertamente, después de la II Guerra Mundial, varios países incorporaron en sus legislaciones internas varios de esos ilícitos internacionales, en particular los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra[5]. Con la ratificación

---

[3] *Goiburú y otros vs. Paraguay*, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párrafo 92.

[4] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-580/02 de 3 de Julio de 2002, *Referencia: expediente L.A.T.-218, Asunto: Revisión oficiosa de la "Ley 707 del 28 de noviembre de 2001 'Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas'" hecha en Belem do Pará, el nueve de julio de 1994*, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

[5] Ver entre otros: Australia, *War Crimes Act* of 1945; Bangladesh*, International Crimes (Tribunals) Act No. XIX of 1973*; Barbados, *Geneva Conventions Act* of 1980; Bélgica, *Ley de 16 de junio de*

de tratados sobre el Genocidio, la tortura y la desaparición forzada y, sobretodo, con la adopción del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, numerosos Estados han incorporado en sus legislaciones penales nacionales la mayoría de estos crímenes[6]. No obstante, la práctica indica que numerosos países no han incorporado en su legislación penal los crímenes bajo el derecho internacional, o lo han hecho parcialmente o sólo recientemente.

En Colombia, la incorporación en la legislación penal nacional de crímenes bajo el derecho internacional —como las graves violaciones de derechos humanos, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra— se registró tardíamente. Así, el genocidio, la tortura, la desaparición forzada y el desplazamiento forzado fueron tipificados como delitos en la legislación penal interna en julio de 2000[7]. Varios crímenes de guerra se tipificaron en el año 2000, cuando fue expedido un nuevo Código Penal[8].

1993 sobre la represión de las infracciones graves de los Convenios Internacionales de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y los Protocolos I y II, de 8 de junio de 1977, adicionales a los Convenios; Congo, Ley No. 8 - 98 *de 31 de octubre de 1998 sobre la represión al Genocidio, Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra*; Costa Rica, Código Penal de 1970; El Salvador, Código Penal de 1998; España, Ley Orgánica No. 10 de 1995; Etiopía, Código Penal de 1957; Francia, Ley de 1964 sobre imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad y el Código Penal de 1994; Guatemala, Decreto No 48-1995 de 1995; Hungría, Código Penal de 1978; India, *Geneva Conventions Act* de 1960; Luxemburgo, *Ley de 9 de enero de 1985 sobre la represión de las infracciones graves de los Convenios Internacionales de Ginebra*; Mauricio, *Geneva Convention Act* de 1970; Nueva Zelanda, *Geneva Conventions Act* de 1958; Nigeria, *Geneva Conventions Act* de 1960; Paraguay, Código Penal de 1997; Perú, Ley No. 26.926 de 1998; Portugal, Código Penal de 1996; Reino Unido, *Geneva Conventions Act* de 1957 y *War Crimes Act* de 1991; Venezuela, Código Penal de 1964; y Zimbabue, *Geneva Conventions Act* de 1981.

6 Ver entre otros: Alemania, Ley que introduce los crímenes bajo el derecho internacional en el Código Penal, de 2002; Argentina, Ley No. 26.200 de 2007, sobre la implementación del Estatuto de Roma; Australia, *International Criminal Court of Act* de 2002; Bosnia y Herzegovina, Ley de implementación del Estatuto de Roma y de cooperación con la Corte Penal Internacional de 2009; Burkina Faso, Ley No. 52-2009/AN de 2009; Burundi, Ley No. 1/004 de 2003; Canadá, *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* de 2000; Filipinas, *Act No. 9851 on Crimes against International Humanitarian Law, Genocide and Other Crimes against Humanity*, 2009; Fiji, Decreto No. 44 de 2009; Francia, Ley No. 2010-930 de 2010 de adaptación del Código Penal al Estatuto de Roma; Kenya, *International Crimes Act* de 2008; Nueva Zelanda, *International Crimes and International Criminal Court Act* de 2000; Países Bajos, *International Crimes Act*, de 2003; Portugal, Ley No. 31/2004; República de Corea, *Act No. 8719 on the Punishment of Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court*, de 2007; Sudáfrica, *Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act*, de 2002; Trinidad y Tobago, *International Criminal Court Act*, de 2006; Uganda, *International Criminal Court Act*, de 2010; y Uruguay, Ley No. 18.026 de 2006.

7 Ley No. 589 de 6 de julio de 2000, *Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones*, y Ley No. 599 de 24 de julio de 2000, *Por medio de la cual se expide el Código Penal*.

8 Artículos 135 a 164 de la Ley No. 599 de 24 de julio de 2000, *Por medio de la cual se expide el Código Penal*.

Así, en el enjuiciamiento y la sanción de los autores de crímenes bajo el derecho internacional, los tribunales nacionales se enfrentan frecuentemente a un obstáculo no despreciable: la ausencia de legislación penal vigente que tipificara estos comportamientos como delitos, para la época de los hechos, aun cuando para ese entonces ya constituían ilícitos penales internacionales. Este vacío en la legislación penal nacional ha sido frecuentemente invocado por las autoridades investigadoras y judiciales para no investigar, juzgar y sancionar a los autores y copartícipes de crímenes bajo el derecho internacional. Asimismo, en muchos casos, fiscales y jueces sólo investigan los hechos y procesan a sus autores por delitos menores u otros delitos que no reflejan la entidad criminal de los crímenes bajo el derecho internacional. Además, ello tiene varias consecuencias en cuanto al régimen jurídico que establece el derecho internacional para estos crímenes en materia de responsabilidad penal individual, amnistía y medidas similares, imprescriptibilidad, jurisdicción universal, extradición, cooperación internacional, refugio y asilo.

Generalmente, esta situación ha sido fuente generadora de impunidad. El experto sobre la cuestión de la impunidad de las Naciones Unidas Louis Joinet la calificó como una modalidad de impunidad de hecho o *de facto*[9]. Como lo ha señalado Sylvie Stoyanka Junod: "[n]o puede cometerse impunemente una violación del Derecho internacional basándose en el hecho de que ese acto o esa omisión no estaba prohibida por el derecho nacional cuando se cometió"[10].

En contextos donde se han tipificado, tardíamente, como delitos en la legislación interna los crímenes bajo el derecho internacional, como en Colombia, fiscales y jueces se enfrentan a un dilema jurídico: ¿pueden aplicar retroactivamente la ley penal nacional a hechos que cuando fueron cometidos ya constituían crímenes bajo el derecho internacional, sin violar los principios *nullum crimen sine lege* y de irretroactividad de la ley penal? El derecho internacional y el derecho comparado han resuelto afirmativamente esta crucial pregunta. Como lo señaló el doctrinante uruguayo Oscar López Goldaracena: "el expreso reconocimiento por la jurisprudencia sobre la

---

9 *Informe del Experto sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos civiles y políticos*, Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1995/18.

10 *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja - Plaza & Janés Editores Colombia S. A., Bogotá, noviembre de 1998, párrafo 4607.

vigencia de principio de *jus cogens* y del derecho consuetudinario al momento en que ocurrieron las violaciones a los derechos humanos en nuestros países, allana la discusión sobre los problemas que pudieran suscitarse en relación a la retroactividad de la norma penal y el principio de legalidad. No se trata de aplicar las normas sobre crímenes de lesa humanidad ni los nuevos tratados internacionales 'hacia el pasado', sino de entender que las convenciones internacionales no han hecho más que ratificar o reconocer normas de *jus cogens* que ya eran obligatorias para el Uruguay por encontrarse vigentes al momento en que sucedieron los hechos"[11].

---

[11] Oscar López Goldaracena, *Derecho Internacional y Crímenes contra la Humanidad*, Ed. Asociación Americana de Juristas - Rama Uruguaya, Montevideo, 1986, págs. 12-13.

II. Consideraciones generales

"La prohibición de medidas penales retroactivas es un principio fundamental de la justicia criminal y una norma consuetudinaria, incluso imperativa de derecho internacional, que debe ser observada en todas las circunstancias por los tribunales nacionales e internacionales"

Theodore Meron[12]

La prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (principio de no retroactividad de la ley penal o principio de irretroactividad de la ley penal) es un principio del derecho penal contemporáneo y está consagrado como un derecho fundamental en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos[13]. Igualmente este principio está consagrado por el Derecho Internacional Humanitario[14] y el Derecho Penal Internacional[15].

---

12 Meron, Theodore, *"War Crimes Law Comes of Age 244"*, citado en en Kenneth S. Gallant, *The Principle of* "Legality in International and Comparative Criminal Law", *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, 2009, pág. 3 (original en inglés, traducción libre).

13 *Declaración Universal de Derechos Humanos* (art. 11); *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 15); *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (art. 9); *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* (art. 7); *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* (art. 7); *Carta Árabe de Derechos Humanos* (art. 15); y *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (art. 19) ; y *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (art. 49).

14 Artículo 99 del *Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de Guerra de 1949* (III Convenio); artículo 67 del *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de Guerra* (IV Convenio); artículo 75 (4,c) del *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales* (Protocolo I); y artículo 6 (2,c) del *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional* (Protocolo II).

15 Véase, por ejemplo, el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (art. 22); el proyecto de *Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* y los informes de la Comisión

La jurisprudencia de las cortes y los órganos internacionales de derechos humanos ampliamente ha reiterado este principio y derecho[16]. El principio de la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal es absoluto y tiene vigencia en toda circunstancia y tiempo, incluyendo el estado de emergencia y tiempo de guerra. En efecto, los principales tratados de derechos humanos consagran que no ser condenado por actos u omisiones que no eran delictivos al momento en que fueron cometidos, es un derecho que no puede ser derogado en ningún tiempo[17].

Conforme a este principio fundamental, nadie puede ser procesado y condenado por un acto o una omisión que no constituía delito al momento de su comisión. El principio de no aplicación retroactiva de la ley penal es una salvaguarda esencial del derecho internacional, una "defensa del individuo contra la arbitrariedad"[18], y es una consecuencia del principio de legalidad de los delitos (*nullum crimen sine lege*). Pero asimismo es un elemento esencial del Estado de Derecho, como lo ha señalado la Corte Interamericana de

---

de Derecho Internacional de las Naciones Unidas de 1993 (Suplemento No. 10 [A/48/10], p.81) y 1994 (Suplemento No. 10 [A/49/10], p.321); *Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad*, S/25704 de 3 de mayo de 1993; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de 1ª Instancia, Sentencia de 12 de noviembre de 2002, *El Procurador c. Enver Hadzihasanovic y otros*, caso No. IT-901-47-PT; y Tribunal Especial para El Líbano, Sala de apelaciones, Decisión interlocutoria relativa al derecho aplicable de 16 de febrero de 2011, caso STL- I I-OI/I.

16 Ver, entre otros: Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 19 de marzo 2004, caso *David Michael Nicholas c. Australia*, Comunicación No. 1080/2002; Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencia de 18 de noviembre 2004, *De la Cruz Flores v. Perú,* Series C No. 115*,* Sentencia de de 31 de agosto 2004, caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*, Series C No. 111, Sentencia de 25 de noviembre 2005, caso *García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*, Series C No. 137, Sentencia de 20 de junio 2005, caso *Fermín Ramírez Vs. Guatemala*, Series C No. 126, y Sentencia de 26 de septiembre de 2006, caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, Serie C No. 154; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 13 de julio de 1995, caso *Tolstoy Miloslavsky c. El Reino Unido,* Sentencia de 25 de mayo de 1993, caso *Kokkinakis c. Grecia*, Sentencia de 22 de noviembre de 1995, caso *S.W. c. El Reino Unido*, Comunicación No. 20166/92*,* Sentencia de 19 de septiembre de 2008, caso *Korbely c. Hungría,* Comunicación No 9174/02, Sentencia de 22 de marzo de 2001, caso *Streletz, Kessler y Krenz c. Allemania,* Comunicación 34044/96, 35532/97y 44801/98, Sentencia de 22 de marzo de 2001, caso *K.-H.W c. Alemania*, Comunicación No. 37201/, Sentencia de 12 de octubre de 2007, caso *Jorgic c. Alemania,* Comunicación 74613/01*,* y Sentencia de 17de mayo 2010, caso *Kononov c. Letonia*, Comunicación No. 36376/04.

17 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (artículo 4), *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (artículo 15) y *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículo 27).

18 "Cuarto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial" en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1986 - Actas resumidas de las sesiones del trigésimo octavo período de sesiones 5 de mayo-11 de julio de 1986- Volumen II, Primera Parte,* A/CN.4/SER.A/1986/Add. l (Parte 1), párrafo 155.

Derechos Humanos: "[e]n un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo"[19]. Igualmente, está íntimamente ligado con el derecho a la seguridad jurídica, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o susceptible de persecución[20]. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

> «[E]n aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo antes de que ocurra la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales. Por otro lado, si esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos del principio de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva»[21].

El principio *nullum crimen sine lege* está vinculado estrechamente al derecho a "la seguridad de la persona"[22], puesto que busca salvaguardar el derecho de las personas a saber qué actos pueden llegar a ser penalizados y cuáles no[23]. En efecto, "el derecho penal enuncia normas de conducta que los individuos

---

[19] Sentencia de 31 de agosto de 2004, caso *Ricardo Canese c. Paraguay*, Serie C No. 111, párrafo 174. En el mismo sentido ver: caso *Baena Ricardo y otros,* párr. 107.

[20] Ver, entre otros: Sentencia de 31 de agosto de 2004, caso *Ricardo Canese c. Paraguay*, Serie C No. 111, párrafo 175; Sentencia de 18 de noviembre de 2004, caso *De la Cruz Flores c. Perú,* Serie C No. 115, párrafo 105; Sentencia de 30 de mayo de 1999, caso de *Castillo Petruzzi et al c. Perú*, párrafo 120.

[21] Sentencia de 18 de noviembre de 2004, caso *De la Cruz Flores c. Perú,* Serie C No. 115, párrafo 104.

[22] Artículo 3 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y Artículo I de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*.

[23] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Perú*, documento de la OEA OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., de 2 de junio de 2000, párrafo 80.

deben respetar"[24]. El principio de *nullum crimen sine lege* significa que, para criminalizar un comportamiento como ilícito penal, la conducta específica que se busca sancionar debe estar estrictamente tipificada en la ley como delito y la definición de todo delito penal debe ser precisa y libre de ambigüedad[25]. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado:

> «[Q]ue en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Esto implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad»[26].

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha precisado que el principio de legalidad de los delitos implica "el requisito de que la responsabilidad penal y la pena vengan determinadas exclusivamente por disposiciones claras

---

24 *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, Asamblea General de las Naciones Unidas, Documentos oficiales, Quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/51/10)*, pág. 90.

25 Véanse, entre otros, del Comité de Derechos Humanos: Observación general No. 29, *Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (art. 4),* párrafo 7, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, de 31 de agosto de 2001; las *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos* sobre: *República Democrática Popular de Corea*, CCPR/CO/72/PRK, de 27 de agosto de 2001, párrafo 14; *Bélgica*, CCPR/CO/81/BEL, de 12 de agosto de 2004, párrafo 24; *Islandia*, CCPR/CO/83/ISL, de 25 de abril de 2005, párrafo 10; *Estonia*, CCPR/CO/77/EST, de 15 de abril de 2003, párrafo 8; *Canadá*, CCPR/C/CAN/CO/5, de 20 de abril de 2006, párrafo 12; y M*arruecos*, CCPR/CO/82/MAR, de 1 de diciembre de 2004, párrafo 20; Corte Europea de Derechos Humanos: Sentencia de 25 de mayo de 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, Series A, No. 260-A, p.22, párrafo 52; y Sentencia de 22 de junio de 2000, *Cöeme c. Bélgica*, párrafo 11; Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencia de 30 de mayo de 1999, caso de *Castillo Petruzzi et al c. Perú*, párrafos 119, 120 y 121; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Perú*, *op. cit.* 8, párrafo 80, e *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, *op. cit.* 6, "Recomendaciones", No. 10 (a).

26 Sentencia de 30 de mayo de 1999, caso de *Castillo Petruzzi et al c. Perú*, párrafo 121. Ver igualmente, Sentencia de 31 de agosto de 2004, caso *Ricardo Canese c. Paraguay*, Serie C No. 111, párrafo 174.

y concretas de la ley en vigor y aplicable en el momento de cometerse el acto o la omisión, salvo que por la ley posterior se imponga una pena más leve"[27]. Así, las definiciones vagas, ambiguas e imprecisas contravienen el Derecho internacional de los derechos humanos y las "condiciones generales estipuladas por el derecho internacional"[28].

No obstante el principio de legalidad de los delitos no se limita a la aplicación de la ley nacional. Más allá de una regla de derecho comparado, el principio *nullum crimen sine lege* es un principio del derecho internacional, que se refiere tanto al derecho nacional como al derecho internacional[29]. Si bien el principio de legalidad de los delitos se ha traducido en los sistemas penales nacionales de tradición jurídica de derecho continental en la fórmula *nullum crimen sine lege nulla poena sine lege*, en los sistemas jurídicos del *Common Law* éste se tradujo bajo la fórmula *nullum crimen sine iure*[30].

En derecho internacional, el principio de legalidad de los delitos se contrae a la fórmula *nullum crimen sine lege*. No obstante, dado que el principio abarca tanto el derecho nacional como el internacional, y que éste se halla igualmente conformado por el derecho internacional consuetudinario, varios autores

---

[27] Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 29, Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (art. 4),* párrafo 7.

[28] *Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de Jueces y Abogados*, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1998/39/Add.1, párrafo 129. Véase también *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos - Portugal (Macau)*, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.115, de 4 de noviembre de 1999, párrafo 12; *Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos* sobre *Argelia*, CCPR/C/79/Add.95, de 18 de agosto de 1998, párrafo 11; *Egipto*, CCPR/C/79/Add.23, de 9 de agosto de 1993, párrafo 8; y *Perú*, CCPR/C/79/Add.67, de 25 de julio de 1996, párrafo 12; y *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos* sobre: *República Democrática Popular de Corea*, CCPR/CO/72/PRK, de 27 de agosto de 2001, párrafo 14; *Bélgica*, CCPR/CO/81/BEL, de 12 de agosto de 2004, párrafo 24; *Islandia*, CCPR/CO/83/ISL, de 25 de abril de 2005, párrafo 10; *Estonia*, CCPR/CO/77/EST, de 15 de abril de 2003, párrafo 8; y *Canadá*, CCPR/C/CAN/CO/5, de 20 de abril de 2006, párrafo 12. Véase también de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1983-1984*, p.85, párrafo 7, y *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*, *op. cit.* 8, párrafo 80.

[29] Artículo 15 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Artículo 7 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Artículo 9 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Principio I de los *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del Tribunal de Nuremberg* (aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950).

[30] Antonio Pagliaro, "Límites a la unificación del Derecho penal europeo" (traducción de Carlos Suárez González), en *Hacia un Derecho penal económico europeo -Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Ed. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1995, págs. 690-691.

consideran que la fórmula *nullum crimen sine iure* refleja más la naturaleza y el alcance del principio de legalidad de los delitos[31].

El Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (TIPY) ha recordado que "[l]os principios *nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege* son reconocidos por los principales sistemas de justicia penal del mundo como principios fundamentales del derecho penal. Otro principio fundamental es la prohibición de leyes penales posteriores a los hechos con el corolario de que la aplicación de leyes y sanciones penales no puede ser retroactiva. Los términos también deben ser explícitos y cualquier ambigüedad debe ser prohibida en las leyes penales. Estas reglas constituyen los pilares del principio de legalidad. Si estos principios no son respetados, no puede haber incriminación"[32]. No obstante, el TIPY ha señalado que el alcance de estos principios es distinto, esencialmente porque "las modalidades de incriminación son diferentes en los sistemas internos y los sistemas internacionales de justicia penal"[33]. Mientras que en el plano nacional la ley nacional define la conducta prohibida y fija el momento a partir del cual esta es ilegal, en el plano internacional, la criminalización del comportamiento se hace mediante tratados o la costumbre.

En ese sentido, Rodolfo Mattarollo precisa que "[e]n el derecho penal internacional […] el principio de legalidad […] tiene características peculiares y se ha expresado de una manera que le es propia: *nullum crimen sine iure*, lo que significa que las incriminaciones deben tener una base normativa y no ser arbitrarias, aunque las penas no estén formuladas de manera expresa y específica. El principio de legalidad en el derecho penal internacional parte de una distinción fundamental entre la norma de comportamiento y la norma de represión. La costumbre puede dar nacimiento a la norma de comportamiento: un comportamiento se convertirá en algo prohibido porque la mayoría de los Estados se abstienen con la conciencia de ejecutar así una obligación jurídica. […] Dicho principio exige un texto, pero solamente para la norma de comportamiento y como prueba de la existencia de la costumbre. Esto es

---

31 Ver entre otros : Matchled Boot, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the Internastional Criminal Court,* Ed. Intersentia, 2001; y Rodolfo Mattarollo, "La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad", en Comisión Internacional de Juristas, *La Revista*, No. 62-63, Ginebra, julio de 2003, pág. 26.

32 Sentencia de 16 de noviembre 1998, *El Procurador c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo* ("caso *Celebici*"), caso No. IT-96-21-T, párrafo 402 (original en francés, traducción libre).

33 *Ibíd.*, párrafo 403 (original en francés, traducción libre).

necesario para definir este comportamiento como criminal y no sólo como ilícito, distinción que la costumbre, no formulada en un texto, no siempre hace aparecer en forma clara. Pero la norma de represión es una consecuencia de la norma consuetudinaria de comportamiento. Exigir identificar de la misma forma una norma consuetudinaria de represión equivaldría a exigir una costumbre de la trasgresión"[34].

