

### **Normas A.P.A.**

Wolffhügel Gutiérrez, C., (2010), La prohibición de retroactividad. [Versión electrónica] consultado día- mes- año: [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Prohibicion-retroactividad-christian-wolffhugel-gDP4.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Prohibicion-retroactividad-christian-wolffhugel-gDP4.pdf) , Cuadernos de Derecho Penal No. 4, Pág. 157.

### **Normas Icontec**

WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, Christian. La prohibición de retroactividad. En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 4 (2010). [Acceso: día-mes-año] Disponible en: [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Prohibicion-retroactividad-christian-wolffhugel-gDP4.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Prohibicion-retroactividad-christian-wolffhugel-gDP4.pdf)

### III. LA PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD

CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ\*

*Cuando se produzca un hecho nuevo en cuanto no esté incriminado por ninguna disposición legal ¿qué hará el estado? El estado liberal, frente a una eventualidad semejante permanecerá inerte...; el estado totalitario, por el contrario, ordenará a sus jueces que castiguen, creando ellos la norma que falta.*

G. Maggiore

**A. Introducción.** Como bien se sabe, los hechos investigados acaecieron los días 6 y 7 de noviembre de 1985. El episodio central lo constituye, la existencia de once personas rescatadas, de las cuales no se ha vuelto saber de su paradero<sup>1</sup>. A partir de esta situación fáctica, el fallo en comento, de un lado sostiene que: *“para la época de los hechos, el tipo penal que recogía de mejor manera el supuesto fáctico desplegado por el sujeto... era el de secuestro... toda vez que para entonces no se había contemplado en la normatividad penal nacional la desaparición forzada como delito autónomo<sup>2</sup>”*; además, de otro lado, concluye que *“deberá juzgarse de manera exclusiva por el punible de desaparición forzada agravada<sup>3</sup>”*, con el fin de evitar una doble sanción por el mismo hecho delictivo.

Frente a este panorama, el contenido de la sentencia ansía esquivar el punto de quiebre del principio de legalidad, a través del binomio que denominaré: *“delito permanente” “ius cogens”*. Esta construcción emerge como quiera que: (1) la sentencia reconoce expresamente que para la época de los hechos no estaba tipificada la conducta de

\* Profesor e investigador de la escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda; candidato a Doctor de la misma Casa de Estudios.

<sup>1</sup> Cfr. folio 5 de la Sentencia.

<sup>2</sup> Cfr. folio 77 de la Sentencia.

<sup>3</sup> Cfr. folio 91 de la Sentencia.

desaparición forzada; y, (2) también, registra explícitamente que nada impide su adecuación al supuesto de hecho de desaparición forzada, sin que ello implique la violación al principio de legalidad.

**B.** El Principio de legalidad<sup>4</sup>: *especial énfasis al nullum crimen sine praevia lege*.

1. *Los antecedentes*. La prohibición de retroactividad en el moderno Derecho penal, se expresó por primera vez en las Constituciones de los Estados fundadores de la Unión norteamericana e inmediatamente después en Francia<sup>5</sup>. Fue enunciada en Alemania por FEUERBACH<sup>6</sup> con la conocida máxima *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.

En nuestra patria se formuló desde el Proyecto de Código Penal para Colombia de 1823, en cuyo artículo quinto estableció que “*a ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración*”; a su turno, el Proyecto de 1826 –en el Título preliminar, artículo segundo<sup>7</sup>– acuñó en semejantes términos este apotegma; en la misma línea, tanto el Proyecto del Código Penal de 1833<sup>8</sup> como el Código Penal de 1837 y los Códigos penales del Estado Soberano de Bolívar de 1862 y 1873 –con similar redacción– establecen que “*ningún delito ó culpa pueden ser castigados con penas que no hayan sido señaladas por una lei publicada antes de su perpetración*”<sup>9</sup>. También, los Códigos penales del Estado Soberano de Cundinamarca de 1858<sup>10</sup>, del Estado Soberano de Antioquia de 1867<sup>11</sup>, del Estado Soberano de Magdalena de 1874<sup>12</sup>, al igual que el

<sup>4</sup> Cfr. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, 4ª ed., pág. 131 y ss.

<sup>5</sup> Dice así: “En los artículos 14 y 15 de la Constitución de Maryland de 1776, art. 6 de la Declaración francesa de los Derechos del hombre”. Cfr. MAURACH, *Tratado*, Tomo I, pág. 140.

<sup>6</sup> Cfr. FEUERBACH, *Tratado*, pág. 63.