Por otro lado, los tratados internacionales que establecen crímenes bajo el derecho internacional no prescriben las sanciones a imponer y se limitan a establecer el criterio de proporcionalidad de las penas de acuerdo con la gravedad del crimen[35]. Este aspecto es dejado a la legislación nacional o a los tribunales internacionales. La ausencia de penalidades en los instrumentos internacionales no vulnera el principio de legalidad de los delitos en el ámbito del derecho internacional. Desde los estatutos de los tribunales de Nuremberg y de Tokio, pasando por los tratados internacionales contra el terrorismo, la Convención contra el Genocidio, las convenciones sobre tortura o sobre la desaparición forzada de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, casi la totalidad de los tratados de derecho penal no prevén las penas específicas para los delitos que tipifican. Así, el profesor Cherif Bassiouni señala que ninguno de los 315 instrumentos de derecho penal internacional elaborados entre 1815 y 1988 incluye las sanciones respectivas, por lo que concluye que "la ausencia confirma una regla consuetudinaria de la aplicación del derecho internacional según la cual las penas por analogía son válidas"[36].

---

34 Rodolfo Mattarollo, "La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad", en Comisión Internacional de Juristas, *La Revista*, No. 62-63, Ginebra, julio de 2003, pág. 26.

35 Ver por ejemplo: *Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles Inhumanos y Degradantes* (artículo 4,2); *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículo 7); Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* (artículo 3,3); *Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación, y el entrenamiento de los mercenarios* (artículo 5); *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* (artículo 6); *y Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Persona* (artículo III).

36 Cherif Bassiouni en *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 1992, pág. 111 (original en inglés, traducción libre).

III. Normas y estándares internacionales de derechos humanos

"Ante la gravedad de determinados delitos, las normas de derecho internacional consuetudinario y convencional establecen el deber de juzgar a sus responsables"

Corte Interamericana de Derechos Humanos[37]

Los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen expresas cláusulas sobre el principio de irretroactividad del derecho penal, así como el concepto de derecho penal aplicable. Asimismo, la jurisprudencia de los órganos de control y de las cortes de derechos humanos ha abordado la cuestión de la aplicación retroactiva de la ley penal nacional por crímenes bajo el derecho internacional.

1. Sistema Universal de Derechos Humanos

Desde la perspectiva normativa, dos instrumentos son esenciales en la materia: la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

El artículo 11 (2) de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* prescribe que:

> «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito».

---

[37] Caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay*, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párrafo 128.

El artículo 15 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* prescribe que:

> «1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. […]
>
> «2. 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.»

Los *travaux préparatoires* del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* resultan relevantes en esta materia. La inclusión de la referencia al derecho internacional en el primer párrafo del artículo 15 fue iniciativa de Francia y Uruguay. Esta inclusión tenía el propósito de impedir que autores de crímenes bajo el derecho internacional pudieran quedar impunes y escapar a la justicia, cuando estos comportamientos ilícitos no estaban tipificados como delitos en la legislación penal nacional de un Estado[38]. Durante los debates del Tercer Comité de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se cristalizó un consenso de los Estados sobre el entendimiento de que la expresión "derecho internacional" abarcaba tanto los tratados internacionales como el derecho internacional consuetudinario[39].

La noción de "principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional", empleada en el segundo párrafo del artículo 15, tiene similar alcance a la referencia al "derecho internacional" del primer párrafo del artículo 15. Así, como lo señala Manfred Nowak, de conformidad con esta disposición, "una persona puede ser condenada por un acto u omisión que no era punible bajo el derecho nacional al momento de su comisión, siempre y cuando estos eran punibles bajo el derecho de los tratados internacionales o bajo el derecho internacional consuetudinario vigentes para la época en que

---

38 Ver, Manfred Nowak, U.N. *Covenant on Civil and Politicals Rights – CCPR Commentary*, Ed. Engel, Publisher, 2ª Edición Revisada, Alemania/Francia/Estados Unidos, 2005, pág. 360.

39 *Ibídem*.

fue cometido"[40]. No obstante, es claro que el segundo párrafo del artículo 15 está centrado en los crímenes prescritos por el derecho internacional consuetudinario. Estos abarcan el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otras graves violaciones de derechos humanos, como la esclavitud, la tortura, la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial.

Respecto de estas últimas, cabe señalar que el Comité de Derechos Humanos ha calificado reiteradamente como graves violaciones de derechos humanos las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada y la tortura[41]. Asimismo, el Comité ha concluido que "[l]os Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de Derecho Internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad"[42]. El Comité igualmente señaló que, bajo ninguna circunstancia, se pueden cometer actos tales como secuestro, detención no reconocida, deportación o traslado forzoso de población sin motivos autorizados por el derecho internacional y apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

El Comité de Derechos Humanos ha precisado que "según el párrafo 1 del artículo 15, es necesario que el acto u omisión por el que se condena a un acusado constituya 'delito'. Si un acto u omisión debe traducirse en una condena penal no es cuestión que pueda determinarse en abstracto; por el contrario, se trata de una cuestión a la que sólo se puede responder tras un juicio en el que se presenten pruebas que produzcan la convicción necesaria acerca de los elementos del delito. Si no puede probarse debidamente la existencia de un elemento necesario del delito, según se tipifica en el derecho nacional (o internacional), la conclusión es que la condena del acusado de ese acto u omisión quebrantaría el principio *nullum crimen sine lege*, así como la seguridad jurídica estipulados en el párrafo 1 del artículo 15"[43].

---

40 *Ibídem* (original en inglés, traducción libre).

41 Ver por ejemplo, la decisión de 29 de marzo de 1982, Comunicación N° 30/1978, caso *Bleier Lewhoff y Valiño de Bleier c. Uruguay*; la decisión de 31 de marzo de 1982, Comunicación N° 45/1979, caso *Pedro Pablo Carmargo c. Colombia*; y *Observaciones finales - Burundi*, de 3de agosto 1994, párrafo 9.

42 *Observación general Nº 29, "Estados de emergencia (artículo 4)*, párrafo 11.

43 Dictamen de 19 de marzo de 2004, caso *David Michael Nicholas c. Australia*, Comunicación No. 1080/2002, párrafo 7,5.

El Comité de Derechos Humanos tiene una importante jurisprudencia sobre la cuestión del principio de legalidad de los delitos y de la aplicación retroactiva de la ley penal. No obstante, en materia de aplicación retroactiva de la ley penal nacional por hechos que al momento de su comisión eran constitutivos de crímenes bajo el derecho internacional, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos es menos que profusa y se limita, hasta la fecha, a un solo caso: *Klaus Dieter Baumgarten c. Alemania*.

En efecto, la cuestión de la aplicación retroactiva de la ley nacional para delitos bajo el derecho internacional fue examinada por el Comité de Derechos Humanos en el caso *Klaus Dieter Baumgarten c. Alemania*. Este caso hace referencia a la condena del Viceministro de Defensa y Jefe de las Tropas de la Frontera (*Chef der Grenztruppen*) de la antigua República Democrática Alemana (RDA), por varios asesinatos o intentos de asesinato por los guardias de fronteras, cuando las personas intentaban cruzar la frontera entre la antigua RDA y la República Federal de Alemania (RFA), hechos conocidos como las ejecuciones del muro de Berlín. Para la época de tales sucesos, estos homicidios no eran considerados delitos por los tribunales de la RDA, toda vez que la legislación interna autorizaba el uso de la fuerza letal para impedir la fuga hacia territorio de la RFA[44]. En 1996, Baumgarten fue condenado por esos hechos por el Tribunal Regional de Berlín, el cual descartó la aplicación de la legislación de la ex RDA que justificaba los homicidios y exoneraba de responsabilidad a sus autores. Baumgarten acudió al Comité de Derechos Humanos, invocando la aplicación retroactiva de la ley penal, al considerar que en virtud de la legislación penal en vigor en la RDA para el momento de los hechos, los actos por los cuales se le condenó en 1996 no eran punibles. Asimismo, argumentó que esos actos tampoco "eran delictivos con arreglo al derecho internacional, ni con arreglo a los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional"[45].

El Comité de Derechos Humanos observó que "la naturaleza específica de cualquier violación del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto le exige que examine si

---

[44] Artículo 258 del Código Penal y artículos 17 y 20 de la Ley de policía del pueblo de la República Democrática Alemana y Ordenes No. 80/79 de 6 de octubre de 1979, No. 80/80 de 10 de octubre de 1980, No. 80/81 de 6 de octubre de 1981, No. 80/83 de 10 de octubre de 1983, No. 80/84 de 9 de octubre de 1984, No. 80/85 de 18 de octubre de 1985, No. 80/86 de 15 de octubre de 1986 y No. 80/88 de 26 de septiembre de 1988

[45] Dictamen de 31 de julio de 2003, caso *Klaus Dieter Baumgarten c. Alemania*, Comunicación No. 960/2000, párrafo 5.6.

la interpretación y aplicación de la legislación penal pertinente por los tribunales nacionales en una causa determinada parece poner de manifiesto una violación de la prohibición de imponer un castigo con carácter retroactivo o un castigo no basado en el derecho"[46]. El Comité consideró que, independientemente de lo establecido por la legislación nacional al momento de los homicidios y como Estado parte del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, la RDA tenía la obligación de garantizar el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida y por tanto debía "evitar que sus propias fuerzas de seguridad maten de forma arbitraria". Así, el Comité consideró que las ejecuciones del muro de Berlín constituían un "uso desproporcionado de la fuerza letal [que] era criminal de acuerdo con los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional ya en el momento en que el autor cometió sus actos"[47]. Finalmente, el Comité concluyó que no se había configurado violación alguna al artículo 15 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

En algunas observaciones y conclusiones sobre países, el Comité de Derechos Humanos ha instado a los Estados a aplicar retroactivamente la ley penal nacional frente a actos que eran constitutivos de graves violaciones de derechos humanos al momento de su comisión. Así, por ejemplo, en el caso de Argentina y ante la situación creada por las leyes de amnistía de ese país (ley de obediencia debida, ley de punto final y los indultos presidenciales), el Comité señaló que "[l]as violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores"[48].

2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* o Pacto de San José, en su artículo 9 "Principio de Legalidad y de Retroactividad", prescribe que:

> «Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.»

---

46 *Ibíd.*, párrafo 9,3.
47 *Ibíd.*, párrafo 9,4.
48 "Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina", de 3 de noviembre 2000, documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/70/ARG, párrafo 9.

Esta cláusula estuvo presente desde el principio del proceso de elaboración y negociación del Pacto de San José. Así, cabe destacar que en el proyecto de *Convención sobre derechos humanos*, aprobado por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos[49], se incorporó en el artículo 7 el texto siguiente: "[n]adie será ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable". En su dictamen sobre este proyecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que el texto del artículo 7 debía mantenerse[50].

El artículo 9 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* no fue objeto de grandes debates ni diferendos durante el proceso de redacción y negociación del tratado. En ese sentido los *travaux préparatoires* no son de gran utilidad. Sin embargo, resulta relevante destacar la intervención del Presidente de la Comisión I que negoció esta norma, el Embajador Gonzalo García Bustillos. En la sesión del 13 de noviembre de 1969, ante una propuesta de enmienda aclaratoria del alcance de la noción "derecho aplicable" formulada por el delegado del Estado colombiano, el Presidente García Bustillos aclaró "que no era necesario especificar 'derecho nacional o internacional' puesto que la expresión 'derecho aplicable' lo comprendía todo"[51]. La doctrina ha señalado igualmente que la noción de "derecho aplicable", empleada por el artículo 9 de la *Convención Americana*, abarca tanto el derecho nacional como el internacional[52].

Existe una amplia jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos sobre la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal nacional[53]. No obstante, la jurisprudencia relativa a la aplicación retroactiva de la ley penal nacional por crímenes bajo el derecho internacional

---

49 Acta final, Santiago de Chile, septiembre 1959, doc. CIJ-43.

50 OEA/Ser/.L/V/II.15/doc.26.

51 *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969 – Actas y Documentos*, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pág. 206.

52 Ver entre otros: Héctor Faúnez Ledesma, *Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (El Derecho a un juicio Justo)*, Ed. Universidad Central de Venezuela – Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1992, pág. 361; y Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima 1989, 2ª Edición, página 131.

53 Ver por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 121/10 de 23 de octubre de 2010, caso 12.431, *Carlos Alberto Mojoli Vargas (Paraguay)* e *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/ll.116, Doc. 5 rev. 1 corr. de 22 octubre 2002, párrafos 222 y 225.

es escasa. No obstante, la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile* marca un hito en esta materia en el sistema interamericano.

El caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*[54] se refiere a la detención y ejecución extrajudicial de Luis Alfredo Almonacid Arellano —militante del Partido Comunista y candidato a regidor del mismo, secretario provincial de la Central Unitaria de Trabajadores y dirigente gremial del magisterio— por carabineros en septiembre de 1973, a los pocos días del golpe militar del General Augusto Pinochet Ugarte. Un proceso penal fue abierto por el homicidio de Luis Alfredo Almonacid Arellano que culminó en un sobreseimiento temporal de la causa en 1974. Posteriormente, el régimen militar promulgó una ley de autoamnistía (Decreto Ley No. 2.191 de 18 de abril de 1978). En 1992, la viuda de Luis Alfredo Almonacid Arellano interpuso una querella criminal por el homicidio de su esposo ante la jurisdicción ordinaria y solicitó la reapertura de la causa penal sobreseída temporalmente en 1974. La causa fue reabierta, el juez ordinario se declaró incompetente y el proceso fue remitido a la jurisdicción penal militar. Luego de un tortuoso y dilatado trámite, en 1997 un juzgado penal militar dictó sobreseimiento total y definitivo de la causa en aplicación de la ley de autoamnistía. En 1998, la Corte Suprema de Justicia convalidó la decisión de la jurisdicción penal militar y ordenó el archivo de la causa. Los familiares de Luis Alfredo Almonacid Arellano acudieron al sistema interamericano por violación a las garantías judiciales (artículos 8 y 25 de la *Convención Americana*) y de las obligaciones de respetar los derechos humanos y adoptar las disposiciones de derecho interno para ello (artículos 1 y 2 de la *Convención Americana*).

Al estudiar el caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos primeramente examinó la naturaleza y caracterización del delito de que fue víctima Luis Alfredo Almonacid Arellano, esto es "si el homicidio del señor Almonacid Arellano constituye o no un crimen de lesa humanidad"[55]. La Corte concluyó que, a la luz del derecho internacional vigente[56] para la época de los

---

54 Caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154.

55 *bíd.*, párrafo 90.

56 La Corte citó, entre otros instrumentos : el *Convenio de la Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre* de 1907; *Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo*, de 1945; el *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg*; el *Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los principales criminales de guerra del Lejano Oriente*;

hechos, "hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens,* y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general"[57].

Al analizar el contexto en el cual se produjo el homicidio de Almonacid Arellano, la Corte constató que, según lo probado, "desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990 gobernó en Chile una dictadura militar que dentro de una política de Estado encaminada a causar miedo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, mediante una serie de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, entre las que se cuentan al menos 3.197 víctimas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, y 33.221 detenidos, de quienes una inmensa mayoría fue víctima de tortura […]. De igual forma, la Corte tuvo por probado que la época más violenta de todo este período represivo correspondió a los primeros meses del gobierno de facto. Cerca del 57% de todas las muertes y desapariciones, y el 61% de las detenciones ocurrieron en los primeros meses de la dictadura. La ejecución del señor Almonacid Arellano precisamente se produjo en esa época"[58]. Finalmente, la Corte concluyó que el homicidio de Almonacid Arellano, cometido dentro de un patrón sistemático y generalizado contra la población civil, constituyó un crimen de lesa humanidad[59] y "formó parte de una política de Estado de represión a sectores de la sociedad civil"[60].

Luego de recordar que bajo el derecho internacional estos crímenes no eran susceptibles de amnistías u otras medidas similares y que el Estado chileno no

---

la *Ley del Consejo de Control No. 10*; las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 95(I) de 11 de diciembre de 1946 y 177 (II) de 21 de noviembre de 1947 ; los *Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las Sentencias del Tribunal*, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950 (A/CN.4/34); y la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de la humanidad*.

57 Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párrafo 99.

58 *Ibíd.*, párrafo 103.

59 *Ibíd.*, párrafo 104.

60 *Ibíd.*, párrafo 129.

podía invocar su legislación interna (como el Decreto Ley de autoamnistía) para exonerarse de su obligación internacional de juzgar y castigar a los autores de crímenes de lesa humanidad, la Corte señaló que "el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables"[61].

La Corte precisó que el "principio *ne bis in idem*, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia[62]. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta'[63]. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*"[64].

En el caso *Gelman Vs. Uruguay*, la Corte Interamericana reiteró su jurisprudencia al señalar que "el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo"[65].

---

61 *Ibíd.*, párrafo 151.

62 *Cfr. Cfr.* O.N.U., Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, art. 20; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, S/Res/827, 1993, art. 10, y Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, S/Res/955, 8 de noviembre de 1994, art. 9.

63 *Cfr. Caso Carpio Nicolle y otros*. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párr. 131.

64 Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párrafo 154.

65 Caso *Gelman Vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párrafo 254.

3. Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos

El *Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* prescribe a su artículo 7:

> «1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. […]
>
> «2. 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.»

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha precisado que el artículo 7 del *Convenio Europeo* no sólo consagra la prohibición de la aplicación retroactiva del derecho penal sino que consagra el principio de legalidad de los delitos (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)[66]. Igualmente, el Tribunal Europeo ha precisado que la noción de ley ("law" y "droit") empleada por el artículo 7 del *Convenio Europeo* englobaba "tanto el derecho escrito como no escrito"[67]. Asimismo, recordando su jurisprudencia sobre esta última condición, el Tribunal ha precisado que por más clara que sea la redacción de una norma penal, en cualquier sistema jurídico "existe un infaltable elemento de interpretación judicial" y que la jurisprudencia es fuente de derecho que

---

[66] Ver: Sentencia de 13 de julio de 1995, caso *Tolstoy Miloslavsky c. El Reino Unido;* Sentencia de 25 de mayo de 1993, caso *Kokkinakis c. Grecia*; Sentencia de 22 de noviembre de 1995, caso *S.W. c. El Reino Unido*, Comunicación No. 20166/92*;* Sentencia de 19 de septiembre de 2008, caso *Korbely c. Hungría,* Comunicación No 9174/02; Sentencia de 22 de marzo de 2001, caso *Streletz, Kessler y Krenz c. Allemania,* Comunicación 34044/96, 35532/97y 44801/98; Sentencia de 22 de marzo de 2001, caso *K.-H.W c. Alemania*, Comunicación No. 37201/; Sentencia de 12 de octubre de 2007, caso *Jorgic c. Alemania,* Comunicación 74613/01*;* y Sentencia de 17de mayo 2010, caso *Kononov c. Letonia*, Comunicación No. 36376/04.

[67] Sentencia de 13 de julio de 1995, caso *Tolstoy Miloslavsky c. El Reino Unido*, párrafo 37 ; Sentencia de 22 de marzo de 2001, caso *Streletz, Kessler y Krenz c. Allemania, Comunicación 34044/96, 35532/97y 44801/98,* párrafo 57*;* Sentencia de 17de mayo 2010, caso *Kononov c. Letonia*, Comunicación No. 36376/04, párrafo 185.

contribuye al desarrollo progresivo del derecho penal[68]. Si bien una infracción debe estar claramente definida en la ley, el Tribunal ha igualmente precisado que no es necesario que todos sus elementos estén definidos en la norma y lo esencial es que el comportamiento prohibido esté definido de manera general, de tal suerte que el principio de legalidad de los delitos se encuentra protegido "cuando el justiciable puede saber a partir de la redacción de la disposición pertinente y, si es necesario, con su interpretación por los tribunales, qué actos y omisiones comprometen su responsabilidad penal"[69].

El Tribunal Europeo ha examinado la cuestión del principio de legalidad de los delitos en varios casos. No obstante, las cuestiones relativas al principio de legalidad de los delitos y el derecho internacional, así como a la aplicación de la aplicación retroactiva de la ley penal nacional por crímenes bajo el derecho internacional, han sido examinadas por el Tribunal Europeo a partir del año 2000 en casos relativos a personas que cometieron crímenes de guerra durante la II Guerra Mundial (caso *Kononov c. Letonia*), durante la ocupación soviética (caso *Kolk y Kislyiy c. Estonia)* o que fueron condenadas por las "ejecuciones del muro de Berlín" (casos *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania y K.-H.W. c. Alemania)*.

i) "Las ejecuciones del muro de Berlín"

El caso *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*[70] hace referencia al juzgamiento y condena de Fritz Streletz, Heinz Kessler y Egon Krenz, por la muerte de varios ciudadanos de la República Democrática de Alemania (RDA) cuando intentaban huir hacia la República Federal de Alemania (RFA), hechos conocidos como "las ejecuciones del muro de Berlín". Para la fecha de los hechos, la legislación interna de la RDA autorizaba el uso de la fuerza letal para impedir la fuga hacia territorio de la RFA. Así, fueron instalados sistemas

---

68 Sentencia de 19 de septiembre de 2008, caso *Korbely c. Hungría,* Comunicación No 9174/02, párrafos 69-71; Sentencia de 22 de marzo de 2001, caso *Streletz, Kessler y Krenz c. Allemania, Comunicación 34044/96, 35532/97y 44801/98,* párrafo 82 ; Sentencia de 22 de marzo de 2001, caso *K.-H.W c. Alemania*, Comunicación No. 37201/97párrafo 85 ; Sentencia de 12 de octubre de 2007, caso *Jorgic c. Alemania,* Comunicación 74613/01, párrafos101-109*;* y Sentencia de 17de mayo 2010, caso *Kononov c. Letonia*, Comunicación No. 36376/04, párrafo 185.

69 Sentencia de 25 de mayo de 1993, caso *Kokkinakis c. Grecia*, párrafo 52 y Sentencia de 22 de noviembre de 1995, caso *S.W. c. El Reino Unido*, Comunicación No. 20166/92, párrafo 35.

70 Sentencia de 22 de marzo de 2001, caso *K.-H.W. c. Alemania,* Comunicación 34044/96, 35532/97y 44801/98.

de disparos automáticos y minas antipersonales y los guardia-fronteras recibieron órdenes de disparar contra los fugitivos. Streletz, Kessler y Krenz ocupaban altos cargos en el Consejo Nacional de Defensa, el Comité Central del Partido Comunista, el Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional del Pueblo, entidades responsables de esta legislación y órdenes. Luego de la reunificación de Alemania, un tribunal de Berlín juzgó y condenó a Streletz y Kessler en 1993, aplicando tanto la legislación penal de la RDA en vigor para la época de los hechos, como el Código penal de la RFA, por incitación al homicidio voluntario. En segunda instancia, en 1994, la Corte Suprema de Justicia condenó a Streletz y Kessler como autores intelectuales de homicidio voluntario, aplicando el Código penal de la RFA. Los condenados impugnaron esta sentencia ante la Corte Constitucional, argumentando que la Corte Suprema había violado el principio de irretroactividad de la ley penal, pues la legislación aplicable era la de la RDA, la cual justificaba los hechos e impedía que se les juzgara por estos. La Corte Constitucional rechazó las pretensiones de los demandantes en 1996. Krenz fue juzgado y condenado en 1997 como autor intelectual de varios homicidios voluntarios. En su sentencia condenatoria, el tribunal regional de Berlín aplicó tanto la legislación penal de la RDA en vigor para la época de los hechos, como el Código penal de la RFA.

Streletz, Kessler y Krenz acudieron al Tribunal Europeo por violación del artículo 7 (1) del *Convenio Europeo*, pues según argumentaron, los hechos por los cuales habían sido condenados no constituían para la época delitos, ni bajo el derecho penal de la RDA ni bajo el derecho internacional[71]. Los tres alegaron que, para la fecha de los hechos, la legislación aplicable en la RDA autorizaba el empleo de la fuerza letal contra quienes intentaban huir del país.

El Tribunal Europeo consideró que, incluso bajo la legislación penal de la RDA para la época de los hechos, los homicidios por los cuales fueron condenados Streletz, Kessler y Krenz constituían delitos, con lo cual existía una base legal para procesarlos y condenarlos[72]. Pero asimismo, el Tribunal consideró que, para la fecha de los hechos, estos comportamientos constituían "delitos definidos con suficiente accesibilidad y previsibilidad por las normas de Derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos"[73],

---

[71] *Ibíd*., párrafo 46.
[72] *Ibíd*., párrafo 55.
[73] *Ibíd*., párrafo 105 (original en francés, traducción libre).

e incluso podían ser considerados crímenes de lesa humanidad[74]. Así, según el Tribunal, era previsible para los tres condenados que sus conductas eran punibles tanto bajo el derecho nacional como el derecho internacional.

Respecto al argumento de que estos comportamientos eran lícitos bajo la derecho de la RDA, el Tribunal consideró que "la razón de Estado […] debe respetar la necesidad de preservar la vida humana […] teniendo en cuenta que el derecho a la vida era, ya para el momento de los hechos, el valor supremo en la escala de los derechos humanos a nivel internacional"[75]. Así, el Tribunal consideró que el uso de sistemas de disparos automáticos y minas antipersonales, tanto como las órdenes dadas a los guardia-fronteras de disparar contra los fugitivos eran, por su naturaleza indiscriminada y "ciega", una violación flagrante de los derechos humanos fundamentales[76]. El Tribunal consideró que "es legítimo para un Estado de Derecho iniciar acciones penales contra las personas que han cometido delitos en virtud de un régimen anterior, y del mismo modo, no se puede reprochar a los tribunales de dicho Estado, que sucedieron a los que anteriormente existían, de aplicar e interpretar las disposiciones legales existentes al momento de los hechos a la luz de los principios del imperio de la ley"[77]. Asimismo, el Tribunal señaló que "una práctica estatal, como aquella de la RDA para la vigilancia de la frontera, que viola flagrantemente los derechos fundamentales y especialmente el derecho a la vida, valor supremo en la escala de los derechos humanos a nivel internacional, no puede ser protegida por el artículo 7 (1) del Convenio. Esta práctica, […] que era impuesta a todos los órganos estatales, incluyendo el poder judicial, no puede ser calificada de 'derecho', en el sentido del artículo 7 del Convenio"[78]. El Tribunal concluyó que la "apariencia de legalidad" para instaurar una práctica flagrantemente violatoria de los derechos fundamentales no podía estar amparada por el artículo 7 del Convenio[79].

El caso *K.-H.W. c. Alemania*[80] es muy similar al de *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania,* y está referido al procesamiento y condena en 1993 de un guardia

---

74 *Ibíd*., párrafo 106.
75 *Ibíd*., párrafo 72 (original en francés, traducción libre).
76 *Ibíd*., párrafo 73.
77 *Ibíd*., párrafo 81 (original en francés, traducción libre).
78 *Ibíd*., párrafo 87 (original en francés, traducción libre).
79 *Ibídem*.
80 Sentencia de 22 de marzo, *K.-H.W. c. Alemania,* Comunicación No. 77201/97.

frontera de la RDA por la ejecución extrajudicial de un ciudadano que intentaba huir hacia la RFA en 1972. Las consideraciones jurídicas y conclusiones del Tribunal Europeo son similares a las del caso *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*.

ii) El caso Kolk y Kislyiy c. Estonia

El caso *Kolk y Kislyiy c. Estonia*[81] hace referencia a dos personas condenadas en 2003 por un tribunal estonio por crímenes de lesa humanidad (deportación de población civil) cometidos en 1949. Para la fecha de los hechos, Estonia estaba bajo soberanía de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y era aplicable en el territorio estonio el Código Criminal de 1946 de la República Socialista Federal Rusa, el cual no incluía crímenes de lesa humanidad en el catálogo de delitos. El tribunal estonio aplicó el Código Penal de Estonia de 1992, con su reforma de 1994 sobre crímenes de lesa humanidad, e invocó igualmente el *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg* y la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de la humanidad*. Kolk y Kislyiy acudieron al Tribunal Europeo invocando la violación del artículo 7 del *Convenio Europeo*.

Al examinar el caso, el Tribunal Europeo consideró que para la fecha de los hechos, los actos por los cuales habían sido condenados Kolk y Kislyiy eran constitutivos de crímenes bajo el *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg*. Igualmente, el Tribunal Europeo recordó que, de conformidad con la resolución 95(I) de 11 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Estatuto y la Sentencia del Tribunal de Nuremberg habían sido reconocidos como principios generales del derecho internacional y que los *Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las Sentencias del Tribunal*, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950, prescribían que "[t]oda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción" (principio I). Asimismo, el Tribunal Europeo invocó la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de la humanidad*.

---

[81] Decisión de no admisibilidad de 17 de enero de 2006, caso *Kolk y Kislyiy c. Estonia,* Comunicaciones Nos. 23052/04 y 24018/04.

El Tribunal Europeo reiteró que "el artículo 7 (2) del Convenio [Europeo] expresamente establece que este artículo no impedirá el juicio y el castigo de un persona por todo acto u omisión que, al momento de cometerse, fuera constitutivo de delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es cierto respecto a los crímenes de lesa humanidad, frente a los cuales la regla de la imprescriptibilidad fue establecida por la Carta del Tribunal Internacional de Nuremberg"[82]. Igualmente, el Tribunal Europeo señaló que si los actos cometidos por los demandantes fueron considerados como legales bajo el derecho soviético para la época de los hechos, ello no impide que los tribunales estonios consideren que estos actos constituyeron, para el momento de su comisión, crímenes de lesa humanidad bajo el derecho internacional. El Tribunal Europeo aseveró que "no ve ninguna razón para llegar a una conclusión diferente. Cabe destacar en este contexto en el que la Unión Soviética era parte en el Acuerdo de Londres de 8 de agosto 1945 por el que se promulgó la Carta de Nuremberg. Además, el 11 de diciembre 1946 la Asamblea General de Naciones Unidas, afirmó los principios de Derecho internacional reconocidos por la Carta. En tanto la Unión Soviética Unión era un Estado miembro de las Naciones Unidas, no se puede afirmar que estos principios eran desconocidos para las autoridades soviéticas. El Tribunal considera infundadas las alegaciones de los demandantes de que sus actos no constituían crímenes de lesa humanidad en el momento de su comisión y que no pudieran razonablemente ser conscientes de ello"[83]. En conclusión, el Tribunal Europeo rechazó la demanda de Kolk y Kislyiy y conluyó que no se habían violado los principios de legalidad e irretroactividad del derecho penal.

iii) El caso Kononov c. Letonia

En el caso *Kononov c. Letonia*, el Tribunal Europeo examinó ampliamente la cuestión de la aplicación retroactiva de la ley penal nacional en casos de hechos constitutivos de crímenes bajo el derecho internacional[84]. En el año 2000, Vassili Kononov fue juzgado y condenado por un tribunal letón por crímenes de guerra cometidos en 1944, cuando participó como oficial del ejército soviético en una expedición militar en territorio letón, en la cual fueron ejecutados numerosos civiles de la aldea de Mazie Bati, quienes presuntamente colaboraban con tropas alemanas.

---

82 *Ibíd.*, pág. 9 (original en inglés, traducción libre).
83 *Ibídem*.
84 Sentencia de 17de mayo 2010, caso *Kononov c. Letonia*, Comunicación No. 36376/04.

Para la fecha del crimen y desde 1940, Letonia estaba bajo la soberanía de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). En 1990, el Consejo Supremo de Letonia adoptó la *Declaración sobre el Restablecimiento de la Independencia de la República de Letonia*, declaró nula la incorporación del país a la URSS y promulgó la *Declaración relativa a la Adhesión de la República de Letonia a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*. En 1996, el Parlamento letón adoptó una declaración calificando de ilegal y de régimen de ocupación militar a la anexión soviética de su territorio.

En 1998, Kononov fue juzgado por un tribunal letón por crímenes de guerra cometidos en 1944 y, luego de un intrincado proceso, sentenciado en el año 2003 por estos hechos. El tribunal aplicó el Código Penal de 1961, el cual había quedado vigente luego de la reaccesión a la independencia de Letonia en 1990 y que incorporaba los crímenes de guerra y de lesa humanidad en su catálogo de delitos, luego de una reforma del Código en 1993. Kononov acudió al Tribunal Europeo alegando que Letonia había aplicado retroactivamente la ley penal, violando así el artículo 7 del *Convenio Europeo*.

El Tribunal Europeo consideró que el Derecho de Ginebra y las leyes y costumbres de la guerra así como numerosos instrumentos internacionales, y en particular el *Estatuto de Nuremberg*, vigentes para la fecha de los hechos, criminalizaban los comportamientos cometidos por Kononov en 1944[85]. El Tribunal destacó que el artículo 7 del *Convenio Europeo* "no se restringe a la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal en desmedro del acusado: sino que también, de manera más amplia, consagra el principio de legalidad de los delitos (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y aquel que ordena no aplicar de manera extensiva la ley penal en detrimento del acusado, en particular por analogía. En consecuencia una infracción debe estar claramente definida en la ley"[86].

No obstante, el Tribunal precisó que la noción de ley ("law" y "droit") empleada por el artículo 7 englobaba "tanto el derecho escrito como no escrito e implicando condiciones cualitativas, como las de accesibilidad y de previsibilidad"[87]. Asimismo, el Tribunal recordó que por más clara que sea la redacción de una disposición normativa penal, en cualquier sistema

---

85 *Ibíd*., párrafos 52 a 142 y párrafos 205 y siguientes.
86 *Ibíd*., párrafo 185 (original en francés, traducción libre).
87 *Ibídem*.

jurídico, "existe un infaltable elemento de interpretación judicial"[88] y que la jurisprudencia es fuente de derecho que contribuye al desarrollo progresivo del derecho penal. Con esto, el artículo 7 no puede interpretarse como proscribiendo la interpretación judicial, siempre que "el resultado sea coherente con la sustancia de la infracción y razonablemente previsible"[89]. Así, el Tribunal concluyó que el artículo 7 requiere de la existencia para la fecha de los hechos de una base legal, ya sea en la legislación interna o en el derecho internacional, para que se pueda condenar a alguien[90].

El Tribunal Europeo concluyó que, a la luz del estado del derecho internacional para la fecha de los hechos, los actos imputados a Kononov constituían crímenes bajo el derecho internacional[91], respecto de los cuales el derecho internacional consuetudinario imponía la obligación a los Estados de reprimir, por intermedio de sus jurisdicciones internas, a los individuos que hubieran cometido violaciones a las leyes y costumbres de la guerra. En cuanto a la previsibilidad de la solicitud del comportamiento bajo el derecho internacional, el Tribunal consideró que "dado el contexto, esto es, el comportamiento de un oficial con mando en virtud de las leyes y costumbres de la guerra, los conceptos de accesibilidad y previsibilidad deben examinarse conjuntamente. […] [E]l alcance del concepto de previsibilidad depende en gran medida el contenido del texto en cuestión, el campo que abarca y el número y la calidad de sus destinatarios. Los profesionales deben tener mucho cuidado en el ejercicio de su profesión. Entonces se puede de esperar de ellos que tengan especial cuidado al evaluar los riesgos que conlleva la realización de un comportamiento"[92].

Las leyes y costumbres de la guerra vigentes para 1944 "constituían una *lex specialis* detallada que fijaba los parámetros de la conducta criminal en tiempo de guerra, y que estaban dirigidas principalmente a las fuerzas armadas y, en particular, a los comandantes"[93]. Dada la posición de comandante de una unidad militar que tenía Kononov, el Tribunal consideró que "se podía razonablemente esperar de él que apreciara con especial cuidado los riesgos

---

88 Sentencia de 17de mayo 2010, caso *Kononov c. Letonia*, Comunicación No. 36376/04, párrafo 185.
89 *Ibídem.*
90 *Ibíd.*, párrafo 198.
91 *Ibíd.*, párrafo 205 y siguientes.
92 *Ibíd.*, párrafo 235 (original en francés, traducción libre).
93 *Ibíd.*, párrafo 238 (original en francés, traducción libre).

involucrados en la operación de Mazie Bati"[94] y que, dado el carácter manifiestamente ilegal de los abusos y la muerte infligidos a los aldeanos, la reflexión más superficial acerca de estos comportamientos ponía en evidencia que, por lo menos, estos actos podían quebrantar las leyes y costumbres de la guerra, tal como eran interpretadas para la fecha, y ser constitutivos de crímenes de guerra, por lo cual Kononov podía prever que comprometería su responsabilidad penal individual[95]. El Tribunal concluyó que "los actos [de Kononov] eran constitutivos de infracciones definidas con suficiente accesibilidad y previsibilidad por las leyes y costumbres de la guerra"[96].

El Tribunal consideró que "cuando la legislación nacional no define los elementos constitutivos de un crimen de guerra, el tribunal nacional puede basarse en el derecho internacional para fundamentar su razonamiento, sin violar los principios *nullum crimen y nulla poena sine lege*"[97]. Asimismo, el Tribunal consideró que cuando el derecho internacional no había definido con suficiente claridad las sanciones correspondientes a tal o cual crimen de guerra, un tribunal nacional podía, después de encontrar a un acusado culpable, fijar la determinación de la pena con base en el derecho penal interno[98].

---

94 *Ibídem* (original en francés, traducción libre).
95 *Ibídem*.
96 *Ibíd*., párrafo 235 (original en francés, traducción libre).
97 *Ibíd*., párrafo 244 (original en francés, traducción libre).
98 *Ibíd*., párrafo 212 (original en francés, traducción libre).

IV. El Derecho Internacional Humanitario

"La mayoría de normas de Derecho Internacional Humanitario, en particular las que prohíben los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio, son también normas perentorias de Derecho Internacional o **ius cogens***, es decir, de carácter imperativo e inderogable."*

Tribunal Penal Internacional
para la ex Yugoslavia [99]

El Derecho Internacional Humanitario, tanto convencional como consuetudinario, consagra el principio de la irretroactividad del derecho penal. El *Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de Guerra* de 1949 (III Convenio), aplicable a los conflictos armados internacionales, estipula a su artículo 99 que "[n]ingún prisionero de guerra podrá ser juzgado o condenado por un acto que no esté expresamente prohibido en la legislación de la Potencia detenedora o en el derecho internacional vigentes cuando se haya cometido dicho acto". Asimismo, el *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de Guerra* (IV Convenio), en lo que se refiere a territorios ocupados, estipula en su artículo 67 que "[l] os tribunales sólo podrán aplicar las disposiciones legales anteriores a la infracción y conformes a los principios generales del derecho".

El *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales* (Protocolo I) prescribe en su artículo 75 (4,c) que:

---

[99] Sentencia de 14 de enero de 2000, *Prosecutor v Kupreskic et al., "Lasva Valley" Case*, Causa IT-95-16, párrafo 520 (original en inglés, traducción libre).

> **“**[N]adie será acusado o condenado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse.»

En su comentario respecto a este artículo, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha precisado que esta norma fue inspirada tanto en el artículo 15 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* como en el artículo 7 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*[100]. El CICR precisó que “[e]n material penal, los tribunales nacionales aplican principalmente su legislación nacional; y en muchos países, solo pueden aplicar las disposiciones de los convenios internacionales en la medida en que estos textos hayan sido incorporados por la legislación nacional. De este modo, en varios países europeos, la represión de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad ha enfrentado con frecuencia, después de la Segunda Guerra Mundial, obstáculos que fueron superados mediante la invocación de la necesidad de reprimir los crímenes que la voz de las Naciones con justa razón condena, incluso en ausencia de normas de aplicación interna. Esta referencia al derecho internacional a menudo ha sido llamada ‘cláusula de Nuremberg’”[101].

Asimismo, el CICR señaló que “el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) es uno de los pilares de la ley penal interna, se requiere que, a nivel internacional, en la *lex* [se] abarque no sólo el derecho escrito, sino también la costumbre, toda vez que el derecho internacional es en parte consuetudinario. […] [y destacó que] los gobiernos tienen el mayor de los intereses en adoptar, en tiempo de paz, las leyes necesarias para el castigo de determinados delitos punibles por el derecho internacional. Así, van a evitar ser acusados de actuar arbitrariamente en la promulgación de leyes represivas *post factum*, incluso si el derecho internacional los autoriza a hacerlo”[102].

El *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional* (Protocolo II) prescribe en su artículo 6 (2,c) que:

---

[100] Ver Comentario al artículo 75 del Protocolo I en: CICR, *Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977 – Commentaires,* (http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750096?OpenDocument).

[101] *Ibíd.,* párrafo 3103 (original en francés, traducción libre).

[102] *Ibíd.,* párrafo 3104 y 3105 (original en francés, traducción libre).

> «[N]adie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho.»

En su comentario respecto a este artículo, el CICR ha precisado que la fórmula del Protocolo II se inspiró en el artículo 15 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, aun cuando no se incluyó expresamente la formula "según el derecho nacional o internacional" empleada por el tratado de derechos humanos[103]. No obstante, el CICR consideró que la fórmula del Protocolo II engloba el derecho internacional y precisó que "[n]o se pueden cometer con impunidad en la violación del derecho internacional basado en el hecho de que dicho acto u omisión no fueron reprimidos por la legislación nacional, cuando se hayan cometido"[104].

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha considerado que el principio de irretroactividad del derecho penal es una norma del derecho internacional humanitario consuetudinario, aplicable tanto a conflictos armados internacionales como a conflictos armados internos[105]. Así, en su estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, el CICR estableció la norma No. 101, que prescribe que "[n]adie puede ser acusado o condenado por una acción u omisión que no constituía delito según el derecho nacional o internacional en el momento en que se cometió".

---

[103] Ver Comentario al artículo 6 del Protocolo II en: CICR, *Protocole additionnel (II) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977 - Commentaires*, párrafo 4604 (http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/475-760010?OpenDocument).

[104] *Ibíd*., párrafo 4607 (original en francés, traducción libre).

[105] Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Volumen I: Reglas*, Ed. CICR, pág. 422.

V. El Derecho Penal Internacional

"Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales"

Estatuto de Roma *de la Corte Penal Internacional*[106]

El *Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg* prescribe en su artículo 6(c) que:

> «Crímenes de Lesa Humanidad: a saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron» (subraya añadida).