<sup>7</sup> Señala: “*No se impondrán nunca otras penas, que las que señale alguna ley publicada antes de cometer la violación a que se impongan*”.

<sup>8</sup> Cfr. Art. 4.

<sup>9</sup> Cfr. Art. 4; Art. 4, Código Penal del Estado Soberano de Bolívar de 1862; Art. 4, Código Penal del Estado Soberano de Bolívar de 1873.

<sup>10</sup> Dice así: “*ningún delito ó culpa pueden ser castigados con penas que no hayan sido señaladas por una lei publicada antes de su perpetración*” Cfr. Art. 4, *Los Doce Códigos*, Tomo II, pág. 223.

<sup>11</sup> Cfr. Art. 5.

<sup>12</sup> Cfr. Art. 8.

Código Penal de 1873<sup>13</sup> proclaman en sus páginas esta importante conquista.

2. *La doctrina.* La exigencia de una ley previa a la conducta que la defina como delito y para ello prevea una pena, es el contenido más asentado tradicionalmente del principio de legalidad<sup>14</sup>. Por ello, la prohibición de retroactividad es un asunto de permanente actualidad político-jurídica por el hecho de que “*todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar a posteriori las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos*”<sup>15</sup>. Bajo esta perspectiva, para que pueda operar el principio de irretroactividad es necesario que se alíe con el de absoluta legalidad de los delitos y de penas, toda vez que el uno sin el otro carecen de razón de ser<sup>16</sup>; es más, hay quienes entienden que el principio de irretroactividad aparece fundido<sup>17</sup> o, dicho de otra forma, es inseparable<sup>18</sup> del de legalidad. En fin, otros apuntan a que se trata de un corolario<sup>19</sup> o una prohibición contenida en el principio de legalidad<sup>20</sup>.

Ahora bien, en cuanto al fundamento de esta prohibición, los estudiosos se inclinan por la tesis de la seguridad jurídica<sup>21</sup> en la medida en que se trata de una garantía del ciudadano<sup>22</sup> cuyo núcleo está en la protección de la confianza de todos en que los límites de la libertad estén definidos de antemano<sup>23</sup>. En consecuencia, es apenas natural que la persona pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena<sup>24</sup>. En esta línea de reflexión, un comportamiento únicamente puede ser castigado si está determinado con anterioridad a su ejecución<sup>25</sup> y, por supuesto, la

<sup>13</sup> Dispone: “Art. 4º. Ningún delito o culpa pueden ser castigados con penas que no hayan sido señaladas por una lei publicada antes de su perpetración”.

<sup>14</sup> Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Lecciones*, pág. 50.

<sup>15</sup> Cfr. ROXIN, *Derecho Penal*, t. I, pág. 161.

<sup>16</sup> Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, Tomo I, pág. 156.

<sup>17</sup> Cfr. ANTOLISEI, *Manual*, pág. 85.

<sup>18</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., pág. 108.

<sup>19</sup> Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, pág. 381. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, 4ª ed., pág. 141.

<sup>20</sup> Cfr. BACIGALUPO, *Derecho Penal*, pág. 134.

<sup>21</sup> Cfr. JESCHECK, *Tratado* pág. 147; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, pág. 201; CEREZO MIR, *Obras completas*, T. I, pág. 265.

<sup>22</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, pág. 525.

<sup>23</sup> Cfr. HASSEMER, *Fundamentos*, pág. 320.

<sup>24</sup> Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pág. 107.

<sup>25</sup> Cfr. MEZGER, *Tratado*, Tomo I, págs. 111 y 112.

pena debe estar –del mismo modo definida– antes de la comisión del delito<sup>26</sup>. Aunque parezca una obviedad –y bien debiera serlo– la ley penal de manera general se aplica a hechos que tengan lugar sólo después de su vigencia<sup>27</sup>.

Con razón, la irretroactividad hace parte de los llamados “*principios para la limitación de la violencia por carencia de elementalísimos requisitos formales*”<sup>28</sup>.

**3. La Constitución y la Corte Constitucional.** El artículo 29 de la Carta Política, señala que 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<sup>29</sup>. A su turno, la jurisprudencia del Foro Supremo en materia constitucional<sup>30</sup>, enseña que el principio de legalidad en sentido lato implica la estricta reserva legal en la creación de los delitos y las penas y la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes<sup>31</sup>. Al respecto, es menester recordar que el antedicho Tribunal determinó que la nota de “*preexistente*” implica que la norma sancionadora –ineluctablemente– debe ser anterior al hecho. Así, pues, “*un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señala. Ley, que ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o «preexistente»*”<sup>32</sup>. De esta forma, la ley preexistente prefiere a la ley *ex post facto* en materia penal<sup>33</sup>.