No solamente el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg no consideró que, en lo que atañe a los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, no se violóa el principio de no aplicación retroactiva de la ley penal, sino que la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha reafirmado esta conclusión así como la mayoría de la doctrina internacional[107], toda vez que

---

[106] Párrafo 6º del Preámbulo del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

[107] Ver, entre otros: H. Donnedieu de Vabres, *Le procès de Nuremberg*, Cours de doctorat, París, Domat-Montchrestien, 1948, pág. 243; F. Biddle, "Le procès de Nuremberg", *Revue internationale de droit pénal,* Paris, 19.° año, 1948 ; H. Kelsen,"Will the judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in International Law?", *The International Law Quarterly,* Londres, vol. I, 1947, Eric David, "L'actualité juridique de Nuremberg", in *Le Procès de Nuremberg – Conséquences et actualization*, Ed. Bruylant, Bélgica, 1988, págs. 99 y siguientes; Cheriff Bassiouni, *Crimes*

estos comportamientos ya estaban considerados criminales por el derecho internacional consuetudinario. No huelga recordar que, mediante Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó los principios de derecho internacional reconocidos por el *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg* y por el fallo de este Tribunal. Como lo aseveró la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, "[h]oy en día las controversias suscitadas por el proceso de Nuremberg se han calmado. Los instrumentos internacionales posteriores han consagrado los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional, junto con la costumbre y las convenciones"[108]. Igualmente cabe destacar al respecto que, como lo señaló el Secretario General de las Naciones Unidas en su informe relativo al establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, no hay duda alguna de que la Sentencia y el Estatuto del Tribunal de Nuremberg forman parte del derecho internacional consuetudinario que se debe aplicar en la represión de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, independientemente de que los Estados hayan o no adherido a determinadas convenciones[109].

Los *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad,* adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973, prescriben varios principios relevantes en la materia:

> «Principio 1º: "[l]os crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.»

Against Humanity in International Criminal Law, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 1992, p. 129; Claude Lombois, *Droit pénal international*, Segunda edición, Dalloz, Paris, 1979, parágrafos 49 y 50.

108 *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1987 - Volumen II, Parte Primera,* Documento A/CN.4/SER.A/1987/Add.l (Part 1), pág. 7, "comentario", párrafo 2.

109 *Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad*, S/25704, 3 de mayo de 1993, párrafos 34 y 35. En ese mismo sentido ver, entre otros: Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Volumen I: Reglas*, Ed. CICR.

> «Principio 5°:"[l]as personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad serán enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, por lo general en los países donde se hayan cometido esos crímenes.»

Los *Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg*, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950, prescriben varios principios relevantes en la materia:

> «Principio I: […] Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.»
>
> «Principio II: […] El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.»

La Comisión de Derecho Internacional precisó que "la regla general destacada en el Principio I es que el Derecho internacional puede imponer obligaciones a los individuos directamente, sin interposición alguna del derecho interno. Las conclusiones del Tribunal [de Nuremberg] fueron muy definitivas sobre la cuestión de si las normas del Derecho internacional se aplican a las personas. 'Que el derecho internacional impone deberes y responsabilidades a los individuos, así como a los Estados', reza la sentencia dictada por el Tribunal […] El Tribunal añadió: '[l] os crímenes contra el Derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a los individuos que cometen tales crímenes puede la disposición del Derecho internacional ser efectiva'"[110].

Respecto al Principio II, la Comisión de Derecho Internacional precisó que "[e]ste principio es un corolario del Principio I. Una vez que se admite que los individuos son responsables de crímenes de derecho internacional, es obvio que no están exentos de su responsabilidad internacional por el hecho de que

---

[110] *Yearbook of the International Law Commission, 1950*, vol. II, párrafo 99 (original en inglés, traducción libre).

sus actos no se consideran delitos en virtud de la ley de cualquier país en particular"[111]. Asimismo, la Comisión de Derecho Internacional señaló que "[e]l principio de que una persona que ha cometido un crimen internacional es responsable y, por tanto, sujeta a sanción bajo el derecho internacional, independientemente de las disposiciones de derecho interno, implica lo que se denomina la 'supremacía' del derecho internacional sobre el derecho nacional"[112]. La Comisión de Derecho Internacional recordó que el Tribunal de Nuremberg, en su sentencia, había concluido que el derecho internacional vinculaba jurídicamente a los individuos incluso cuando la legislación nacional no los obligaba a observar las reglas del derecho internacional[113].

La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad prescribe en su artículo I 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 Nuremberg, 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 Nuremberg, 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

---

111 *Ibíd*., párrafo 100 (original en inglés, traducción libre).
112 *Ibíd*., párrafo 102 (original en inglés, traducción libre).
113 *Ibídem*.

> definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos» (subraya añadida).

Al respecto, el Relator Especial sobre el proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Doudou Thiam, recordó que esta Convención es de "carácter simplemente declarativo [… pues] las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido"[114].

Cabe destacar al respecto que la resolución 96 (I), de 11 de diciembre de 1946, de la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró que el "genocidio es un delito de derecho de gentes contrario al espíritu y a los objetivos de las Naciones Unidas"[115]. Asimismo, la Corte Internacional de Justicia recordó, en 1951, que el genocidio era un crimen bajo el derecho internacional consuetudinario —o un crimen de derecho de gentes, *crimen iuris gentium* — y que los Estados estaban obligados a reprimirlo independientemente de todo vínculo convencional, o sea sin consideración de si los Estados son o no Estados parte de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*[116]. La Corte Internacional de Justicia aseveró que esta Convención no estableció un nuevo crimen sino que no hizo más que "confirma[r] que el genocidio […] es un delito de derecho internacional"[117].

1. El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad

En 1947, la Asamblea General de las Naciones Unidas encargó a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) codificar los principios reconocidos por el

---

114 *Cuarto informe sobre el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, documento de las Naciones Unidas A/CN.4/398, de 11 de marzo de 1986, párr. 172.

115 Resolución 96 (I), "Le crime de génocide", de 11 de diciembre de 1946 (versión original en francés, traducción libre). Las versiones oficiales están en francés e inglés. La versión en francés utiliza la expresión "droit des gens", mientras que la inglesa la de "international Law".

116 Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva de 28 de mayo de 1951, *Las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio,* pág. 23 (original en francés, traducción libre).

117 *Ibídem*.

Estatuto y la Sentencia del Tribunal de Nuremberg y preparar un proyecto de *Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*[118]. En 1950, la Comisión de Derecho Internacional codificaría los principios de Nuremberg[119] y, en 1954, presentaría un proyecto de *Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*. Sin embargo, la Asamblea General pospuso su examen hasta tanto no se resolviera el problema de la definición del crimen de agresión[120], la cual fue adoptada en 1974[121], y sólo hasta 1981 la Asamblea General relanzaría la iniciativa de un *Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*[122].

El *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* (su versión parcial y referida a la parte sustantiva, esto es: crímenes, régimen de responsabilidad penal y principios generales de derecho) ha sido considerada como parte del derecho internacional consuetudinario[123].

La versión de 1986 del *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* abordó la cuestión de la irretroactividad penal en su Artículo 7, el cual prescribió que:

> «1. Nadie será condenado por una acción u omisión que, en el momento de cometerse, no constituya un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.
>
> «2. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, nada impedirá el enjuiciamiento ni el castigo de una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de cometerse, tenga carácter criminal en virtud de los principios generales del derecho internacional»[124].

---

118 Resolución 177 (III) de 21 de noviembre de 1947.

119 *Documentos oficiales de la Asamblea General – Quinto periodo de sesiones*, Suplemento N° 12 (A/1316), 1950. Ver igualmente la Resolución 488 (V) de la Asamblea General de 12 de diciembre de 1950.

120 Resolución 897 (IX) de 4 de diciembre de 1954.

121 Resolución 3314 (XXIX) de 4 de diciembre de 1974. Valga destacar que los trabajos para la definición del crimen de agresión habían empezado en 1967.

122 Resolución 36/106 de 10 de diciembre de 1981.

123 Ver, entre otros, Tribunal Penal Internacional para la ex Yougoslavia, Sentencia de 16 de noviembre 1998, *El Procurador c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo* ("caso *Celebici*"), caso No. IT-96-21-T, párrafo 56.

124 *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1986 - Actas resumidas de las sesiones del trigésimo octavo período de sesiones 5 de mayo-11 de julio de 1986- Volumen I,* Documento A/CN.4/SER.A/1986, pág. 91.

Al presentar su informe a la Comisión de Derecho Internacional, el Relator Especial sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, Doudou Thiam, precisó que "[la] norma *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* puede tener diverso contenido según cuáles sean las fuentes de derecho que se invoquen. […] Según la concepción legalista, que siguen ciertos sistemas jurídicos, no hay más ley que la escrita. Para esta escuela, el sistema de derecho basado en la costumbre necesariamente desconoce el principio *nullum crimen sine lege* pues la costumbre no es una ley, tal como no lo son los principios generales, el derecho natural, las normas de conducta ni los preceptos morales o filosóficos. Esta estricta concepción tiene su origen y justificación en una ruptura con las prácticas, a menudo arbitrarias, del antiguo régimen. […] Sin embargo, esta concepción rígida no es compartida por todos. Todo depende del sentido que se dé a la palabra *lex* en el precepto *nullum crimen sine lege*. Si se entiende por *lex* no el derecho escrito sino el *derecho* en el sentido general de la acepción, el contenido del principio será más amplio y abarcará no sólo la ley escrita sino también la costumbre y los principios generales de derecho. Se ha dicho que la norma *nullum crimen sine lege* es ajena al sistema angloamericano, justamente porque se refiere exclusivamente al derecho escrito. No es cierto. El principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege,* se basa en la defensa del individuo contra la arbitrariedad. Sin embargo, la defensa del individuo forma parte de las tradiciones más sólidas de los países del *common law*. El hecho de que en ciertos países la norma no esté expresamente formulada no significa que sea desconocida para ellos. […] Este elemento de flexibilidad es el que mejor se ajusta al espíritu y las técnicas de elaboración del derecho internacional. Sin embargo, en razón justamente de los debates a que ha dado lugar su contenido, la aplicación de esta norma ha sido controvertida en el proceso de Nuremberg"[125].

Doudou Thiam señaló que "[l]a irretroactividad en el derecho internacional contemporáneo dimana de instrumentos internacionales"[126], como la

---

[125] "Cuarto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial" en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1986 - Actas resumidas de las sesiones del trigésimo octavo período de sesiones 5 de mayo-11 de julio de 1986- Volumen II, Primera Parte,* A/CN.4/SER.A/1986/Add. l (Parte 1), párrafos 151, 152, 153, 154, 155 y 156.

[126] "Cuarto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial" en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1986 - Actas resumidas de las sesiones del trigésimo octavo período de sesiones 5 de mayo-11 de julio de 1986- Volumen II, Primera Parte,* A/CN.4/SER.A/1986/Add. l (Parte 1), párrafo 162.

Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11, párrafo 2) y el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (artículo 7). El Relator Especial concluyó que la regla *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* es aplicable en derecho internacional. Sin embargo, hay que interpretar la palabra 'derecho' en su sentido más lato, es decir el que incluye no sólo el derecho convencional sino también la costumbre y los principios generales del derecho[127].

Asimismo, el Relator Especial Thiam señaló que "[l]a aplicación de la ley penal en el tiempo pone en juego dos conceptos: el de la irretroactividad de la ley penal y el de la prescripción. En primer lugar, en lo que se refiere a la irretroactividad, el problema que se plantea es el de determinar si la norma *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* se aplica en derecho internacional. A juicio del Relator Especial sí se aplica, ya que lo que hay que tener en cuenta en esta expresión no es la forma sino el fondo. La palabra *lex* se utiliza en un sentido muy amplio y abarca tanto el derecho escrito como la costumbre y los principios generales de derecho. El hecho de que esta norma no esté expresamente formulada en los países de *common law,* tan respetuosos de los derechos humanos, no quiere decir que ignoren el fondo de la misma. Además, varios instrumentos internacionales, entre ellos la Convención europea sobre derechos humanos, enuncian esa norma pero precisando que no invalidará el juicio de las personas que hayan violado los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Así pues, ese concepto se ha hecho extensivo a todo el conjunto del derecho y no solo al derecho escrito"[128].

Asimismo, un miembro de la Comisión de Derecho Internacional, Andreas Jacovides (Chipre), precisó que "si bien la cuestión de la irretroactividad de la ley penal se presta a controversia, el problema no es, sin embargo, insoluble. La regla, en efecto, no se limita al derecho positivo, sino que es válida también para el derecho natural y las consideraciones superiores de justicia, siendo el elemento decisivo que el espíritu de justicia debe prevalecer sobre la letra de la ley. Como ha dicho Hans Kelsen 'cuando, en materia de justicia, dos postulados entran en conflicto, el postulado superior es el que prevalece'. Así pues, no se puede por menos de concluir, con el Relator Especial, que: '[...] la

---

127 *Ibíd.*, párrafo 163.

128 *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1986 - Actas resumidas de las sesiones del trigésimo octavo período de sesiones 5 de mayo-11 de julio de 1986- Volumen I,* Documento A/CN.4/SER.A/1986, págs. 96 y 97, párrafo 30.

regla *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* es aplicable en derecho internacional. Sin embargo, hay que interpretar la palabra 'derecho' en su sentido más lato, es decir, el que incluye no sólo el derecho convencional sino también la costumbre y los principios generales del derecho'"[129]. La Comisión de Derecho Internacional reiteró que el término *lex* no designa sólo el derecho escrito sino también el derecho internacional consuetudinario y los principios generales de derecho.

En su versión de 1987, el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* modificó la redacción del artículo 7 de 1986, bajo el artículo 8[130], en el cual se prescribió que:

> «1. Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento de cometerse, no constituya un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.
>
> «2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo se opondrá al juicio ni a la condena de un individuo por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran criminales según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional.»

La Comisión de Derecho Internacional fundamentó esta nueva redacción en los instrumentos internacionales de derechos humanos. La Comisión aseveró que "[l]a norma de la irretroactividad de la ley penal, formulada o no en los sistemas judiciales internos, forma parte hoy en día de las garantías fundamentales. A ella se refiere el párrafo 2 del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el párrafo 1 del artículo 7 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el párrafo 2 del artículo 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. La norma ya había sido consagrada en el proceso de Nuremberg"[131].

---

[129] *Ibíd*., pág. 130.

[130] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1987 - Volumen II, Parte Primera,* Documento A/CN.4/SER.A/1987/Add.l (Part 1), pág. 7.

[131] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1987 - Volumen II, Parte Primera,* Documento A/CN.4/SER.A/1987/Add.l (Part 1), pág. 7, "comentario", párrafo 1.

En su versión de 1989, el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* proveyó una cláusula de irretroactividad penal, en su artículo 8, en el cual se prescribió que:

> «1. Nadie será condenado en virtud del presente Código por actos cometidos antes de la entrada en vigor de éste.
>
> «2. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá el juicio ni la condena de todo individuo por actos que, en el momento de cometerse, se consideraban criminales en virtud del derecho internacional o del der echo nacional aplicable de conformidad con el derecho internacional.»

El primer párrafo no hacía realmente referencia a la cuestión de la retroactividad sino a la competencia temporal de la Corte Penal Internacional que debía establecer este Código. Pero el párrafo 2 del artículo 8 reproducía, en términos similares, el párrafo 2 del artículo 7 del proyecto de Código de 1986 y el párrafo 2 del artículo 8 del proyecto de Código de 1987.

El *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, en su última versión de 1996, incluyó cláusulas de trascendental importancia sobre la cuestión de la noción de derecho aplicable y retroactividad. En efecto, en el párrafo 2 de su artículo 1, "Ámbito de aplicación del presente Código", se estableció que "[l]os crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de derecho internacional punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el derecho nacional". En su comentario respecto de esta cláusula, la Comisión de Derecho Internacional precisó que el principio general de la aplicación directa del derecho internacional respecto de la responsabilidad individual y el castigo por crímenes de derecho internacional era una norma del derecho internacional[132]. Asimismo, la Comisión reiteró que esta cláusula reafirmaba la autonomía del derecho penal internacional y tiene "consecuencias importantes con respecto al principio de *non bis in idem*"[133].

---

[132] *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, Asamblea General de las Naciones Unidas, Documentos oficiales, Quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/51/10)*, págs. 17 y 18.

[133] *Ibíd.*, pág. 19

En el Proyecto de Código se consagró el principio de irretroactividad en su artículo 13, en el cual se prescribió que:

> «1. Nadie será condenado en virtud del presente Código por actos cometidos antes de que entre en vigor.
>
> «2. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá el juicio ni la condena de cualquier individuo por actos que, en el momento de ejecutarse, eran criminales en virtud del derecho internacional o del derecho nacional aplicable de conformidad con el derecho internacional o el derecho nacional.»

En su comentario respecto de esta cláusula, la Comisión de Derecho Internacional recordó que "[l]a finalidad fundamental del derecho penal es prohibir, castigar y prevenir las conductas consideradas suficientemente graves para que se justifique calificarlas de crimen. Este derecho fija una norma de conducta para guiar el comportamiento subsiguiente de los individuos. Sería ilógico determinar la licitud de una conducta según una norma inexistente cuando decidió seguir determinada línea de conducta o abstenerse de realizar una acción. El encausamiento y castigo de un individuo por una acción u omisión no prohibida cuando decidió actuar o dejar de actuar sería manifiestamente injusto. La prohibición de aplicar retroactivamente el derecho penal se refleja en el principio *nullum crimen sine lege*"[134]. No obstante, la Comisión precisó que el párrafo 1 del artículo 13 "se aplica solamente al procedimiento penal incoado contra un individuo por una acción considerada crimen 'en virtud del presente Código', [pero que] [n]o excluye la incoación de tal procedimiento contra un individuo por un acto cometido antes de la entrada en vigor del Código, sobre un fundamento jurídico diferente" [135]. En efecto, la Comisión recordó que, de conformidad con algunos tratados o bajo el derecho internacional consuetudinario, se calificaban ciertos comportamientos de crimen bajo el derecho internacional con anterioridad al *Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*. Con base en estos fundamentos jurídicos, distintos del Código, se podía juzgar y sancionar a un individuo autor de estos ilícitos internacionales.

---

[134] *Ibíd.*, pág. 77.
[135] *Ibíd.*, pág. 78.

2. La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales

Los tribunales penales internacionales han enfrentado cuestiones relativas al principio de legalidad de los delitos y a conductas que no eran delitos bajo el derecho nacional al momento de su comisión, pero eran constitutivas de crímenes bajo el derecho internacional.

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) reiteradamente ha considerado que el derecho internacional consuetudinario impone una responsabilidad penal individual por la comisión de conductas calificadas como crímenes bajo este derecho[136]. En una decisión donde rechazó el argumento de la irretroactividad, este Tribunal recordó que "el concepto de derecho internacional consuetudinario implica que sus reglas son jurídicamente vinculantes por ellas mismas y que no requieren que hayan sido explícitamente adoptadas por los Estados"[137]. En otra decisión, el TPIY consideró: "el *principio nullum crimen sine lege* como un elemento constitutivo del principio de la legalidad en lo que concierne el aspecto penal que tiene una conducta determinada. Para interpretar esta máxima, es esencial determinar si la conducta en cuestión era punible para la época de los hechos. El énfasis puesto en la conducta, y no una descripción precisa del delito en el derecho positivo, es de suma importancia. La Sala está confrontada con esta interpretación del principio de legalidad por la posterior adopción, en el artículo 22 del Estatuto de la CPI, de la siguiente fórmula declaratoria 'Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte'. Esta interpretación se confirma también en la práctica de los Estados en materia de extradición. Para determinar si el requisito de la doble incriminación se cumple, no debemos determinar tanto si una conducta recibe la misma tipificación en los respectivos sistemas nacionales, sino establecer que ambos sistemas la han calificado como delito […] Para que el principio de legalidad sea respetado, basta que el potencial criminal haya conocido y podido prever que su conducta era punible en el momento de los hechos. Es irrelevante en

---

136 Ver, entre otros: Sentencia de 29 de noviembre de 2002, *El Procurador c. Mitar Vasiljevic*, caso No. IT-98-32-T, párrafo 193.

137 TPIY, Sala de 1ª Instancia (II), Decisión sobre excepciones preliminares de 26 de mayo de 2004, *El Procurador c. Vojislav Seselj*, caso No. T-03-67-PT, párrafo 15 (original en francés, traducción libre).

este contexto que este comportamiento hubiera sido castigado como un acto o una omisión"[138].

En otra decisión, el TPIY reconoció como legítima, bajo el derecho internacional, la aplicación retroactiva de la ley penal de Croacia de 1997 y 2004 a hechos cometidos con anterioridad a esta legislación nacional, pero que para la fecha de su comisión ya constituían crímenes bajo el derecho internacional[139]. En esta decisión, de conformidad con el artículo 11 Bis del Reglamento del Tribunal, el TPIY declinó su competencia en favor de los tribunales croatas para que juzgaran a dos personas por conductas que constituían crímenes bajo el derecho internacional para la época de su comisión, pero que no estaban tipificados como delitos en la ley nacional para entonces.

El Tribunal Especial para el Líbano ha considerado legítima, bajo el derecho internacional, la aplicación retroactiva de la ley penal nacional para actos, que para el momento de su comisión, eran constitutivos de crímenes bajo el derecho internacional. Así el Tribunal Especial consideró que "[d]e acuerdo con el principio de legalidad, todo el mundo debe saber de antemano si una conducta específica está en consonancia con o es una violación de la ley penal"[140]. Consideró además que "[e]l artículo 15 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] permite por lo menos que la nueva legislación nacional […] que tipifica un crimen ya contemplado en el Derecho internacional pueda ser aplicada a delitos cometidos antes de su promulgación sin vulnerar el principio *nullum crimen*. Esto implica que se espera de los individuos que conozcan o deban conocer que determinadas conductas están criminalizadas en el Derecho internacional: al menos desde el momento en que la misma conducta está tipificada como delito también en el orden jurídico nacional, una persona puede ser sancionada por los tribunales nacionales, incluso si la conducta es anterior a la adopción de la legislación nacional"[141].

---

138 TPIY, Sala de 1ª Instancia, Decisión de 12 de noviembre de 2002, *El Procurador c. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic y Amir Kubura*, caso No. IT-01-47-PT, párrafo 62 (original en francés, traducción libre).

139 TPIY, Sala de 1ª instancia, Decisión de 14 de septiembre de 2005, *El Procurador c. Rahim Ademi y Mirko Norac*, caso No. IT-04-78-PT.

140 Tribunal Especial para El Líbano, Sala de Apelaciones, Decisión interlocutoria relativa al derecho aplicable de 16 de febrero de 2011, caso STL- I I-OI/I, párrafo 132 (original en inglés, traducción libre).

141 *Ibíd.*, párrafo 133 (original en inglés, traducción libre).

Invocando la jurisprudencia del TPIY, el Tribunal Especial para el Líbano precisó que "al determinar la cuestión de la 'previsibilidad' de un delito, […] el derecho internacional consuetudinario no codificado puede dar a un individuo un 'aviso razonable' de que una conducta podría comprometer su responsabilidad penal. Esta faceta del principio *nullum crimen* no debe sorprender: los crímenes internacionales son aquellos delitos que se consideran tan atroces y contrarios a los valores universales que toda la comunidad los condena a través de normas consuetudinarias"[142]. Así, destacó que "[l]o que importa es que los acusados deben, en el momento en que cometieron el acto, haber sido capaces de entender que éste era criminal, aunque 'sin referencia a ninguna disposición específica'. Del mismo modo, '[a]unque la inmoralidad o el carácter atroz de un acto no es un factor suficiente para justificar su tipificación como delito según el derecho internacional consuetudinario', no obstante, se puede utilizar para 'refutar cualquier reclamo de la defensa de que no conocía de la naturaleza criminal de ese acto'"[143].

En la primera persecución penal internacional por el crimen de guerra de reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años, la Corte Especial para Sierra Leona (CESL) consideró que al interpretar el principio de legalidad de los delitos y tratándose de crímenes bajo el derecho internacional, resulta fundamental hacer énfasis en la conducta material en sí misma, más que en la descripción de la norma legal nacional[144]. Al respecto, la Corte Especial precisó que el carácter criminal de la conducta materia debe ser previsible y accesible para el autor la conducta[145]. Asimismo, destacó que "[u]na norma no tiene por qué constar expresamente en un convenio internacional para que se cristalice como un delito de derecho internacional consuetudinario. ¿Cuál sería, en efecto, el significado de una norma consuetudinaria si sólo fuera aplicable a partir de su incorporación a un instrumento internacional como el Tratado de Roma?"[146]. En ese contexto, la Corte Especial precisó que para establecer la responsabilidad penal individual de los acusados, en virtud del derecho internacional consuetudinario, no es necesario que de forma explícita se haya establecido en las disposiciones de un tratado[147].

---

142 *Ibíd.*, párrafo 134 (original en inglés, traducción libre).
143 *Ibíd.*, párrafo 136 (original en inglés, traducción libre).
144 Corte Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, Decisión de 31 de mayo de 2004, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman,* caso SCSL-2003-14-AR72(E), párrafo 25.
145 *Ibídem*.
146 *Ibíd.*, párrafo 38 (original en inglés, traducción libre).
147 *Ibídem.*

VI. Prácticas nacionales y jurisprudencia comparada

"Hay un reconocimiento implícito de la protección, por el Derecho internacional, de los derechos fundamentales del individuo en la medida en que prohíbe y sanciona los crímenes de lesa humanidad, concebidos como delitos del más grave de carácter en contra de la vida y la libertad del individuo, independientemente de si actos de tal naturaleza han sido perpetrados en obediencia a la ley del Estado. […] Este principio consiste en […] el reconocimiento de la supremacía de la ley de la humanidad sobre la ley de la soberanía de los Estados."

L. Oppenheim[148]

Jurisdicciones nacionales de países de diferentes regiones del mundo, con distintos sistemas y tradiciones jurídicas, se han enfrentado a la cuestión de la aplicación retroactiva de la ley penal doméstica en casos de crímenes bajo el derecho internacional. En no pocas ocasiones esta cuestión ha sido examinada por tribunales y cortes nacionales en relación con otros asuntos jurídicos, como la jurisdicción universal, la imprescriptibilidad, la extradición y la amnistía. A continuación presentaremos una breve selección de decisiones de altas cortes judiciales de varios países. La justicia penal colombiana igualmente se ha pronunciado respecto de esta cuestión (ver Anexo 2).

1. Israel: el caso Eichmann

Un primer precedente sería el caso del proceso en Israel del oficial nazi y miembro de las S.S. y de la Gestapo, Adolf Eichmann. Este sería juzgado por

---

148 L. Oppenheim, *International Law, Vol. I-Peace*, Ed. Longmans, 8 edición, Gran Bretaña, 1955, págs. 752 -753 (original en inglés, traducción libre).

su participación en el "Holocausto", y en particular en la organización de la logística de transportes de deportados a los campos de concentración y de exterminio alemanes durante la II Guerra Mundial. El 12 de diciembre de 1961, Eichmann sería condenado por crímenes de lesa humanidad por el Tribunal de Distrito de Jerusalén, con fundamento en la Ley 5.710 de 1950 sobre crímenes contra el pueblo judío, la cual, posterior a los crímenes imputados a Eichmann, tipificó los crímenes de lesa humanidad así como los actos previstos en la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*.

En sentencia de 29 de mayo de 1962, la Corte Suprema de Israel confirmaría el fallo condenatorio de primera instancia. La Corte Suprema precisó que, bajo el derecho internacional consuetudinario, los actos imputados a Eichmann constituían crímenes y eran la negación misma de los fundamentos esenciales de la Comunidad Internacional, razón por la cual el Estado de Israel podía juzgarlo bajo el principio de jurisdicción universal en su calidad de custodio del derecho internacional[149]. La Corte Suprema invocó para ello las Resoluciones 95 (I) y 96 (I) de 11 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante las cuales se confirmaron los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y por el fallo de este Tribunal y se reafirmó que el genocidio era un crimen bajo el derecho internacional[150].

2. Francia: el caso Touvier

En Francia, al terminar la II Guerra Mundial, se iniciarían varios procesos contra funcionarios de este país que, en el marco de la colaboración del régimen francés con el III Reich, habían cometido crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Inicialmente los procesos y las acusaciones se fundaron en los delitos de colaboración con el enemigo y traición, tipificados en el Código penal de 1939, y una ordenanza del 28 de agosto de 1944, antes de la adopción del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, que otorgaba competencia a los tribunales militares para reprimir los delitos cometidos con ocasión de la guerra y que no constituían actos justificados bajo las leyes y costumbres de la guerra. Los procesos no se fundaron en crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

---

149 Corte Suprema de Israel, Sentencia de 29 de mayo de 1962, causa *Attorney General of Israel v. Eichmann*, reproducido en *International Law Reports*, Volumen N° 36, pág. 404.

150 *Ibíd.*, pág. 277.

Uno de los primeros casos fue el de Paul Touvier, alto funcionario de la Policía francesa y jefe de las Milicias de Lyon que colaboró con el III Reich durante la ocupación alemana de Francia y participó en varias ejecuciones extrajudiciales, fusilamiento de civiles rehenes, deportación de judíos y torturas. Detenido luego de la liberación de Francia, sería juzgado y condenado por traición y colaboración con el enemigo. Luego de escapar, sería condenado en contumacia en dos oportunidades: por traición en 1946 y por colaboración con el enemigo en 1947. Favorecido con una declaratoria de prescripción en 1967, Touvier sería indultado en 1972 por el Presidente francés.

El 26 de diciembre de 1964, el Parlamento francés había adoptado una ley sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad[151]. Esta ley tenía un artículo único que, a los efectos de la definición del crimen de lesa humanidad, reenviaba a la definición establecida en la Carta del Tribunal de Nuremberg del 8 de agosto de 1945 y a la Resolución No. 3 (I) "Extradición y castigo de los criminales de guerra" adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de febrero de 1946. Sólo hasta 1994, los crímenes de lesa humanidad serían tipificados en el Código penal francés[152].

En 1973, fueron interpuestas varias denuncias penales contra Touvier y otros antiguos altos funcionarios franceses por una serie de asesinatos calificados como crímenes de lesa humanidad. Estas denuncias se interpusieron con fundamento en la ley sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad de 1964. Sería la primera vez que se abrirían procesos por crímenes de lesa humanidad en Francia[153]. El proceso por crímenes de lesa humanidad contra Paul Touvier se iniciaría en 1974. La defensa de Touvier alegó durante el proceso que, entre otros, la acción penal por los hechos que se le reprochan estaba prescrita, con lo cual el procedimiento penal en su contra violaba su "derecho a la prescripción" y sería contrario al principio de irretroactividad de la ley penal.

Luego de un laberíntico trámite, el proceso llegaría a la Corte de Casación de Francia. En su decisión, la Sala Criminal de esta Corte consideró que no

---

151 *Loi No. 64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité.*

152 Artículos 211 (genocidio), 212 (crimen de lesa humanidad) y 213 (disposiciones comunes).

153 Jean Leguay, antiguo delegado de la Policía francesa en la zona ocupada, sería acusado de crímenes de lesa humanidad en 1979; y Maurice Papon, ex jefe de policía de un departamento francés, en 1983. Leguay y Papon mueren durante los procesos.

existía, a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, un derecho a la prescripción y decidió declarar nula la sentencia del tribunal de primera instancia que, invocando la prescripción y la irretroactividad de la ley penal, había archivado el proceso[154]. La Sala invocó, en su decisión, la excepción a la irretroactividad de la ley penal prevista a los artículos 15 (2) del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y 7 (2) del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. También invocó el carácter de delito bajo el derecho internacional consuetudinario del crimen de lesa humanidad, al recordar los principios de Nuremberg. Asimismo, recordó que la Ley de 1964 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad era de carácter declarativa, pues sólo constataba la existencia de una norma del derecho internacional, y tenía como propósito facilitar la aplicación en el derecho interno de una norma preexistente en el derecho internacional. En 1994, Paul Touvier sería condenado por complicidad de crimen de lesa humanidad.

3. España y Bélgica: el ex General Pinochet y la Junta Militar argentina

En los casos de los procesos penales iniciados por distintos tribunales europeos contra el ex General Augusto Pinochet Ugarte así como contra militares argentinos, por graves violaciones de derechos humanos constitutivas de ilícitos penales internacionales (tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial), se plantearon, entre otros problemas jurídicos, la cuestión de la aplicación retroactiva de la ley penal por crímenes bajo el derecho internacional.

En los procedimientos penales españoles seguidos contra el ex General Pinochet[155] y contra ex miembros de la Junta Militar argentina[156], la Audiencia Nacional de España se pronunciaría sobre el derecho penal aplicable en estas causas. Los juzgados de instrucción habían caracterizado los hechos de torturas, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y detenciones ilegales, atribuidos al ex General Pinochet y a los ex miembros de la Junta Militar argentina, como crímenes de lesa humanidad en su modalidad de genocidio

---

154 Corte de Casación de Francia, Sala Criminal, Sentencia de 30 de junio de 1976. Esta jurisprudencia fue reiterada por la Corte, en su fallo de 26 de enero de 1986, en el proceso contra Klaus Barbie.

155 Juzgado Central de Instrucción No. 6, sumario No. 1/98, por los delitos de genocidio y terrorismo, por hechos ocurridos en Chile en los años 1973 a 1987.

156 Juzgado Central de Instrucción No. 5, sumario No. 19/97, por los delitos de genocidio y terrorismo, por hechos ocurridos en Argentina en los años 1976 a 1983.

por razones políticas, y terrorismo. Los juzgados de instrucción invocaron la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*[157], el Código Penal español[158] de 1971 y la Ley Orgánica del Poder Judicial de España[159] de 1985. Tanto la Convención como el tipo penal nacional español no incluyen los motivos políticos dentro del delito de genocidio.

La Audiencia Nacional consideró que los hechos imputados en ambas causas constituían crimen de genocidio por razones políticas, basada en el derecho internacional consuetudinario. Si bien los motivos políticos habían sido eliminados de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*[160] y no figuraban en el tipo penal español de genocidio[161], la Audiencia Nacional consideró que la Resolución 96 (I) de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, reiterando el carácter de crimen de derecho de gentes del genocidio, expresamente preveía las razones políticas como uno de los elementos intencionales del crimen de genocidio[162]. Asimismo, recordó que el Estatuto de Nuremberg calificó de crimen de lesa humanidad a "las persecuciones por motivos políticos" y que la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* no erigía una nueva infracción internacional, sino que codificaba un crimen de derecho internacional consuetudinario en un texto positivo. En orden a esas consideraciones, la Audiencia Nacional confirmó la jurisdicción de los tribunales españoles para procesar al ex General Pinochet y a los ex miembros de la Junta Militar argentina por el crimen de genocidio por razones políticas.

En el proceso tramitado en Bélgica contra el ex General Pinochet, el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas se pronunciaría sobre el derecho penal

---

157 España adhirió a la Convención el día 13 de septiembre de 1968.

158 Ley No. 47/71, de 15 de noviembre de 1991, que tipificó el delito de genocidio en los términos de la Convención.

159 El artículo 23 (4) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España otorgó jurisdicción universal a los tribunales españoles para ciertos delitos, como genocidio, terrorismo u otro delito que "según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España".

160 Estos motivos figuraban en el proyecto de Convención, pero por presión de la Unión Soviética fueron retirados del texto.

161 Artículo 137 Bis del Código Penal español.

162 Audiencia Nacional, Sala Penal (Pleno), Auto de 5 de noviembre de 1998, Rollo de Apelación No. 173/98 – Sección Primera - Sumario 1/98 (Juzgado Central de Instrucción No. 6) (Proceso contra Pinochet Ugarte), y Auto de 4 de noviembre de 1998, Rollo de Apelación No. 84/98 – Sección Primera - Sumario 19/97 (Juzgado Central de Instrucción No. 5) (Proceso contra miembros de la Junta Militar Argentina).

aplicable. La demanda penal incoada contra el ex dictador por las graves violaciones de derechos humanos cometidas durante su régimen de facto se basó en dos consideraciones jurídicas. En primer lugar, con la asimilación, para efectos de la jurisdicción penal militar, del estado de sitio decretado por el ex General Pinochet al "estado de guerra militar"[163], las ejecuciones extrajudiciales, torturas y desapariciones forzadas constituían crímenes de guerra. En segundo lugar, que en virtud de una ley de 1993[164] —tipificando los crímenes de guerra—, los tribunales belgas tenían jurisdicción universal sobre las infracciones a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos.

No obstante, estos argumentos no fueron retenidos por el Tribunal belga, que consideró que en Chile no se habían dado los elementos característicos de un conflicto armado interno exigidos por el artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra. Sin embargo, el Tribunal consideró que los hechos imputados al ex dictador eran constitutivos de crimen contra la humanidad bajo el derecho internacional consuetudinario vigente para la época de los hechos, frente a los cuales Bélgica tenía la obligación de reprimir. Asimismo, el Tribunal invocó el carácter de norma de derecho internacional consuetudinario del principio de jurisdicción universal para fundamentar su competencia[165]. El Tribunal, en su decisión sobre la competencia, consideró "que existe una norma consuetudinaria del derecho de gentes, ver *jus cogens*, que reconoce la competencia universal y autoriza las autoridades estatales nacionales a perseguir y a juzgar, en toda circunstancia, las personas sospechosas de haber cometido crímenes contra la humanidad"[166].

4. Bosnia Herzegovina: los crímenes de la guerra de los Balcanes

El primero de marzo de 2003, entraría en vigor el Código Penal de Bosnia Herzegovina. Este nuevo estatuto penal tipificaría el genocidio (artículo 171),

---

[163] Decreto No. 5 de 1973 interpretativo del artículo 418 del Código de Justicia Militar chileno.

[164] Ley de 16 de junio de 1993 sobre la represión de las infracciones graves de los Convenios Internacionales de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y los Protocolos I y II, de 8 de junio de 1977, adicionales a los Convenios (*Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions).* En 1999, la ley sería enmendada y se incluirían los crímenes de lesa humanidad y el genocidio.

[165] Ordenanza de 6 de noviembre de 1998, del Juez Damien Vandermeersch del Tribunal de Primera Instancia de Bélgica, Causa N° 216/98.

[166] *Ibíd*., pág. 9.

los crímenes de lesa humanidad (artículo 172), los crímenes de guerra contra civiles (artículo 173), la organización de grupos y la instigación para cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (artículo 176). Asimismo, su artículo 3, relativo al principio de legalidad, prescribió que nadie puede ser condenado por actos que al momento de cometerse no fueran definidos como delitos en el derecho nacional o en el derecho internacional. El Código igualmente prescribió la regla de la imprescriptibilidad para el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y todo delito que de conformidad con el derecho internacional es imprescriptible (artículo 19).

Con base en esta legislación penal de 2003, varias personas serían procesadas y condenadas por la justicia de Bosnia Herzegovina por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos entre 1991 y 1993. En varias sentencias, la Corte de Bosnia Herzegovina invocaría el artículo 7 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* y el artículo 15 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y consideraría que la aplicación del Código Penal de 2003 a hechos cometidos entre 1991 y 1993 no violaba el principio de no retroactividad de la ley penal, toda vez que esos hechos eran crímenes bajo el derecho internacional al momento de los hechos[167]. Así, al resolver un recurso de apelación en el caso Branimir Glavaš, condenado por "crímenes de guerra contra civiles", la Corte recordó que "los delitos por los que el procesado fue hallado culpable son crímenes bajo el Derecho internacional consuetudinario, y por lo tanto, están en la categoría de los 'principios del Derecho internacional' [según lo estipulado por el Código penal de Bosnia Herzegovina], y 'los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas', según lo estipulado por el Artículo 7 (2) del Convenio Europeo"[168]. Asimismo, la Corte precisó que para que la persona sea condenada por estos crímenes "debe haber sabido que durante el estado de guerra, la aplicación de las normas internacionales tiene prioridad y que la violación de los valores internacionalmente protegidos conlleva graves consecuencias"[169]. La Corte concluyó que "los crímenes de crímenes de guerra contra civiles […] se debían subsumir bajo los 'principios generales del Derecho internacional'

---

[167] Ver entre otros: Sentencia de 20 de septiembre de 2010, *Apelación Branimir Glavaš*, caso No. SU-10-431/10; Sentencia de 29 de octubre de 2009, *Prosecutor v. Zoran Maric*, caso No. X-KR-05/96-3; Sentencia de 3 de Julio de 2009, *Prosecutor v. Momir Svaic*, caso No. X-KR-07/478; y Sentencia de 29 de septiembre de 2008, *Prosecutor v. Sreten Lazarevic et al.*, caso No. X-KR-06/243.

[168] Corte de Bosnia Herzegovina, Sentencia de 20 de septiembre de 2010, *Apelación Branimir Glavaš*, caso No. SU-10-431/10 (original en inglés, traducción libre).

[169] *Ibídem*.

[a que se refiere el Código Penal de Bosnia y Herzegovina]. Por lo tanto, si se considera la perspectiva del Derecho internacional consuetudinario, del Derecho internacional convencional o de los 'principios del Derecho internacional', es indiscutible que los crímenes de guerra contra la población civil constituían delito al momento [de su comisión], es decir, el principio de la legalidad también se mostró satisfecho en términos de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege"* [170].

5. Indonesia: los crímenes de lesa humanidad en Timor Oriental

En Indonesia, el Tribunal ad hoc de Derechos Humanos para Timor Oriental se pronunció en el caso de Abilio Jose Osorio Soares, ex Gobernador de Timor Oriental, acerca de la aplicación retroactiva de la ley penal por actos que al momento de su comisión era crímenes bajo el Derecho Internacional[171]. El 19 de febrero de 2002, la Fiscalía acusó a Soares de haber cometido, en 1999, varias masacres, ejecuciones extrajudiciales y persecuciones contra la población civil, constitutivas de crímenes de lesa humanidad[172]. La acusación se fundó en la Ley No. 26 de 2000, la cual estableció el Tribunal ad hoc de Derechos Humanos para Timor Oriental, tipificó los crímenes de lesa humanidad (artículo 9) y estableció la responsabilidad penal de los comandantes (artículo 42). El juicio inició el 14 de marzo de 2002 y la defensa del ex Gobernador impugnó el procedimiento penal invocando el principio de irretroactividad de la ley penal, consagrado como un derecho básico y no derogable en el artículo 28 (i) (1) de la Constitución de 1945 y el artículo 4 de la Ley No. 39 de derechos humanos de 1999.

En su sentencia de agosto de 2002, el Tribunal ad hoc de Derechos Humanos para Timor Oriental rechazó este argumento al recordar que las normas constitucionales y legales invocadas por la defensa se derivan del artículo 11 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, el cual, de acuerdo con los trabajos preparatorios de la Declaración, no impide el juicio y la condena

---

170 *Ibídem*.

171 Ver Suzannah Linton, "Unravelling the First Three Trials at Indonesia's Ad Hoc Court for Human Rights Violations in East Timor", en *Leiden Journal of International Law,* 2004, Volume 17, Issue 02,pag. 303-361; y CICR, "Indonesia, Practice Relating to Rule 101, The Principle of Legality: V. National Case Law", recuperado en: http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_id_rule101.

172 Fiscalía ad hoc, Acto de acusación de 19 de febrero de 2002, *El Procurador c. Abilio Jose Osorio Soares*, caso No. 02/HAM/TIM-TIM/02/2002.