**4. La eficacia del principio de irretroactividad.** Este apotegma adquiere total protagonismo en dos escenarios: el primero, cuando se crea un delito –esto es, la ley acrimina *ex novo* un hecho que anteriormente no se

<sup>26</sup> Cfr. MAURACH, *Tratado*, Tomo I, pág. 139.

<sup>27</sup> Cfr. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, pág. 141. Así mismo, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal*, págs. 113 y 114.

<sup>28</sup> Cfr. ZAFARONI, *En busca de las penas perdidas*, pág. 195.

<sup>29</sup> Con similar redacción la Constitución de 1886 disponía en el art. 26: “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio*”.

<sup>30</sup> Cfr. Sentencia C-996 de 2000.

<sup>31</sup> Por ello, dice: “y, en sentido estricto, la necesidad de la descripción taxativa de los elementos que estructuran el hecho punible”. Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, págs. 14 y ss.

<sup>32</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-133 de 1999.

<sup>33</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2001.

consideraba como tal<sup>34</sup>; y, el segundo, cuando se eleva la sanción para el hecho punible ya existente<sup>35</sup>. En ambos casos, la fundamentación o su agravamiento, rige exclusivamente para el comportamiento futuro<sup>36</sup>, esto como quiera que se legisla hacia el futuro no para el pasado<sup>37</sup>.

Ahora bien, de cara a la sentencia que concita la atención de este Auditorio, es menester ocuparnos del primer ámbito. Al respecto, se ha dicho por la doctrina que en los supuestos de creación de un nuevo tipo penal “(l)a irretroactividad es absoluta”<sup>38</sup>. La razón de ello radica en que si las nuevas normas incriminadoras tuviesen eficacia retroactiva, nadie podría tener jamás la seguridad de no padecer posteriormente una sanción penal por actos realizados; de esta forma, los ciudadanos se hallarían expuestos a las arbitrariedades y represalias de los rectores del Estado<sup>39</sup>. Por supuesto, “*Si esto fuere admisible, todo ciudadano tendría que transformarse en vidente o profeta, para prever a distancia de años los hechos que se inscribirán un día en el número de los delitos*”<sup>40</sup>.

**C.** *El delito de desaparición forzada y su vigencia.* Se puede afirmar –sin hesitación alguna– que para la fecha en que acaeció tan lamentable suceso, el delito de desaparición forzada no hacía parte de las figuras punibles de nuestro estatuto de penas; también, se sabe que casi 15 años después –mediante la Ley 589 de 6 de julio de 2000– fue empotrado en el otrora Código Penal. No obstante, el fallo en comento expresa que “*deberá juzgarse de manera exclusiva por el punible de desaparición forzada agravada*”<sup>41</sup>.

**1.** *La conducta típica.* En la iniciativa presentada por la Fiscalía General de la Nación, de cara a la estructura de este hecho punible, se dice que tiene lugar “*iniciando con la privación de la libertad, la ocultación de la persona y terminando con la negativa de reconocer la privación y a dar información sobre su paradero*”<sup>42</sup>. A su turno, la doctrina nacional, señala que se trata de un tipo penal de conducta acumulativa porque no es suficiente la privación de la libertad sino que hace falta “*luego*

<sup>34</sup> Cfr. MAGGIORE, *Derecho Penal*, Volumen I, pág. 195.

<sup>35</sup> MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones* pág. 58.

<sup>36</sup> Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal*, pág. 30.

<sup>37</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, pág. 201.

<sup>38</sup> Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Lecciones*, pág. 98.

<sup>39</sup> Cfr. ANTOLISEI, *Manual*, pág. 85.

<sup>40</sup> Cfr. MAGGIORE, *Derecho Penal*, Volumen I, págs. 196 y 197.

<sup>41</sup> Cfr. folio 91 de la Sentencia.

<sup>42</sup> Cfr. IBÁÑEZ GUZMÁN, *El sistema penal en el Estatuto de Roma*, pág. 354.

de la conducta principal rectora<sup>43</sup>, que el agente oculte la persona y se niegue a reconocer la privación o dar información sobre su paradero<sup>44</sup>.