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 de Naciones. El Tribunal ad hoc recordó que esta misma regulación había sido incorporada en el artículo 15 (2) del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y en el artículo 7 (2) del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. El Tribunal ad hoc consideró que la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal nacional no era absoluta y que existían ciertas excepciones a este principio, y en particular en lo que concierne a las graves violaciones de derechos humanos y los crímenes bajo el derecho internacional. Al precisar que la noción de graves violaciones de derechos humanos abarca el genocidio y los crímenes de lesa humanidad y que sus autores son un enemigo común de toda la humanidad (*hostis humanis generis*), el Tribunal ad hoc concluyó que, en virtud del derecho internacional, el Estado tenía la obligación de juzgar y castigar a los autores de estos crímenes, y recordó que "[e]l castigo de los perpetradores de estos crímenes es reconocida como una obligación de toda la comunidad internacional (obligación *erga omnes*)"[173]. Asimismo, recordó que los crímenes de lesa humanidad "encuentran su fundamento en el derecho internacional consuetudinario, el cual es jurídicamente vinculante para todo Estado, independientemente de si el país en cuestión ha ratificado o accedido a los instrumentos jurídicos pertinentes"[174]. Así, el Tribunal ad hoc condenó a Abilio Soraes por crímenes de lesa humanidad.

En 2005, al resolver un recurso interpuesto por la defensa de Abilio Soares fundado en el derecho a no ser juzgado y condenado por aplicación retroactiva de la ley penal (artículo 28 [i] [1] de la Constitución de Indonesia), la Corte Constitucional confirmaría la aplicación retroactiva de la ley penal nacional en casos de graves violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad. La Corte Constitucional precisaría que la Ley sobre Derechos Humanos había establecido que la competencia del Tribunal ad hoc de Derechos Humanos se extendía a las graves violaciones de derechos humanos cometidas antes de la entrada en vigor de esta ley (artículo 43). Además, consideró que esta regulación no era contraria a la norma constitucional invocada por la defensa y

---

[173] Tribunal Ad Hoc de Derechos Humanos para Timor Oriental, sentencia de 14 de agosto de 2002, caso No. 01/PID.HAM/AD.Hoc/2002/ph.JKT.PST (original en inglés, traducción libre). Texto de la sentencia disponible en: http://socrates.berkeley.edu/~warcrime/East_Timor_and_Indonesia/Indictments_and_judgments/Indonesia_Soares_Judgment.htm.

[174] *Ibídem* (original en inglés, traducción libre).

argumentó que si bien el principio de no aplicación retroactiva de la ley penal no era derogable, este no era absoluto puesto que toda persona al ejercer sus derechos y libertades no puede vulnerar los derechos de las demás personas y menos aún faculta a los individuos a cometer crímenes de lesa humanidad. La Corte señaló que el principio de no retroactividad tiene como propósito proteger al individuo frente a los abusos del poder, pero que no puede ser interpretado como una defensa válida frente a crímenes que afectan a los seres humanos en su conjunto, como lo son los crímenes de lesa humanidad.

6. Estados Unidos de América: el caso Demjanjuk

La justicia estadounidense se vería confrontada a la cuestión de la aplicación retroactiva de la ley penal por crímenes bajo el derecho internacional en el caso de la extradición de John Demjanjuk. Conocido con alias 'Iván el Terrible', este ucraniano, residente en los Estados Unidos de América desde 1950 y nacionalizado en 1958, había participado como miembro de las S.S. nazis en el exterminio de judíos en el campo de concentración de Treblinka entre 1942 y 1943. La justicia israelí lo requirió en extradición para juzgarlo por crímenes de lesa humanidad y genocidio, bajo la Ley No. 5710 de 1950.

En 1985, la Corte de Distrito del Distrito Norte de Ohio autorizó la extradición de Demjanjuk a Israel. La defensa de Demjanjuk impugnó la decisión judicial ante una Corte Federal de Apelación. Durante el proceso de apelación, la defensa de Demjanjuk invocó el principio de no aplicación retroactiva de la ley penal, argumentando que al momento de la comisión de los crímenes que le eran imputados, el Estado de Israel no existía, que la ley No. 5710 de 1950 era posterior a los actos que se le imputaban, y que la ley estadounidense sólo autorizaba la extradición cuando los ilícitos hubiesen sido cometidos en territorio del Estado requirente. Además de considerar que la legislación estadounidense reconocía el principio de jurisdicción universal y que Israel, como cualquier Estado, podía solicitar su extradición, la Corte consideró que la Ley israelí no declaraba ilegal lo que había sido legal antes, sino que establecía un nuevo foro para juzgar a personas por conductas que previamente habían sido reconocidas como delictivas bajo el derecho internacional[175]. Citando a los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, entre otros, la Corte consideró que

---

[175] Corte Federal de Apelación del 6° Circuito, *Causa Demjanjuk c. Petrovsky*, Sentencia de 31 de octubre de 1985 (776 F.2d 571, *John Denjanjuk, Petitioner-Appellant, v. Joseph Petrosvsky, et al., Respondents-Appellees*, No. 85-3435).

al momento en que fueron cometidos, esos asesinatos de civiles indefensos en tiempos de guerra eran ilegales según el derecho internacional. La Corte aseveró que sería absurdo argumentar que operar las cámaras de gas y torturar y matar a los prisioneros desarmados no fueron actos ilegales bajo las leyes y las normas de todas las naciones civilizadas entre 1942 y 1943[176]. La Corte concluyó que la Ley israelí no tipificaba nuevos crímenes y que Israel no violaba el principio de la aplicación retroactiva de la ley penal.

7. Australia: el caso Polyukhovich

En el caso de Ivan Polyukhovich —un ucraniano que participó en crímenes de guerra entre 1942 y 1943 en Ucrania—, la Alta Corte de Australia examinó la aplicación de la Ley australiana sobre Crímenes de Guerra, promulgada en 1945 (*War Crimes Act 1945)* por hechos cometidos en Ucrania entre 1942 y 1943. La Alta Corte consideró que los crímenes tipificados en la Ley sobre Crímenes de Guerra de 1945 codificó en el derecho interno comportamientos que al momento de su comisión, en 1942 y 1943, ya eran crímenes bajo el derecho internacional. Invocando el artículo 15 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, la Alta Corte aseveró que la aplicación retroactiva de la ley australiana a hechos que para la fecha de su comisión eran crímenes bajo el derecho internacional no violaba el principio de irretroactividad de la ley penal ni la Constitución de Australia[177].

8. Canadá: el caso Munyaneza

En octubre de 2005, Désiré Munyaneza fue detenido en Canadá bajo la acusación de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en Ruanda entre abril y julio de 1994. Munyaneza fue juzgado y condenado por la Corte Superior de la Provincia de Québec. El juicio empezó en 2007 y los cargos se fundaron en la Ley sobre Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra (*Crimes Against Humanity and War Crimes Act*), adoptada por el Parlamento canadiense en el año 2000 y en vigor desde el 31 de octubre de ese año. En su sentencia de mayo de 2009, la Corte consideró que, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, los hechos

---

176 *Ibídem.*

177 High Court of Australia, *Polyukhovich v. The Commonwealth of Australia and Another*, (1991) 172 *Commonwealth Law Reports* 501 F.C. 91/026.

imputados a Munyaneza constituían crímenes bajo el derecho internacional al momento de su comisión[178], y que la Ley canadiense de 2000 no hacía más que confirmar el consenso universal, existente desde 1945, respecto a que "los crímenes contra la humanidad formaban parte del Derecho internacional consuetudinario"[179]. En cuanto a los crímenes de guerra, la Corte precisó que, para la fecha de los actos imputados a Munyaneza, tanto Canadá como Ruanda eran Estados parte de los Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional II y que estos comportamientos ya constituían crímenes de guerra bajo el derecho internacional consuetudinario[180].

9. Hungría: la Corte Constitucional

En octubre de 1993, la Corte Constitucional de Hungría se pronunció sobre la constitucionalidad de la ley de 16 de febrero de 1993, relativa a la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de la humanidad* y que declaró imprescriptibles otros delitos[181]. La Corte señaló que "[l]os crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad no son erigidos en infracción penal por la ley penal interna, sino por la comunidad internacional, que define sus elementos constitutivos. […] Se desprende de los principios de derecho internacional comúnmente aceptados desde la Segunda Guerra Mundial que los delitos en cuestión no se restringen a aquellos que las leyes nacionales de la mayoría de los Estados reprimen (razón por la cual el homicidio no es por sí mismo un crimen contra la humanidad). El carácter internacional de estos delitos se debe a que son definidos en el nivel supranacional, en referencia al derecho natural [...], a la salvaguardia de los 'fundamentos de la comunidad internacional' o a la amenaza que representan para toda la humanidad: sus autores son 'enemigos de la humanidad'. Son demasiado importantes para que su represión dependa de su reconocimiento por un Estado en particular o de su política penal general"[182].

---

178 Corte Superior, Sala Penal, Sentencia de 22 de mayo de 2009, *Her Majesty the Queen v. Désiré Munyaneza*, caso No. 500-73-002500-052, párrafo 101.

179 *Ibíd.*, párrafo 102 (original en inglés, traducción libre)

180 *Ibíd.*, párrafos 133 y siguientes.

181 Corte Constitucional, Sentencia No. 53/1993 de 13 de octubre de 1993 (apartes reproducidos en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 19 de septiembre 2008, caso *Korbely c. Hungría*, comunicación No. 9174/02, párrafo 18).

182 *Ibíd.*, párrafo 1º del título IV "particularidades de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra" (original en francés, traducción libre).

Asimismo, la Corte precisó que "[e]l enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad exigen garantías jurídicas, ya que sería contradictorio buscar la protección de los derechos humanos en ausencia de aquellas. Sin embargo, las garantías previstas por la legislación nacional no se pueden sustituir a las garantías internacionales, o tomar su lugar" [183]. Igualmente, la Corte señaló que "[e]l 'derecho internacional consuetudinario', 'los principios jurídicos reconocidos por las naciones civilizadas' y 'los principios jurídicos reconocidos por la comunidad de las naciones' constituyen un orden jurídico que incrimina ciertos comportamientos y los hace sujetos a enjuiciamiento y castigo conforme a las reglas de la comunidad de las Naciones —y por medio de organizaciones internacionales o de Estados miembros de la comunidad de Naciones—, [independientemente] que las legislaciones internas repriman o no estos delitos o que los tratados hayan sido o no incorporados. La gravedad de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad es tal […] que no se puede dejar a la legislación del país determinar si son o no punibles"[184].

La Corte Constitucional consideró que los artículos 15 (2) del *Pacto Internacional de Derechos Civiles* y Políticos y 7 (2) del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* autorizan "la persecución de delitos *sui generis* definidos por el Derecho internacional [crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra], incluso por Estados cuyo ordenamiento jurídico interno no incrimina o castiga […]. Es lógico que los actos en cuestión puedan ser perseguidos y castigados de acuerdo a las condiciones y requisitos establecidos por el Derecho internacional"[185]. Asimismo, recordó que ambas normas internacionales garantizan el principio de legalidad de los delitos y autorizan "a los Estados, que han incorporado en sus ordenamientos jurídicos internos las normas internacionales relativas a los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad después de la comisión de tales crímenes, a aplicar leyes penales retroactivamente. Es el Derecho internacional, y no el derecho interno, el que debía haber declarado estos actos punibles en el momento en que fueron cometidos" [186].

---

[183] *Ibíd.*, párrafo 4 del título IV "particularidades de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra" (original en francés, traducción libre).

[184] *Ibídem.*

[185] *Ibídem.*

[186] *Ibídem.*

10. Argentina: el caso Arancibia Clavel

Enrique Arancibia Clavel, en su calidad de agente de la sección exterior de la Dirección Nacional de Inteligencia (DINA) del régimen militar chileno, participó en los asesinatos y desapariciones forzadas de varias personas de nacionalidad chilena en Buenos Aires (Argentina), entre 1974 y 1978. Asimismo, Arancibia Clavel hizo parte de un grupo de la DINA encargado de perseguir, asesinar y desaparecer opositores políticos exiliados y miembros exiliados del gobierno derrocado de Salvador Allende. Arancibia Clavel fue procesado por la justicia argentina por homicidio y por asociación ilícita para cometer crímenes de lesa humanidad. En noviembre de 2000, el Tribunal Oral Federal en lo Criminal Federal No. 6 lo condenó por homicidio del General chileno Carlos Prats y por asociación ilícita para cometer crímenes de lesa humanidad[187]. La defensa de Arancibia Clavel apeló el fallo ante la Cámara Nacional de Casación Penal, la cual confirmó la condena por homicidio pero lo sobreseyó por el delito de asociación ilícita al considerar que había prescripción. La decisión de la Cámara de Casación Penal fue impugnada mediante un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina por la representación del Estado chileno, que actuaba como querellante en la causa.

En 2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación profirió su sentencia en el caso[188]. La Corte consideró "que si los homicidios, la tortura y los tormentos, la desaparición forzada de personas, son delitos contra la humanidad, el formar parte de una asociación destinada a cometerlos [es imposible que] no lo sea, pues constituiría un contrasentido tal afirmación, toda vez que este último sería un acto preparatorio punible de los otros"[189]. Asimismo, recordando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a la desaparición forzada, la Corte aseveró "que la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte

---

[187] Tribunal Oral Federal en lo Criminal Federal No. 6, Sentencia de 27 de noviembre de 2000, Causa No. 259, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ Homicidio calificado y asoc. Ilícita y otros.*

[188] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia de 24 de agosto de 2004, *Recurso de hecho deducido por el Estado y el Gobierno de Chile en la causa Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros —causa Nº 259—* (la sentencia está reproducida parcialmente en: Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de Jurisprudencia, *Delitos de Lesa Humanidad*, Ed. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1ª edición, Buenos Aires, julio de 2009, págs. 157 y siguientes).

[189] Ibíd., párrafo 13.

de nuestro país sólo ha significado, […] la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. Esto obedece a que la expresión desaparición forzada de personas no es más que un *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra"[190]. La Corte concluyó que "los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos —entre los que debemos contar el formar parte de un grupo destinado a llevar adelante esta persecución—, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional.[…] [y] Que en consecuencia el formar parte de un grupo dedicado a perpetrar estos hechos, independientemente del rol funcional que se ocupe, también es un crimen contra la humanidad"[191].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que "la prescripción de la acción penal, está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una *ley ex post facto* que alterase su operatividad, en perjuicio del imputado […] el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de 'ley penal', desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva"[192]. La Corte señaló que si bien "el fundamento común del instituto de la prescripción […] de la acción o de la pena, es la inutilidad de la pena en el caso concreto [no obstante hay una] excepción a esta regla, [que] está configurada para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se tratan de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe. Ello hace que no sólo permanezcan vigentes para las sociedades nacionales sino también para la comunidad internacional misma. En este sentido se ha dicho

---

190 *Ibídem*.
191 *Ibíd*., párrafos 16 y 17.
192 *Ibíd*., párrafo 19.

que 'Tanto los crímenes contra la humanidad como los tradicionalmente denominados crímenes de guerra' son delitos contra el 'derecho de gentes' que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar" [193].

La Corte recordó que la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de la humanidad* "sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos […] en rigor no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la Convención de 1968 era *ius cogens*, cuya función primordial 'es proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal'"[194]. En ese orden de ideas, la Corte concluyó que "la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno […] en consecuencia los hechos por los cuales se condenó a Arancibia Clavel, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, con lo cual no se da una aplicación retroactiva de la Convención, sino que ésta ya era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del '60, a la cual adhería el Estado argentino"[195].

11. Chile: el caso Molco de Choshuenco

En el año de 2003, en una sentencia de primera instancia, un juzgado chileno declaró prescrita la acción penal contra Paulino Flores Rivas, Rufino Rodríguez Carrillo y Hernán Salas Alarcón, miembros del Cuerpo de Carabineros de Chile procesados por las ejecuciones extrajudiciales de los estudiantes Hugo Rivol Vásquez Martínez y Mario Edmundo Superby Jeldres, dos militantes

---

193 *Ibíd.*, párrafos 20 y 21.
194 *Ibíd.*, párrafo 28.
195 *Ibíd.*, párrafo 29.

del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), en la localidad de Choshuenco, en diciembre de 1973[196]. La sentencia fue apelada ante la Corte de Apelaciones de Valdivia, la cual confirmó la sentencia de primera instancia respecto de los Carabineros Flores Rivas y Rodríguez Carrillo y absolvió a Salas Alarcón, el 7 de enero de 2004. Contra la sentencia de segunda instancia fue interpuesto un recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia de Chile, Sala Penal. El recurso de casación invocaba que el doble homicidio había sido cometido en un contexto de guerra interna y, por ende, era un crimen de guerra, según la doctrina y los principios de derecho internacional general, y en consecuencia era imprescriptible y no estaba sujeto a amnistía.

El 13 de diciembre de 2006, la Sala Penal de la Corte Suprema profirió su sentencia y condenó a los ex funcionarios de Carabineros Flores Rivas y Rodríguez Carrillo, como autores del homicidio calificado de Vásquez Martínez y Superby Jeldres[197]. La Sala Penal consideró que "el Derecho Internacional Humanitario constituye un conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados, dispensando protección a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y limita los medios y métodos de hacer la guerra. Esta rama del Derecho Internacional está integrada por acuerdos firmados entre Estados 'denominados tratados o convenios' y por el derecho consuetudinario internacional, que se compone a su vez de la práctica de los Estados, que estos reconocen como obligatoria, así como por principios generales del derecho. Aunque algunas de sus normas son similares, el Derecho Internacional Humanitario se ha desarrollado históricamente en forma separada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que no es obstáculo para que puedan aplicarse en ocasiones en forma simultánea, a través de un proceso de convergencia progresiva, tanto normativa como hermenéutica"[198].

Al recordar que los Convenios de Ginebra habían sido ratificados por Chile en 1951 y que, para la fecha de los hechos, estaban vigentes los Decretos Legislativos Nos. 3 y 5 de 1973, invocando el "estado o tiempo de guerra", la Sala Penal concluyó que los Convenios de Ginebra eran de aplicación para

---

196 Juzgado del Crimen de Mariquina, Sentencia de 7 de agosto de 2003, Rol No. 23.375.

197 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 13 de diciembre de 2006, caso *Molco de Choshuenco (Paulino Flores Rivas y otros),* Rol No. 559-04.

198 *Ibíd*., párrafo 5º de "Considerando".

el tiempo en que fue cometido el doble homicidio[199]. Asimismo, recordó el carácter imprescriptible de los crímenes de guerra bajo la *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad* y que, si bien este tratado no había sido ratificado por Chile, ello era una norma del derecho internacional consuetudinario vigente para la época de los hechos[200]. Asimismo, recordó que la prohibición de cometer crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad era una norma de *jus cogens*, que el Estado tiene la obligación de reprimir estos crímenes y que, como lo ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos"[201].

La Sala Penal concluyó que "la calificación del delito de homicidio cometido en la persona de las dos víctimas asesinadas a fines de 1973 por funcionarios del Estado de Chile, materia de autos, como un 'crimen contra la humanidad', no se opone al principio de legalidad penal, porque las conductas imputadas ya eran delitos en el derecho nacional 'homicidio' y en el derecho internacional, como crimen contra la humanidad"[202]. Asimismo, concluyó que la prescripción declarada en las sentencias impugnadas era contraria a la norma internacional consuetudinaria relativa a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, al artículo 3 Común y otros de los Convenios de Ginebra y a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*[203].

12. España: el caso Scilingo

Adolfo Scilingo, Teniente de Fragata de Armada de la República Argentina y miembro de Escuela Mecánica de la Armada (ESMA), participó entre 1976 y 1983 en varios asesinatos, desapariciones forzadas, detenciones ilegales y torturas durante el periodo dictatorial argentino. Detenido en España en 1997, sería procesado por la justicia de ese país por los delitos de genocidio y terrorismo[204]. En enero de 2005, la Audiencia Nacional de España daba

---

199 *Ibíd*., párrafos 9, 10 y 11.
200 *Ibíd*., párrafos 12 y siguientes.
201 *Ibíd*., párrafo 20.
202 *Ibíd*., párrafo 25.
203 *Ibíd*., párrafos 27 y 28.
204 Juzgado Central de Instrucción Nº 005, Auto de conclusión del sumario de 3 de octubre de 2003, Sumario (Proc. Ordinario) 19/1997 – L Terrorismo y genocidio.

inició al juicio oral contra Scilingo[205]. En el juicio oral, tanto la Fiscalía como la Acusación Popular calificaron de crímenes de lesa humanidad los delitos imputados a Scilingo.

En su sentencia de 19 de abril de 2005, la Audiencia Nacional condenó a Schilingo como "autor responsable de un delito de lesa humanidad" consistente en 30 asesinatos, desapariciones forzadas y tortura. Asimismo, la Audiencia Nacional consideró que esos hechos no podían ser calificados de genocidio, toda vez que no se reunían los elementos de ese tipo penal. Igualmente consideró que no procedía calificar los hechos bajo el delito de terrorismo, pues si bien se reunían los elementos de ese tipo penal, "los hechos van más allá y contienen otros elementos que solo son abarcados por el injusto del delito de lesa humanidad, razón por la que la Sala se decanta por esta última calificación, considerando en este caso el terrorismo subsumido dentro del delito de lesa humanidad y no en una relación de concurso de delitos"[206].

La Audiencia Nacional consideró que los actos imputados a Scilingo eran constitutivos de crimen de lesa humanidad, basada en que este delito tipificado en el artículo 607. Bis del Código Penal español. El crimen de lesa humanidad se tipificó en la legislación penal española en octubre de 2004, esto es con posterioridad a la comisión de los actos imputados a Scilingo. La Audiencia señaló que la aplicación de este artículo del Código penal planteaba "obvias cuestiones referidas al principio de legalidad penal, relativas a la tipicidad, taxatividad, accesibilidad, previsibilidad y certeza de la norma penal aplicada, en conexión con el de irretroactividad de las normas penales"[207]. La Audiencia señaló igualmente que "la aplicación del derecho queda vinculado tanto por la norma interna como por la internacional […] el carácter de *ius cogens* de la norma internacional a la que representa o recoge la interna, y cuya obligatoriedad con ello reconoce, le impide ir en contra de su contenido esencial o limitar su ámbito de aplicación temporal objetivo, subjetivo o territorial. Recibida en el derecho interno la norma de derecho internacional preexistente para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya obligatoria 'per se' o de que por sus características y universalidad, con la finalidad de proteger valores

---

205 Audiencia Nacional, Auto de 9 de diciembre de 2004, Rol de Sala No. 139/97, Sumario No. 19/97.

206 Audiencia Nacional, Sentencia de 19 de abril de 2005, Rol de Sala No. 139/97, Sumario No. 19/97, punto 7 de "A) Calificación jurídico penal de los hechos" de "III. Fundamentos de Derecho".

207 *Ibíd.*, "B. La aplicabilidad al caso del vigente tipo penal de lesa humanidad".

superiores de la humanidad, son el conjunto de la Humanidad y la totalidad de los Estados en que ésta se organiza, y no un Estado concreto, los que tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos delitos"[208].

Luego de recordar el proceso de desarrollo histórico de la noción de crimen de lesa humanidad, la Audiencia Nacional concluyó que "con independencia de lo que definitivamente pueda acontecer en el ámbito normativo interno […] no cabe ninguna duda de que este tipo criminal internacional, que genera responsabilidad penal individual, está vigente en Derecho internacional desde hace décadas, y en todo caso sería aplicable al conjunto de la represión en Argentina, de conformidad con el principio de derecho intertemporal *tempus regit actum,* visto desde la óptica del Derecho internacional"[209].

La Audiencia Nacional examinó la cuestión de la tipicidad, "*lex certa*" e irretroactividad de la ley penal aplicable, que planteaba la aplicación del artículo 607.Bis del Código Penal español. Respecto de la posible ausencia de norma penal en el momento de producción de los hechos, la Audiencia Nacional precisó que "[p]artimos de la prohibición penalmente sancionada, desde hace décadas, por el derecho internacional, de las conductas a que se refiere el tipo penal recientemente introducido, siendo esta prohibición una norma de general aplicación para todos los Estados al ser un norma de 'ius cogens' internacional. No puede decirse, por tanto, que se traten de conductas que no estaban anteriormente prohibidas, como tampoco, como veremos, que sean inciertas o imprevisibles ni en el mandato o prohibición que contienen ni en el de la pena a aplicar"[210]. Asimismo, indicó que "[e]n el análisis del problema de la tipicidad, es de destacar que la formulación clásica del principio de legalidad penal (criminal y penal) *nullum crimen nulla poena sine lege,* en el Derecho internacional se articula como de *nullum crime sine iure*, lo que permite una interpretación mucho más amplia de las exigencias derivadas de este principio, en cuanto que sería suficiente la consideración como tal en Derecho internacional, aunque no estuviera tipificado en derecho interno. A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos internos, la tipicidad de los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad no está determinada en el orden internacional por su incorporación en textos escritos. En este ámbito la *lex* se expresa mediante métodos consuetudinarios (y principios generales del

---

208 *Ibídem*.
209 *Ibíd*., párrafo 2.3 de punto "2. Carácter universal de los crímenes contra la humanidad".
210 *Ibíd*., "4. El problema de la tipicidad, '*lex certa*' e irretroactividad de la ley penal aplicable".

Derecho) que la hacen ambigua e insegura hasta que se produce su codificación […] se debe evitar que un principio [*nullum crimen nulla poena sine lege*] que nació con el objeto de proteger al individuo frente al poder absoluto del Estado se convierta en una barrera protectora que proteja a un ataque masivo de los derechos más elementales de los ciudadanos. […] difícilmente se vulnera el principio de legalidad penal cuando en el Derecho internacional la figura de los crímenes contra la humanidad está en vigencia (internacional) desde hace ya muchas décadas. Que no existiera un Tribunal o ninguna jurisdicción estatal que se hubiera encargado de hacer cumplir o sancionar la infracción de dichas normas internacionales no pone en cuestión la vigencia de las mismas"[211].

Asimismo, la Audiencia Nacional señaló que "[l]a naturaleza mixta que en la actualidad tienen los delitos contra la humanidad, convencional y consuetudinaria, produce unos determinados efectos como consecuencia de la interacción de normas internacionales de varias clases. La cristalización en normas escritas añade un importante plus de taxatividad y de previsibilidad a la conducta prohibida u ordenada por la norma penal internacional"[212].

La Audiencia Nacional consideró que "el principio 'nullum crimen sine lege', es, se trata, de un principio de justicia superior. Expresa ante todo un principio de justicia y no puede haber mayor injusticia que llevar a cabo interpretaciones estrictas conducentes a la impunidad del sujeto. En definitiva hemos de decir aquí que desde una perspectiva internacional, existían en el momento de la producción de los hechos normas internacionales consuetudinarias de aplicabilidad general que prohibían claramente las conductas llevadas cabo durante la dictadura militar argentina por militares, fuerzas de seguridad del estado y civiles en la llamada lucha contra la subversión, aunque ciertamente la tipificación de dichas conductas basadas fundamentalmente en el Art. 6 c del Estatuto de Nuremberg no tuvieran una absoluta precisión en los tipos y la tipificación de la contenida en el Convenio contra el Genocidio de 1968 no le fuera absolutamente aplicable. Sin embargo, ya existían suficientes elementos en el ámbito internacional para tener una idea cierta de que esas conductas eran constitutivas de un crimen contra la humanidad e iban no solo contra el derecho interno sino también contra el derecho internacional por lo que [...] en virtud del principio de responsabilidad individual, también les era exigibles a sus autores

---

211 *Ibíd.*, párrafo 1.2.
212 *Ibíd.*, párrafo 1.3.

y partícipes responsabilidad penal internacional por ese tipo de conductas. Consideramos, por tanto, que aunque posteriormente se haya producido una tipificación de este tipo de conductas en el ámbito internacional mediante su cristalización en tratados internacionales, ello simplemente añade un plus de taxatividad y de certeza a la previsibilidad general de la conducta prohibida u ordenada, por lo que no existen sólidas razones para negar el respeto del principio de legalidad, al menos en su manifestación de garantía criminal, a no ser que se haga una interpretación falsa y desviada de dicho principio"[213].

Finalmente, la Audiencia Nacional recordó el artículo 7 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, el cual "contiene una interesante y completa regulación del principio de legalidad penal y que, como se aprecia, hace referencia expresa al Derecho Internacional como fuente de Derecho Penal, más allá del derecho penal interno y conviviendo con él; haciéndose en el párrafo segundo de dicho artículo, a modo de salvedad, una directa referencia a los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, dejando claro que la recta aplicación de este principio no pasa por eximir de persecución penal a los culpables de los crímenes más graves contra la humanidad, ni en definitiva a los Estados de ampararse en este artículo para dejar de cumplir sus obligaciones positivas de defensa y protección de los derechos humanos de carácter fundamental reconocidos en el [Convenio Europeo]"[214].

La Audiencia Nacional igualmente invocó el artículo 15 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y concluyó que con la aplicación del artículo 607.Bis del Código Penal no se había violado el principio de legalidad de los delitos —incluida la prohibición de la retroactividad de la ley penal— consagrado en el artículo 25 de la Constitución española y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

13. Uruguay: el caso Bordaberry

Juan María Bordaberry, presidente electo de Uruguay en 1972, quien lideró un golpe de Estado y dirigió un gobierno dictatorial de 1973 a 1976, fue procesado en 2006 por tribunales uruguayos por los delitos de asesinato y desaparición forzada de varios opositores durante el régimen militar, a raíz de una denuncia

---

[213] *Ibíd.*, párrafo 1.4.
[214] *Ibíd.*, párrafo 1.5.

penal suscrita por más de 2000 ciudadanos. En agosto de 2003, la Suprema Corte de Justicia resolvió que su proceso radicara en el fuero ordinario.

El 9 de febrero de 2010, el Juzgado de Primera instancia en lo Penal de 7º turno condenó a Bordaberry por los delitos de "Atentado a la Constitución" (por los hechos del golpe militar), desaparición forzada y "homicidio político". Asimismo, el Juzgado consideró que los delitos de desaparición forzada y "homicidio político" imputados a Bordaberry constituían crímenes de lesa humanidad. Para la fecha de la comisión de los delitos, la desaparición forzada y el "homicidio político" no estaban tipificados en el ordenamiento penal uruguayo, pero fueron incorporados al catálogo de delitos en 2006 con la Ley No. 18.026 de 25 de septiembre 2006, que tipificó el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otros delitos bajo el derecho internacional[215]. El Juzgado consideró que tanto los homicidios y las desapariciones forzadas violaban el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscritos por Uruguay.

Asimismo, el Juzgado señaló que los crímenes de lesa humanidad son ilícitos bajo el derecho internacional, independientemente de que la legislación nacional los haya o no tipificado: "[s]u persecución y castigo se basa en que tales ilícitos lesionan valores humanos con contenido universal, su represión representa pues, una norma de *jus cogens*". Igualmente, señaló que "[n] o resulta relevante si el orden jurídico interno permitió o no efectuar tales actos, desde el momento que existen normas internacionales de *jus cogens*, principios admitidos por las naciones civilizadas, limitativas de la soberanía de los Estados, en lo vinculado a la protección de la persona humana. El delito contra la humanidad es imprescriptible, ello atento a la gravedad del mismo que interesa a la comunidad internacional toda su persecución. Por igual razón no pueden ser los autores beneficiados por institutos como la amnistía o similares en tanto cualquiera de dichas soluciones menoscabaría las obligaciones internacionales de penalizar delitos de tal importancia. Tampoco puede, a los criminales de estos ilícitos, concederles asilo".

Finalmente, el Juzgado señaló que las desapariciones forzadas y los homicidios imputados a Bordaberry ya constituían crímenes de lesa humanidad, bajo el derecho internacional, cuando estos fueron perpetrados.

---

[215] Como: el "homicidio político", la tortura, la desaparición forzada, la "privación grave de la libertad" y la "agresión sexual contra persona privada de libertad".

Anexo 1: Normas y estándares internacionales

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 11 (2):

> «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.»

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 15:

> «1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.
>
> «2. 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.»

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 9 “Principio de Legalidad y de Retroactividad”:

> «Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.»

Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

Artículo 7:

> «1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.
>
> «2. El presente artículo no impedirá el juicio 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.»

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[216]

Artículo 49 "Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas":

> «1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta.

---

[216] Firmada y proclamada por los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión de la Unión Europea, el 7 de diciembre de 2000 con ocasión del Consejo Europeo de Niza.

> «2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones.»

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

Artículo 19 (1):

> «1. Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional».

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 40:

> «1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.
>
> «2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:
>
>> «a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron».

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales

Protocolo I, artículo 75 (4,c):

> «[N]adie será acusado o condenado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse.»

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional

Protocolo II, artículo 6 (2,c):

> «[N]adie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho».

Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950

Principio I:

> «Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.»

Principio II:

> «El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.»

Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg

Artículo 6 (c):

> «Crímenes de Lesa Humanidad: a saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.»

Principios mínimos de las normas relativas a los derechos humanos en los estados de excepción[217]

Principio 7 (6):

> «Nadie podrá ser declarado culpable por un acto u omisión que no constituya un delito penal, en virtud del derecho nacional o internacional, en el momento en que se cometió»[218].

---

[217] Aprobados por la Asociación de Derecho Internacional (París, 1984). El Comité de Derechos Humanos afirmó que los Estados parte del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* deben tener debidamente en cuenta la evolución del derecho internacional en cuanto a las normas de derechos humanos aplicables en situaciones de excepción y en particular se refirió a estos Principios (*Observación general Nº 29: Estados de emergencia (artículo 4*, párrafo 10).

[218] Original en inglés, traducción libre.

Anexo 2: Selección de decisiones judiciales colombianas

Corte Constitucional

Sentencia C 578/02 de 30 de julio de 2002, Referencia: expediente LAT-223, revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998), Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

> «[…] si bien es cierto que los Estados son soberanos para definir las sanciones y procedimientos penales internos que resulten más adecuados para impedir la impunidad frente a crímenes tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, existe un consenso internacional en torno a que tal regulación debe hacerse de manera compatible con el deber de protección de los derechos humanos y de respeto al derecho internacional humanitario y, por lo tanto, las limitaciones a la soberanía en estas materias han sido aceptadas por los Estados como parte de su compromiso de garantizar la efectividad de tales derechos. El Estatuto de Roma reitera ese compromiso y reafirma el consenso internacional en la materia. […] la soberanía de un Estado existe para proteger a los habitantes que residen en su territorio, no para amparar a quienes han violado los derechos humanos o desconocido los mínimos establecidos en el derecho internacional humanitario ni, mucho menos, para servir de muralla infranqueable para quienes desea convertir un determinado territorio en un escondite para gozar de impunidad. […] La irretroactividad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional] no supone la impunidad de tales conductas. Estas, de todas maneras, pueden ser investigadas y sancionadas por las jurisdicciones nacionales o por otros

tribunales internacionales, si se tiene en cuenta que el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra se encontraban proscritos en el derecho internacional de los derechos humanos y por el derecho internacional humanitario antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, así como por la existencia de un compromiso internacional para su represión y del reconocimiento de una jurisdicción universal para su juzgamiento por cualquier Estado.»

Sentencia C-291/07 de 25 de abril de 2007, Referencia: expediente D-6476, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 135, 156 y 157 (parciales) de la Ley 599 de 2000, y 174, 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

«[…] debe tenerse en cuenta que las normas de origen consuetudinario ocupan un lugar de primera importancia en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario. Recuerda la Sala que las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario son vinculantes para Colombia en la misma medida en que lo son los tratados y los principios que conforman este ordenamiento jurídico. En términos generales, la Corte Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia el valor vinculante de la costumbre internacional para el Estado colombiano en tanto fuente primaria de obligaciones internacionales y su prevalencia normativa en el orden interno a la par de los tratados internacionales, así como la incorporación de las normas consuetudinarias que reconocen derechos humanos al bloque de constitucionalidad. Específicamente en relación con el Derecho Internacional Humanitario, la Corte ha reconocido que las normas consuetudinarias que lo integran, se vean o no codificadas en disposiciones convencionales, forman parte del *corpus* jurídico que se integra al bloque de constitucionalidad por mandato de los artículos 93, 94 y 44 Superiores.

«[…] La importancia de las normas consuetudinarias dentro del Derecho Internacional Humanitario contemporáneo es tal, que en sí mismas proveen el fundamento para la responsabilidad penal individual de quienes cometen crímenes de guerra.»

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Auto de 31 de julio de 2009, proceso contra Wilson Salazar Carrascal, radicado 32.539, Magistrado Ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán

«De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política 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.

«Esa consagración constitucional del principio de legalidad de los delitos y de las penas, reconocido desde la época de la Revolución Francesa, protege y garantiza la libertad y la igualdad de las personas contra posibles arbitrariedades de los jueces. Dicho postulado exige que quienes vayan a ser objeto de una sanción penal conozcan con anticipación las conductas que son reprochables por el legislador y las sanciones que habrán de imponerse.

«[…] La irretroactividad garantiza que no se apliquen sanciones ex post facto, es decir, establecidas con posterioridad a la realización de los hechos.

«A nivel global ese postulado está contenido en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos pero con el reconocimiento expreso de los actos u omisiones señalados como delictivos tanto en el derecho nacional como en el foráneo, y le otorga preponderancia a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad multilateral:

> «Artículo 15. 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

> «2. 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." (Subraya la Sala).

«El Constituyente de 1991 (artículo 93 de la Carta Política) fue claro en señalar que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Con el fin de armonizar ese artículo con el 4º *ibídem,* la Corte Constitucional acudió a la noción de *bloque de constitucionalidad […]*

«De acuerdo con la jurisprudencia, los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (artículos 93 y 214, numeral 2º, de la Carta Política) forman con el resto del texto constitucional un *bloque de constitucionalidad*.

«La obligatoriedad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad imponen al Estado —todo— adaptar las normas internas a los contenidos del derecho internacional humanitario.

«En este orden de ideas, las autoridades colombianas deben observar no solo la normatividad interna sino aquella integrada en el bloque de constitucionalidad y las decisiones proferidas por organismos internacionales, tales como el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

«Bajo esos parámetros, la labor de la fiscalía, no solo en la etapa de investigación y verificación sino de adecuación típica de la conducta, así como la de los jueces que de alguna manera intervienen en los procesos de justicia y paz, debe estar orientada por esos principios y mandatos *superiores*.

> «Esa labor no puede ser ajena, entonces, a los postulados del derecho internacional de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Por ejemplo, el homicidio en persona protegida hace parte del género de delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional y con el fin de cumplir y hacer efectivas las normas del derecho internacional humanitario el legislador de 2000 lo tipificó como delito.»

Sentencia de 21 de septiembre de 2009, radicado No. 32022, Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez

> «La doctrina distingue dos grandes categorías de crímenes graves contra la comunidad internacional, a saber, los crímenes de guerra o infracciones graves al derecho internacional humanitario y los crímenes de lesa humanidad o contra la humanidad. […] el artículo 214, numeral 2º, de la Carta Política dispone que '*en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario'*, lo cual significa que en Colombia, independientemente de la adhesión a tales instrumentos internacionales, operó una incorporación automática del derecho internacional humanitario al ordenamiento interno nacional, lo cual es congruente con el carácter imperativo que caracteriza sus principios axiológicos, que hacen que este cuerpo normativo integre el *ius cogens* […] es obligación del Estado colombiano garantizar que las violaciones graves al derecho internacional humanitario sean castigadas como lo que son, esto es, como atentados que no sólo afectan la vida, la integridad física, la dignidad, la libertad de las personas, entre otros bienes relevantes, sino que atentan contra valores fundamentales reconocidos por la humanidad entera y compilados en el conjunto de normas que conforman el llamado derecho internacional humanitario. Precisamente, en cumplimiento de esa obligación, el Código Penal de 2000 introdujo al ordenamiento jurídico un catálogo de conductas punibles, en aproximación, que castigan las infracciones graves contra las personas y los bienes protegidos por el D.I.H., las cuales fueron plasmadas

en el Libro 2º, Título II, Capítulo único, de la Ley 599 de 20007, como respuesta a la necesidad de brindar un nivel especial de protección a la población civil afectada por la magnitud del conflicto armado que desde décadas atrás se vive en Colombia […] a nivel interno, los crímenes de lesa humanidad tienen fundamento constitucional y legal. En el primer orden, la Carta Política contiene una serie de mandatos que se constituyen en la plataforma para la punición de los crímenes de lesa humanidad. Así, el artículo 11 dispone que '[*E]l derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte*'; por su parte, el artículo 12 establece que *'nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes';* el artículo 13 recoge el principio fundamental de igualdad, que para el efecto prohíbe cualquier tipo de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; el artículo 17 en cuanto prohíbe la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas. Simultáneamente y en forma complementaria, en virtud de la teoría del bloque de constitucionalidad, derivada del artículo 93 de la Carta Política, que consagra la prevalencia, en el orden interno, de los tratados y convenios de derechos humanos y derecho internacional humanitario, resulta indiscutible la fuerza vinculante del conjunto de normas internacionales que prohíben conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad. […] el genocidio, la desaparición forzada y el desplazamiento forzado, sólo fueron introducidos como delito en la legislación nacional a través de la Ley 589 de 2000, que fue incorporada y ampliada en el nuevo Código Penal —Ley 599 de 2000—. […] Pero es claro para la Corte que la no incorporación en la legislación interna de una norma que en estricto sentido defina los delitos de lesa humanidad, no impide su reconocimiento a nivel nacional, porque con base en el principio de integración —artículo 93 de la Carta Política— debe acudirse a los instrumentos internacionales que por virtud del bloque de constitucionalidad obligan en la interpretación y aplicación de las normas.»

Auto de 13 de mayo de 2010, proceso contra César Pérez García, radicado No. 33.118, Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez

«Previo a la expedición de la Ley 589 de 2000, aún no se hablaba de genocidio ni de crímenes de impacto internacional dentro de la legislación penal colombiana, pues, conforme al artículo 1° de la mencionada norma, se creó el artículo 322A del Decreto-Ley 100 de 1980 [Código Penal, "Genocidio"] que establece dicho tipo penal, razón por la cual la forma de darles tratamiento a las conductas constitutivas de esta clase de delitos, sobre todo en lo relacionado con homicidios por motivos políticos, se había venido tipificando como homicidio agravado; norma que fue ratificada por la Ley 599 de 2000, en su artículo 101.

«El mayor problema que se presenta con esta clase de tipificación respecto de las mencionadas conductas, antes del establecimiento de este conjunto de figuras como delitos dentro de la Legislación Penal interna, tiene que ver, en primer lugar, con la no identificación de la finalidad perseguida con la comisión de alguna de ellas, razón por la cual no se judicializa ni se juzga el verdadero propósito de la conducta y, en segundo lugar, con el acaecimiento de la prescripción de la acción penal, la cual, conforme a la nueva normatividad sustantiva penal tiene un término que comprende entre, mínimo 5 años y, máximo 20 años, exceptuando, entre otros, al genocidio, cuyo término máximo de prescripción es de 30 años. Problemática que va aparejada con la pasividad, inactividad y negligencia investigativa de algunos funcionarios encargados de tal, que permiten con su actuar que el tiempo pase y así puedan operar dichas figuras, máxime cuando en algunos casos se han presentado los denominados internacionalmente 'Crímenes de Estado'.