Así, pues, como lo dice otro expositor<sup>45</sup> la conducta se instituye en tres momentos<sup>46</sup>: primero, el sometimiento de otra persona a la privación de la libertad; segundo, el ocultamiento; y, finalmente, la negativa de tener a la víctima. De esta manera –como quiera que se trata de requisitos acumulativos– la conducta previa a la negativa de reconocer dicha privación o la de abstenerse de informar sobre el mismo, se encontrará inmersa en el estadio de tentativa<sup>47</sup>.

No obstante, hay quienes de *lege ferenda* piensan que la privación de la libertad –sea esta legal o ilegal– se entiende como un presupuesto<sup>48</sup> o como un acto preparatorio<sup>49</sup> lo que descarta la tentativa y, de no arribar la conducta a estadio de la negación de información, sitúa el comportamiento –de ser la privación ilegal– en un supuesto delictivo de privación ilegal de la libertad.

2. *Delito permanente*. Atendidos los criterios para clasificar los tipos penales –para este caso según su contenido– la doctrina<sup>50</sup> y la jurisprudencia<sup>51</sup> entienden que este es uno de ellos. En cuanto a la argumentación vertida en el proveído judicial, es palmario como aquella pretende eludir la prohibición de retroactividad con base en el cariz permanente de este delito. En este entramado, resulta

<sup>43</sup> Cfr. SAMPEDRO ARRUBLA, *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*, pág. 733.

<sup>44</sup> Cfr. LÓPEZ DÍAZ, *Desaparición forzada de personas*, pág. 248.

<sup>45</sup> Cfr. CÓRDOBA TRIVIÑO, *Derecho penal internacional*, pág. 169.

<sup>46</sup> Para la doctrina internacional, desde un punto de vista objetivo el tipo diferencia dos alternativas de actuación: la privación de la libertad y la negación de información. Cfr. WERLE, *Tratado*, pág. 411.

<sup>47</sup> Cfr. CÓRDOBA TRIVIÑO, *Derecho penal internacional*, pág. 170.

<sup>48</sup> Cfr. MEINI, *Desaparición forzada de personas*, pág. 119.

<sup>49</sup> Cfr. AMBOS, *Desaparición forzada*, pág. 248.

<sup>50</sup> Por ello, se dice “que se caracterizan porque el comportamiento del agente se renueva de manera continua en el tiempo” (Cfr. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, 4ª ed., pág. 634). En todo caso, hay quienes los clasifican en necesariamente permanentes y eventualmente permanentes. Los primeros se caracterizan porque precisan siempre de una actividad antijurídica positiva o negativa tras la producción de la situación antijurídica; los segundos, no siempre exigen tal actividad antijurídica posterior (cfr. DIEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español*, pág. 511).

<sup>51</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-580 de 2002.

–cuando menos anecdótico– traer a colación algunos referentes que en idéntica pluma se encuentran consignados en pronunciamientos emanados de tribunales del sur del continente, al ocuparse de este asunto.

Al respecto, la tantas veces mencionada sentencia –en cuanto al delito permanente–, proyecta en secuencia las siguientes citas:

1. “(T)odos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación” (Soler, Sebastián, Derecho penal argentino, tomo I, Buenos Aires, 1951, pág. 275<sup>52</sup>).
2. Hans Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal. Parte General, página 237<sup>53</sup>.
3. Maggiore cuando expone: “está en poder del agente el hacer continuar o cesar esa situación antijurídica; pero mientras ésta perdure, el delito se reproduce a cada instante en su esquema constitutivo”, en: Maggiore, G., Derecho Penal, traducido por Ortega Torres, tomo 1, Bogotá, 1956, p. 295<sup>54</sup>.

A su turno, la Corte Suprema de Argentina –al traer a colación el dictamen del Procurador General de la Nación<sup>55</sup>– emplea, en el mismo orden, idénticas citas, esto es, los mismos autores, la misma definición, la misma obra –incluida la edición– y, por supuesto, la misma página al discurrir en torno al delito permanente. Además, la sentencia acude a citas doctrinarias y jurisprudenciales –en algunos casos en forma desatinada<sup>56</sup>–.

---

<sup>52</sup> Cfr. Folio 85 de la Sentencia, pié de página 64.

<sup>53</sup> Cfr. Folio 85 de la Sentencia, pié de página 65.

<sup>54</sup> Cfr. Folio 85 de la Sentencia, pié de página 65.

<sup>55</sup> Ver: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=30,78,0,0,1,0>

<sup>56</sup> Por ejemplo, la sentencia cita de manera equivocada a la Corte Penal Internacional, sin que esta Corporación haya dicho lo que allí se afirma (ver folio 98 y pié de página 96). Se trata de unos párrafos tomados del texto del Prof. Ambos –Desaparición Forzada de Personas– que trae esa misma cita, bien hecha, que en verdad es de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y no de la Corte Penal Internacional. El caso es Tiu Tojin v. Guatemala, que *obviamente* no corresponde a ninguno de los casos que conoce la CPI, ver: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/>.



**D. El tiempo de comisión del delito**<sup>57</sup>. El punto de partida para elucidar este problema, está en determinar cuándo se entiende realizada la conducta punible, para, a partir de allí, establecer si se cumple o no con el principio de preexistencia de la Ley. En esta materia, predomina la teoría de la acción<sup>58</sup> –que al tenor de la doctrina<sup>59</sup> es la que adopta el Código Penal– según la cual “*el hecho punible se entiende cometido al momento en que se produce la manifestación de voluntad*”<sup>60</sup>. En cuanto a los delitos permanentes, el tiempo de comisión “*comprende el lapso transcurrido desde la manifestación de la conducta hasta que cesa de ejecutarse*”<sup>61</sup> (resaltado fuera del texto).

Así las cosas, al tenor de los hechos el tiempo de comisión de la conducta acriminada emerge los días 6 y 7 de noviembre de 1985, de suerte que, en consonancia con lo expuesto por la Corte Constitucional, es en ese momento que se debe comprobar la preexistencia de la norma. Por supuesto, las normas que se erigieron con posterioridad a dichas fechas, no se pueden reputar preexistentes al hecho imputado. No es, por lo tanto, válido afirmar que por tratarse de un delito permanente se satisface esta exigencia. Dicho entendimiento, parte de una argumentación que no compartimos.

La preexistencia de la norma –trátese de delito de ejecución permanente o instantánea– debe ser reputada en el “*momento en que se produce la manifestación de voluntad*” que es la tesis que adoptó el legislador patrio. Lo contrario, esto es, concebir que la norma sea preexistente cuando se promulgó casi quince años después del momento en que se produce la manifestación de voluntad es algo difícil de entender<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> Sin duda, la cuestión del tiempo en que el delito se entiende realizado es una de las más debatidas en el ámbito de la teoría de la ley penal. Cfr. GUZMÁN DÁLBORA, *Desaparición forzada de personas*, pág. 125.

<sup>58</sup> Cfr. ROXIN, *Derecho Penal*, pág. 162; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal*, tomo II, pág. 199; JESCHECK, *Tratado*, pág. 147; ANTOLISEI, *Manual*, pág. 92; JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 30.

<sup>59</sup> Cfr. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, pág. 301.

<sup>60</sup> Ibid. Con las mismas palabras MAURACH: “el de la manifestación de voluntad”. Cfr. *Tratado* Tomo I, pág. 142; también JIMÉNEZ DE ASÚA: “debe atenderse al instante en que aquella manifestación de voluntad se produjo”. Cfr. *Lecciones*, pág. 99.

<sup>61</sup> Cfr. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, pág. 302.

<sup>62</sup> Con este punto de partida, si al tiempo de la acción la ley no tipificaba el hecho y lo hace una ley posterior la conducta no puede ser considerada delictiva para el autor. A tal efecto, cita como ejemplos algunas de las

Es más, corrobora lo dicho el hecho de que la consumación del delito de desaparición forzada se presenta de manera instantánea desde que el autor incumple el deber de informar; por ello, que subsista o no dicho deber es irrelevante de cara a la consumación<sup>63</sup> y, en esa línea de argumentación, la Ley debe ser preexistente a dicho momento. Recuérdese que la prohibición de retroactividad no sólo se dirige al legislador sino al juez penal, sin embargo, para este último “*se añade, además, otra complicación su actividad consiste en...decidir el caso que se le presenta en base a una opinión jurídica que todavía no estaba en vigor cuando esté ocurrió*”<sup>64</sup>.

**E. Alternativas frente a comportamientos que empiezan a ser punibles en el curso de su ejecución.** Con el ánimo de ilustrar acerca de las diversas aristas que plantea un caso como el objeto de análisis, es menester, *grosso modo*, esbozar las opciones que algunos sectores de la doctrina plantean.