«El análisis que aquí corresponde, se limita a determinar si una conducta cometida con anterioridad a la expedición de la Ley 589 de 2000, puede ser catalogada como punible, Vgr, bajo la descripción del delito de genocidio, aún cuando este tipo penal no se había consagrado en la legislación penal

interna, pero la misma encuadra dentro de las exigencias de tratados internacionales que obligan que su tipificación sea como tal y no como otra conducta, aunado a la posibilidad de que frente a la misma no se pueda hablar de prescripción de la acción penal, en atención a su definición como delito de 'Lesa Humanidad'.

«El primer problema que se encuentra se refiere a la última posibilidad planteada, pues, 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. Otro problema que se avista, está relacionado con 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.

«[…] es claro que la única forma de iniciar o continuar la investigación por una conducta que **probablemente constituye Vgr, un delito de genocidio y/o de concierto para delinquir en vigencia del Decreto-Ley 100 de 1980**, es argumentando la imprescriptibilidad de la acción penal, con fundamento en los tratados internacionales sobre derechos humanos reconocidos por Colombia y aplicables como principios de derecho internacional.

«[…] 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, éste, previamente debe encontrarse reglado en una norma en dicho sentido, no lo es menos que la normativa interna debe ajustarse a lo definido en los Tratados Internacionales y, en ese sentido, armonizarse con los mismos y con la Constitución; razón por la cual, es aceptable que se pueda predicar la aplicación del contenido de dichos instrumentos como fuente de derecho, en atención a la mora del legislador en acoplar las leyes a lo allí definido. Por esto, sería posible aplicar el contenido de un

Tratado Internacional reconocido por Colombia respecto de algún delito allí prohibido y sancionado, aún sin existir ley interna previa en dicho sentido, sin atentar contra el principio de legalidad.

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

«[…] Con claridad, se reitera, antes de la expedición de la Ley 589 de 2000 ya existía la proscripción de los delitos como el genocidio, lo que permite —sin violentar el principio de legalidad— que la norma de carácter internacional sea tenida en cuenta como la que tipifica dicho delito y, en consecuencia, conductas constitutivas del mismo puedan ser sancionadas penalmente, aún cuando se hayan cometido con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida ley interna. Es evidente la trascendencia internacional que connota la comisión de esta

clase de conductas, ya definidas como de lesa humanidad, tanto así que, es reprochable la mora del legislador en implementar leyes de carácter interno que sancionen eficazmente las mismas, pero ello no es óbice para desconocer la existencia de una norma supranacional que obliga a darle cumplimiento y efectivizar las penas en contra de los autores de tan penosas conductas. Máxime, cuando al tratarse de un crimen catalogado como de nivel internacional y atentatorio de la dignidad humana, para su tipificación deben tenerse principalmente en cuenta los estándares internacionales, por lo que, una vez más se repite, su consagración normativa internacional previa como delito, permite que su adecuación bajo los parámetros y condiciones aquí expuestas no sea violatoria del principio de legalidad y, aún más, si se tiene en cuenta lo consagrado en el inciso 1º del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con entrada en vigor para Colombia el 23 de marzo de 1976, en virtud de la Ley 74 de 1968, donde se habla de una tipicidad no solo nacional, sino también, internacional.

«[…] Así pues, conforme 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, aún cuando la misma se cometiera antes de la entrada en vigencia de la Ley 589 de 2000 y, posterior, a la ratificación y aprobación interna de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio […] [p]arámetros 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— y, *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'.»

Auto de 16 de diciembre de 2010, proceso contra Úber Enrique Banquez Martínez, radicado No. 33.039, Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez

> «Son dos los problemas jurídicos que se plantean con la apelación que ahora se resuelve: […] el segundo, está relacionado con la vigencia de las leyes en el tiempo, específicamente si existe la posibilidad de que las normas del Título II del Libro Segundo del Código Penal, llamado "Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario", cuya vigencia inició el 25 de julio de 2001, se apliquen para sancionar conductas realizadas con anterioridad a esa fecha.
>
> «La Sala comienza por reivindicar el principio de legalidad reconocido en nuestra Constitución Política como bastión de protección contra la arbitrariedad, cuyo reconocimiento se origina en los reclamos de la burguesía de la Europa del Siglo XVIII que veía con enorme preocupación que no existiera precisión sobre el contenido de lo prohibido, el juez llamado a juzgar los delitos, el procedimiento a seguir, así como el monto y la clase de pena aplicable, imponiéndose, por tanto la arbitrariedad del soberano […]
>
> «Al amparo del principio de legalidad surgió el derecho penal del Estado liberal, concebido como escenario de protección del reo contra la enorme capacidad de discrecionalidad del soberano, proyectando sus alcances a distintas dimensiones de la convivencia, iniciándose una tradición de respeto por los límites al poder del Estado, que con el paso de los siglos ha sido enriquecida y fortalecida, convirtiéndose en pilar fundamental de la filosofía de los derechos humanos y de las constituciones contemporáneas.
>
> «[…] Siendo el principio de legalidad hijo de los principios de libertad, igualdad y fraternidad, tiene además la paternidad responsable del llamado Estado de Derecho. Cuando el artículo 1º de nuestra Constitución Política declara que Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho, está invocando

desde la dimensión del Estado de Derecho, el respeto por el orden jurídico, la tri-división del poder público y el control de las autoridades públicas; todo dentro de la consigna de la exaltación de la dignidad humana.

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

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

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

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

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

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

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

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

«Es más, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto de San José y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, extienden el principio de legalidad al derecho internacional.

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

«Pero va más allá en su numeral 2º en el que de manera tajante advierte: 'Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al

juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.'

«Por su parte, el Pacto de San José en su artículo 9º al consagrar el principio de legalidad no lo limita al derecho patrio señalando que: 'Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.'

«A su turno, el Convenio Europeo de Derechos Humanos al reconocer el principio de legalidad, establece en su artículo 7º una fórmula similar a la adoptada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al advertir en su numeral 1º que: 'Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional.' En su numeral 2º, advierte de manera perentoria que: 'El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.'

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

«Tal flexibilización a la legalidad, que implica una restricción a las garantías del justiciable en pro de la lucha contra la criminalidad que agravia a la humanidad, se explica en que con frecuencia se trata de una manifestación delincuencial auspiciada —o sistemáticamente cometida— por los Estados totalitarios, que por supuesto no estarían interesados en legislar tipificando sus propios actos.

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

«Por su parte, en los 'Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad' se leen los siguientes:

> «1. 'Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.'
>
> «2. 'Todo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.'

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

«En el mismo instrumento, en su numeral 8º se dispone que: 'Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo

de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.'

«Así, el principio de legalidad en tratándose exclusivamente de crímenes internacionales —de agresión, de guerra, de lesa humanidad y genocidio—, se redefine en función de las fuentes del derecho, ampliándolas en los términos del artículo 38 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, a los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina internacional.

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

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

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

«Por otra parte, variadas han sido las experiencias en el contexto internacional en las que sin la mediación legislativa local se han aplicado penas originadas en delitos internacionales, construyéndose así la costumbre

y jurisprudencia internacional, que han venido aclarando los alcances del principio de legalidad en este contexto; iniciándose con los Juicios de Nuremberg y Tokio, que abrieron el escenario de la llamada justicia internacional, en protección de la humanidad.

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

«En Europa, por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en varios pronunciamientos[219], ha dejado claro que en materia de principio de legalidad, la noción de derecho aplicable se extiende no sólo a las normas escritas de orden nacional sino también al no escrito, haciendo expresa referencia a la jurisprudencia, costumbre y doctrina internacional.

«En ese orden, en tratándose de crímenes internacionales la legalidad supone la integración de los tratados internacionales a los sistemas jurídicos domésticos con plenos efectos como ley previa para hacer viable su sanción, así los mismos no estuvieran formalmente tipificados en la legislación nacional al momento de su comisión, tal como se ha concluido en

---

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

procesos adelantados por las Cortes Supremas de Justicia de Uruguay[220], Argentina[221], Chile[222] y Perú[223], entre otros.

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

«En ese contexto, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en el conocido como 'Caso Simón[224]', profirió sentencia el 14 de junio de 2005 dejando sin efecto también unas leyes de punto final y de obediencia debida dictadas en dicho país (las 23.492 y 23.521), que favorecían la impunidad de los delitos cometidos durante los periodos de las dictaduras militares (no obstante que por medio de sentencia de 22 de junio de 1987, ya habían sido declaradas ajustadas a la Constitución del país austral "Caso Camps"); sentencia en la que la Corte convalidó la utilización de una ley ex post facto de orden internacional para imponerles condena, como fue la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

«Así, se puede afirmar que so pretexto de la omisión legislativa interna, no es dable abstenerse de castigar los delitos

---

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

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

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

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

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

internacionales, en una doctrina construida a partir de casos en que era notoria la incidencia que tenían los perpetradores en los legisladores, quienes ya por intimidación, connivencia o simple indiferencia, se abstenían de incorporar a la legislación nacional la tipificación de tales conductas.

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

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

«La Sala recientemente se ocupó del asunto reconociendo calidad de fuente de derecho penal a los tratados internacionales suscritos por nuestro Estado con indiferencia de ley interna que los concrete y viabilice; y por tal razón, desde su entrada en vigencia se legitima la punibilidad de las conductas descritas en tales instrumentos y por tanto se entienden incorporadas al ordenamiento jurídico nacional[225].

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

---

[225] Auto de 13 de mayo de 2010, radicado 33118.

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

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

«Por tal razón la providencia impugnada será modificada extendiendo la medida de aseguramiento de detención preventiva a la totalidad de delitos, al considerarse como infracciones graves al derecho internacional humanitario».

Providencia de 14 de marzo de 2011, proceso contra Cesar Pérez García (Masacre de Segovia), radicado 33.118

«A más de recordar que la conducta de Genocidio fuere juzgada por primera vez a través de un Tribunal Penal Internacional *ad-hoc*, como es el caso de los Juicios de Nüremberg y, que luego de la creación de la Organización de las Naciones Unidas se empezaron a celebrar Tratados y Convenciones como aquella suscrita para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio y, posteriormente el Tratado de Roma, vale la pena referenciar la existencia de otra serie de instrumentos que constituyen conceptos vinculantes para el Estado Colombiano y plenamente aplicables, con ocasión del Bloque de Constitucionalidad.

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

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

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

«[…] También, vale la pena recordar que la Corte Constitucional determinó que "*no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo al ordenamiento interno nacional*"[226], por lo que se considera de especial importancia analizar la congruencia que debe existir entre el ordenamiento internacional y el interno y no, circunscribir una serie de conductas a lo dispuesto tardíamente en el derecho nacional y aspirar a que no se pueda dar aplicación sistemática y

[226] Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad No. 225 de 1995.

complementaria a las disposiciones internacionales, máxime cuando se han presentado atentados graves contra la dignidad de la humanidad como así sucede en los casos de **crímenes de Lesa Humanidad.**

«Para abundar aún más en argumentos que llevan a la Sala al respeto absoluto por la **especial imperatividad de las normas humanitarias válidas en todo tiempo**, además de la incorporación automática a la que ya se ha referido la Sala en este auto, ésta deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que los instrumentos internacionales recogen, como lo ha sostenido la Corte Constitucional en la sentencia de la revisión constitucional del Protocolo II de Ginebra, en la que señala: 'Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado'[227].

«No puede entonces desconocerse el mandato, al que no puede oponerse la temporalidad, porque las normas de derecho internacional humanitario preservan aquel **núcleo intangible y evidente de los derechos humanos, que se reitera, no puede ser desconocido** y menos, excusarse ante la comunidad internacional, ni ante el ordenamiento jurídico colombiano, 'la comisión de conductas que vulneran claramente la conciencia misma de la humanidad, como los homicidios arbitrarios, las torturas, los tratos crueles, las tomas de rehenes, las desapariciones forzadas, los juicios sin garantías o la imposición de penas *expost facto*'[228].

«No se trata entonces de un derecho de excepción, ni tampoco como una excepción al derecho en sentido de legislación formal, sino más bien con la naturaleza y características de los

---

227 *Cfr*. Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995.
228 Ibídem.

crímenes de Lesa Humanidad y con la necesaria subordinación de la legislación interna a ciertos principios previos y superiores que condicionan su validez y, consiguientemente, su aplicación[229].

«[…] Como se puede observar de las Resoluciones a través de las cuales se crearon los Tribunales *ad-hoc* cuyos Estatutos se acaban de referenciar, la descripción del crimen de Genocidio deviene idéntica a la efectuada por las Naciones Unidas dentro del artículo 2° de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio de 1948 y que fuere retomada por la Legislación interna Colombiana en el artículo 1° de la Ley 589 de 2000 y en el artículo 101 de la Ley 599 del mismo año, así como por la Asamblea Internacional de Plenipotenciarios en el marco del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, dentro de su artículo 6°.

«De acuerdo con lo anterior, queda claro que el marco normativo del delito de Genocidio como crimen de Lesa Humanidad se encuentra cabalmente definido en el ámbito internacional aún con anterioridad a la promulgación de la Ley 589 de 2000, lo que da mayor soporte a la tesis inicialmente expuesta por la Corte Suprema de Justicia; es decir, el delito de Genocidio es un crimen de connotación internacional que atenta gravemente contra la dignidad de la humanidad, tanto así que han tenido que crearse Tribunales *ad-hoc* con la finalidad de sancionar internacionalmente aquellas conductas constitutivas de dicho delito. Aquí y en atención a la fuerza vinculante del Bloque de Constitucionalidad, acudir a la interpretación sistemática que se ha predicado en el presente proceso es perfectamente razonable y reconocedora de los derechos fundamentales no sólo del procesado sino de las víctimas, situación que de ninguna manera desconoce o desdibuja el principio de legalidad, **máxime cuando se está frente a una conducta constitutiva de un crimen de macrovulneración que, a más**

---

229 *Cfr. Delitos de Lesa Humanidad. Reflexiones acerca de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Editorial Ediar. Buenos Aires. Argentina. Capítulo II. José Antonio Buteler, pág. 24.

de ser pluri-ofensivo, tiene efectos no sólo nacionales sino internacionales y cuya comisión se encuentra proscrita por la comunidad internacional, porque tal y como se referenció en los autos precedentes a esta decisión, cuando se hizo la cita del artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en donde se indicó con claridad que es perfectamente aplicable el concepto del principio de legalidad universal, pues, recuérdese que la norma acabada de mencionar indica que *'Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional'*, lo que se traduce en que no se atenta contra el principio de legalidad cuando se sanciona una conducta que ha sido descrita a nivel internacional como punible.

«[…] el problema planteado trasciende la frontera del derecho interno y se enmarca dentro de los derroteros que, en materia de Derechos Humanos, ha fijado la Comunidad Internacional y que han sido asumidos por el Estado Colombiano, razón por la cual, no pueden aducirse normas de carácter interno con la finalidad de impedir la aplicación que, por vía del Bloque de Constitucionalidad, tiene que darse de los Tratados y Convenios Internacionales que al tiempo de los hechos tenían una vigencia ya bastante prolongada, la cual aún continúa y sigue siendo aceptada por Colombia.

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

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

«Si bien es cierto, dentro del marco normativo que se ha expuesto no sólo en esta decisión sino en las que la han antecedido, que no se establece específicamente como constitutiva de Genocidio aquella conducta que se encuentra dirigida a la destrucción total o parcial de un grupo de carácter político, no lo es menos que en los autos referenciados inicialmente se analizó cuáles eran las razones que llevaban a la Corte a considerar que aún así no se desconoce el principio de legalidad universal, pues la descripción efectuada en dicho marco normativo hace parte de unas bases estructurales de contenido general que deben ser adecuadas de manera específica por cada uno de los Estados, pero siempre en cumplimiento de los elementos básicos que orientan la tipificación del delito como tal; elementos, que ha considerado esta Corporación se encuentran reunidos dentro del caso *sub examine* y que fue definido en igual sentido por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos […].

«A más de lo anterior, no se puede desconocer que esta forma de interpretación constitucional ha permitido que al interior

del derecho colombiano y, en gran medida, respecto del derecho penal, se hagan avances con la finalidad de cumplir con las necesidades y estándares del derecho internacional en materia de justicia y que se enmarcan dentro del dinamismo que se ha establecido conforme al fenómeno de la globalización, de tal manera que no se atente contra las disposiciones internas ni contra las de carácter internacional. Por lo anterior, no puede desconocerse tal y como lo indica la doctrina que *'antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1991, las normas internacionales de derechos humanos no tenían ninguna aplicación práctica en nuestro país. Con contadas excepciones, los jueces colombianos no conocían ni aplicaban esas normas, como lo mostró una investigación empírica de un grupo de jueces y de la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana'*[230], situación que se presentaba aún cuando había tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico interno, toda vez que sus correspondientes leyes aprobatorias ya habían sido promulgadas y entrado en vigencia, sin embargo, dicha falencia es la que ahora se pretende resaltar y así evitar la inaplicabilidad de aquellas normas internacionales vinculantes y cuyo análisis y aplicación al caso concreto se hacen estrictamente necesarias.»

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz

Sentencia de 2 de diciembre de 2010, proceso contra Jorge Iván Laverde Zapata, radicado 11001600025320068028 1, Magistrada Ponente: Uldi Teresa Jiménez López

«198. Los hechos 2, 3, 4 y 6 acaecidos antes del 25 de julio de 2001 —cuando aún no se habían tipificado internamente

[230] Uprimny Yepes, Rodrigo, "Bloque de constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal", en *Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá D.C., 2004, pág. 67.

los delitos que atentan contra el Derecho Internacional Humanitario— y siguiendo los lineamientos de la Honorable Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento, también deben ser calificados como crímenes de guerra, sin que se vea vulnerado el principio de legalidad, toda vez que los convenios de Ginebra de 1949, entraron en vigor para Colombia el 8 de mayo de 1962 en virtud de la ley 5ª de 1960 y los protocolos, particularmente el II del 8 de junio de 1977 , con vigencia para Colombia a partir del 15 de febrero de 1996 por la ley 171 de 1994, lo que implica que el deber del Estado de prevenir y combatir las violaciones al Derecho Internacional Humanitario se imponía desde esas fechas, pues "…***es aceptable que se pueda predicar la aplicación del contenido de dichos instrumentos como fuente de derecho, en atención a la mora del legislador en acoplar las leyes a lo allí definido. Por esto, sería posible aplicar el contenido de un Tratado Internacional reconocido por Colombia respecto de algún delito allí prohibido y sancionado, aún sin existir ley interna previa en dicho sentido, sin atentar contra el principio de legalidad'.***

«199. Conforme al artículo 214 de la Constitución Nacional, este convenio hace parte de lo que se ha denominado '***Bloque de Constitucionalidad***' y en consecuencia prevalece en el orden interno y se prohíbe su limitación en los estados de excepción. De aquí surge la obligación para el Estado Colombiano de ***'adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores'.*** Ahora bien, si el Estado no cumple con el deber de tipificar los delitos para sancionar conductas atentatorias del D.I.H., no quiere decir que éstas queden en la impunidad. Y es que la impunidad no solamente debe ser entendida como ausencia de investigación y de sanción, sino de igual forma que la investigación y la sanción no correspondan a la gravedad del ilícito perpetrado, demeritando su trascendencia en el ámbito nacional e internacional.

«200. Así las cosas, los hechos 2, 3 y 4 ocurridos el 10 de julio, el 8 de agosto y el 15 de septiembre de 1999, respectivamente, con la participación directa del postulado LAVERDE ZAPATA por ser auxiliadores de la subversión, según lo documentó la Fiscalía y el caso 6 ocurrido el 16 de mayo de 2001, porque una de las víctimas había denunciado el actuar ilegal de las autodefensas, donde igualmente intervino de manera directa este desmovilizado, merecen el calificativo de crímenes de guerra, no obstante haber sido ejecutados antes del 25 de julio de 2001.»

Retroactividad penal de crímenes internacionales
se terminó de imprimir en el mes de abril de 2012 en los talleres de
Opciones Gráficas Editores Ltda., en la ciudad de Bogotá, Colombia
Somos una empresa responsable con el ambiente

En el enjuiciamiento de los autores de crímenes internacionales, fiscales y tribunales nacionales se enfrentan frecuentemente a un obstáculo no despreciable: la ausencia de legislación penal vigente que tipifique estos comportamientos como delitos, para la época de los hechos, aun cuando para ese entonces ya constituyeran ilícitos penales internacionales.

Este vacío en la legislación penal nacional ha sido frecuentemente invocado por las autoridades investigadoras y judiciales para no investigar, juzgar ni sancionar a los autores y copartícipes de crímenes conforme el derecho internacional. Asimismo, en muchos casos, fiscales y jueces sólo investigan los hechos y procesan a sus autores por delitos menores u otros delitos que no reflejan la naturaleza de estos crímenes de acuerdo con el derecho internacional.

Estas situaciones han sido fuentes generadoras de impunidad. La presente publicación pretende brindar una reflexión sobre la aplicación retroactiva de la ley penal nacional a hechos que cuando fueron cometidos ya constituían crímenes según el derecho internacional, sin violar la prohibición de irretroactividad de la ley penal ni el principio de legalidad *(nullum crimen sine lege).*

Comisión Colombiana de Juristas

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Embajada de Suiza en Colombia

Gracias al apoyo financiero de la Embajada de Suiza en Colombia ha sido posible esta publicación, cuyo contenido compromete exclusivamente la responsabilidad de la Comisión Colombiana de Juristas.