En primer lugar, hay quienes sostienen que si la reforma consiste en que una conducta principia a ser punible en el curso de su ejecución, “*solo se puede castigar si la parte ejecutada tras la modificación legislativa supone un delito completo*”<sup>65</sup>. Esta hipótesis se descarta en este asunto, toda vez que la Ley 589 de 2000 se promulgó lustros después de que, en teoría, se hubiese presentado la etapa ejecutiva del delito.

Así mismo, en segundo lugar, están aquellos casos en que la ley posterior convierte en delito determinada conducta, en este punto “*la ley posterior solamente puede aplicarse si la totalidad de su presupuesto ha sido realizada durante su vigencia*”<sup>66</sup>, lo que se traduce en un problema fáctico y no jurídico<sup>67</sup>. Esta variante, al igual que la anterior, debe ser desechada como quiera que la totalidad del hecho punible, no se realizó durante la vigencia de la nueva Ley.

Finalmente, en tercer lugar, se encuentra la hipótesis según la cual la nueva Ley crea por primera vez un delito anterior al último acto. En efecto, “*si la formulación del tipo sanciona a quien realice un acto y posteriormente otro u otros, la ejecución del hecho típico no se aplaza hasta*

---

modalidades de delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. Cfr. GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado*, Tomo I, pág. 701.

<sup>63</sup> Cfr. MEINI, *Desaparición forzada de personas*, pág. 125.

<sup>64</sup> Cfr. HASSEMER, *Fundamentos*, pág. 324.

<sup>65</sup> Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 116.

<sup>66</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, pág. 202.

<sup>67</sup> Cfr. *Ibid.*, pág. 201.

el inicio del último acto, sino que comienza ya al principio del primero con lo cual, como el tiempo de comisión del delito dura desde el primer acto, una ley posterior a este sería retroactiva respecto de esa parte del delito<sup>68</sup>". Al igual que las citadas en precedencia, esta opción corre la misma suerte: ha de ser eliminada. La razón está en que tal y como se sostuvo (ver supra: 3. Tiempo de comisión del delito) la ejecución del hecho y su consumación se produjeron antes de la nueva ley.

**F. *Ius cogens*.** Aunado a lo dicho, la Sentencia –con el propósito de eludir la vulneración del principio de legalidad– le agrega un elemento según el cual *"para la época de los hechos ya existían instrumentos internacionales que abogaban por la protección de los bienes jurídicos que en la actualidad resguarda el tipo penal... normas que desde antaño hacen parte del ius cogens"*<sup>69</sup>". En similar sentido, la Corte Suprema de Argentina –dictamen del Procurador General de la Nación–, frente al mismo problema aduce que: *"para la época de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas (internacionales) que reputaban la desaparición forzada...dichas normas ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido (ius cogens)"*<sup>70</sup>.

Esta postura la importa de un reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Penal<sup>71</sup> –más controvertible aún– según el cual, de cara al genocidio, *"antes de la expedición 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"*. Lo paradójico es que, en ese auto, no sólo se pide aplicar la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 –aprobada por el Estado Colombiano mediante la Ley 28 de 1959 y ratificada el 27 de octubre del mismo año– algo que desquicia por completo el principio de legalidad<sup>72</sup>, sino que a pesar de que

<sup>68</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, *Enciclopedia penal básica*, pág. 901.

<sup>69</sup> Cfr. Folio 98 de la Sentencia.

<sup>70</sup> Cfr. Sentencia de 14 de junio de 2005, en VALENCIA VILLA, *Compilación de jurisprudencia*, vol. V, pág. 908.

<sup>71</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 13 de mayo de 2010, M.P. María del Rosario González de Lemos.

<sup>72</sup> La creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador. Cfr. Sentencias C-939 de 2002 y C-205 de 2003.

la misma no establece como grupo protegido al grupo político, la Sala de Casación Penal, en una postura bastante confusa, amplía la protección a dichos grupos sin que la Convención lo sostenga.

Al respecto, hay que tener en cuenta que los convenios internacionales no tipifican delitos; desde luego, sí prohíben conductas y establecen obligaciones para los estados tendentes a la tipificación de aquéllos<sup>73</sup>.

En cuanto a esta postura, bien se sabe que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador –reserva de ley<sup>74</sup> en sentido material– que, de cara al principio de legalidad, exige que todos los elementos del tipo penal sean establecidos por el legislador<sup>75</sup>. Esta reserva –atribuida al Congreso de la República como órgano genuino de representación popular– asegura, por supuesto, que dicha definición sea el resultado de un debate amplio y democrático que se materialice a través de disposiciones generales y abstractas, de suerte que se elimine la posibilidad de establecer prohibiciones y castigos circunstanciales<sup>76</sup>.

Así, pues, en las sociedades civilizadas cada una de esas categorías debe ser determinada por la ley y debe estarlo de manera cierta, previa y escrita. Es decir, para la predeterminación de la conducta punible, el proceso y la pena, existe reserva de ley<sup>77</sup>.

Con todo, el argumento de la Sala de Casación Penal –que a su turno invoca el Juez– es refutado de manera fulminante por la Corte Constitucional, para quien *“es claro que ni la norma constitucional citada, ni los instrumentos internacionales permiten que en la actualidad (antes de la Ley 598 de 2000) se procese a alguien por el delito de desaparición forzada sin violar el artículo 29 de la Carta Política; ello sólo será posible válidamente, una vez entre en vigencia el nuevo Código Penal que consagra tal conducta como delito y señala la pena correspondiente”*<sup>78</sup>. (Resaltado y paréntesis fuera del texto.)

<sup>73</sup> Cfr. GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado*, tomo I, pág. 692.

<sup>74</sup> Cfr. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, pág. 132.

<sup>75</sup> Cfr. Sentencias C-939 de 2002 y C-205 de 2003, decisiones apoyadas en las construcciones del pensador italiano citado en precedencia.

<sup>76</sup> Cfr. Sentencia C- 238 de 2005.

<sup>77</sup> Cfr. Sentencia C- 101 de 2004.

<sup>78</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-368 de 2000.

**G. Conclusiones.** Para culminar esta exposición, es preciso sentar como corolario estas afirmaciones:

*Primera:* En un “Estado de derecho se debe defender al individuo con el derecho penal, pero, además del derecho penal”<sup>79</sup>. Por ello, con razón se ha dicho que el Derecho Penal es un arma de doble filo, que puede operar realmente sobre la sociedad en sentido estabilizador, pero que al mismo tiempo está en capacidad de perjudicar gravemente<sup>80</sup>.

*Segunda:* Una de “las tareas futuras de la Ciencia del Derecho Penal en el plano nacional” es la salvaguarda de la tradición liberal e ilustrada<sup>81</sup>; la labor esencial de la doctrina penal será la de vigilar la garantía de los fundamentos liberales del Derecho Penal<sup>82</sup>.

*Tercera.* Por ello, deben llamar la atención de la doctrina penal las afirmaciones de quienes sin reparo alguno, entienden que “la tipificación no puede responder a la legislación existente en el momento de comisión de los hechos, sino a la normativa aplicable al momento en el que las autoridades tengan conocimiento de las conductas delictivas, en virtud del carácter continuo y permanente de la violación”.

*Cuarta:* El principio de legalidad no puede ni debe caer en la tentación de la supuesta adaptación a la “realidad actual”. Hoy como otrora su vigencia y sentido se ha de mantener incólume.

*Quinta.* En fin, se trata de un pronunciamiento tanto polémico como complejo que debe llamar la atención de la academia, para que ésta, siempre objetiva y desapasionada, exponga sus críticas no con la pretensión de ser la verdad revelada, sino con la misión de reafirmar el protagonismo que en la discusión actual –tan coyuntural y emotiva– demanda un verdadero Derecho penal de garantías.

## **H. Bibliografía**

ALBALAJEDO ESCRIBANO, ISABEL (comp.): *La desaparición forzada de personas en Colombia. Guía de normas, mecanismos y procedimientos*. Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.

<sup>79</sup> Cfr. DONNA, *Precisiones sobre el principio de legalidad*.

<sup>80</sup> Cfr. ROXIN, *Pasado, presente y futuro*, págs. 197 y 198.

<sup>81</sup> Cfr. *Ibid.* pág. 196.

<sup>82</sup> Cfr. *Ibid.* pág. 199.

ANTOLISEI, FRANCESCO: *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Buenos Aires, Ed. UTEHA, 1960.

BACIGALUPO, ENRIQUE: *Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed., Buenos Aires, Edit. Hammurabi, 1999.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO Y AA/VV: *Lecciones de Derecho penal*, Parte General, 2ª ed., Barcelona, Edit. Praxis, 1999.

CEREZO MIR, JOSÉ: *Obras completas, TI, Derecho penal, Parte General*, Limas, Ara Editores, 2006.

COBO DEL ROSAL M./VIVES ANTÓN T.S.: *Derecho Penal, parte general*, 5ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

*Código Penal del Estado Soberano de Bolívar de 1862*, expedido por la asamblea legislativa en las sesiones de 1861 y 1862.

*Código Penal del Estado Soberano de Bolívar de 1873*, Bogotá, 1873.

*Código Penal Estado Soberano de Magdalena de 1874*, Santa Marta, Imprenta del ferrocarril del Magdalena, 1875.

*Código Penal del Estado Soberano de Antioquia de 1867*, Bogotá, Imprenta de Ortíz Malo, 1868.

*Colección de las leyes y decretos expedidos por el congreso constitucional de la Nueva Granada*, Bogotá 1837.

CÓRDOBA TRIVIÑO, JAIME: *Derecho penal internacional, estudio de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y los crímenes de guerra con referencia al nuevo código penal colombiano*, Bogotá, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS: *Derecho penal español, parte general en esquemas*, 2ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2009.

DONNA, EDGAR ALBERTO: *Precisiones sobre el principio de legalidad*. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2564/7.pdf>.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón. Teoría del Grantismo Pena*, Madrid, Ed. Trotta, 4ª ed. 2000.

FEUERBACH, ANSELM VON: *Tratado de Derecho penal*, trad. de la 14ª edición alemana de 1847 por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemier, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1989.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO: *Introducción al Derecho penal*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005.

GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO: *Tratado de derecho penal, parte general*, Tomo I, Bogotá, Ed. Doctrina y Ley, 2001.

HASSEMER WINFRED: *Fundamentos del derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, Casa editorial Bosch, 1984.

JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho penal*, Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación, 2ª edición, Madrid, Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, HEINS-HEINRICH & WEIGEND, THOMAS: *Tratado de Derecho penal*, Parte General, trad. de Miguel Olmedo C., 5ª ed. Granada, Comares, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Lecciones de Derecho penal*, Colección Clásicos del Derecho, México, Edit. Pedagógica Iberoamericana, 1995.

*Los Doce Códigos del Estado de Cundinamarca*, tomos II y III, Bogotá, Imprenta de Echeverría Hermanos, 1859.

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: *Enciclopedia penal básica*, Granada, Comares Editorial, 2002.

MAGGIORE, GIUSEPPE: *Derecho Penal*, Volumen I, el derecho penal, el delito, traducción de José Ortega Torres, Bogotá, Ed. Temis, 1971.

MAURACH, REINHART: *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962.

MAURACH, REINHART/GÖSSEL, KARL HEINZ/ZIPF, HEINZ: *Derecho penal*, Parte General, tomo II, trad. de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1996.

MESA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO, *Lecciones de Derecho penal*, Parte General, Medellín, Ed. Universidad de Antioquia, 1962.

MEZGER, EDMUND: *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, Madrid, Ed. Revista de Derecho privado, 1957.

MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal*, Parte general, 8ª ed., Barcelona, Ed. Reppertor, 2008.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996.

*Proyecto de Código Penal para Colombia tomado con las variaciones necesarias, del que se presentó a las cortes españolas por una comisión en el año de 1821*, Bogotá, Imprenta de la República, por Nicomedes Lora, 1823.

*Proyecto de Código Penal para la República de la Nueva Granada. Acordado por el Consejo de Estado el año de 1833 para presentarlo al Congreso en sus próximas sesiones*, Bogotá, Imprenta de Nicomedes Lora, 1833.

QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO: *Curso de Derecho Penal*, Tomo I, Madrid, Ed. De Derecho Privado, 1963.

RANIERI, SILVIO: *Manual de Derecho Penal*, Tomo II, Parte General, Bogotá, Ed. Temis, 1975.

ROXIN CLAUS: *Derecho Penal, Parte General*, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, Madrid, Edit. Civitas, 1997.

ROXIN CLAUS: *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.

SAMPEDRO ARRUBLA, CAMILO: *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

STRATENWERTH, GÜNTHER: *Derecho penal*, Parte general, I, el hecho punible, Traducción de la segunda edición alemana (1976), Madrid, EDERSA, editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1982.

VALENCIA VILLA, ALEJANDRO: *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Volumen V, Bogotá, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2006.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho penal*, Parte general, 4ª ed., Medellín, Librería Jurídica Comlibros, 2009.

— *Derecho penal*, Parte general, 1ª ed., Bogotá, Temis 1994.

WERLE, GERHARD: *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL/ALAGIA, ALEJANDRO/SLOKAR, ALEJANDRO: *Derecho penal*, Parte General, 1ª. ed., Buenos Aires, Ediar, 2000.

— *En busca de las penas perdidas*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1990.



