

DERECHO PENAL INTERNACIONAL: ENTRE GARANTISMO Y EFICIENTISMO

Hugo A. Restrepo Montoya*

RESUMEN

El derecho penal moderno se había basado en la caracterización del derecho penal como un conjunto normativo no universal, dotado de límites espaciales, personales y temporales. Sin embargo, la globalización actual del derecho penal modifica varios de los esquemas tradicionales: por ejemplo, empieza a entenderse que una parte del derecho penal deja de tener los límites que le son propios para pasar a un derecho penal universal, inespacial e intemporal. Este trabajo pretende conocer cuáles son los fundamentos filosóficos que permiten construir un Derecho Penal Internacional, a partir de la tipificación de unos delitos internacionales; además, busca entender la ubicación del Estatuto de Roma dentro de la tensión entre el garantismo y el eficientismo, experimentada por el derecho penal actual.

Palabras clave: Límites del derecho penal, Globalización del derecho penal, Delitos internacionales, Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, Garantismo, Eficientismo.

ABSTRACT

Modern criminal law conceived of its subject matter as not universal, marked by spatial, personal, and temporal limits. However, the current globalization of criminal law modifies such a paradigm: for instance, it is now understood that a part of criminal law is no longer limited, and that, instead, it is universal, not bound by space, and timeless. This article purports to find the philosophical foundations of the effort to create an International Criminal Law, by defining some international crimes; furthermore, it tries to understand where the Rome Statute fits in the tension between criminal guarantees and criminal efficiency, a tension currently experienced by criminal law.

Keywords: *Limits of Criminal Law, Globalization of Criminal Law, International Crimes, International Criminal Court, Rome Statute, Criminal Guarantees, Criminal Efficiency.*

* Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia, especializado en derecho Penal y Criminología de la universidad Externado de Colombia, especializado en derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana. Profesor de tiempo completo en la Pontificia Universidad Javeriana de Cali en el área de derecho penal.

INTRODUCCIÓN

El derecho penal, se ha entendido como el conjunto de disposiciones jurídicas que describen comportamientos humanos socialmente reprochables y por ello mismo, dignos de una sanción corporal impuesta mediante un procedimiento previamente establecido en la ley y por unos jueces también previamente determinados. Este concepto, tradicionalmente ha permitido entender que es la ley de cada país la que define los comportamientos humanos que activan el poder sancionador de cada Estado, y son los funcionarios judiciales de cada estado, los jueces naturales para imponer las sanciones penales.

Así las cosas, el concepto tradicional de derecho penal impone unos conceptos limitantes que se daban por obvios, como por ejemplo, el criterio de juez natural entendido como un conciudadano, de la misma sociedad a la cual pertenece el procesado encargado de juzgarle; unos límites o ámbitos de validez o de aplicación de la ley penal de cada país, tales como los límites espaciales, temporales y personales de aplicación de la ley penal. Estos límites o ámbitos de validez de la ley penal, que se reconocen en todos los textos de derecho penal, suponen que la ley de cada país sólo son aplicables dentro del territorio de cada país, para los asociados de cada país y por los delitos cometidos al interior de cada país, respetándose de esta manera conceptos de derecho internacional, como son los principios de soberanía, de autonomía de los pueblos, etc.

En últimas, en materia penal se tenía como paradigma, y casi se había convertido en un obstáculo epistemológico, la idea de que el derecho penal no era universal, pues, su aplicación dependía de la ley de cada país, del juez de cada país, y de lo que se considerara como delito en cada país y en cada tiempo. En términos más coloquiales, se decía que lo legal de hoy y aquí, no es lo legal en todas partes y en todos los tiempos.

Precisamente la negación del carácter universal del derecho penal, y la imposición de tales límites espaciales, personales y temporales obedece a la tradición de la escuela dogmática penal alemana, que ha hecho los grandes aportes al derecho penal de casi todos los países del mundo, con excepción de aquellos que siguen el sistema anglosajón. La Europa Continental y América Latina, desde finales del siglo diecinueve, todo el siglo veinte y lo que llevamos del presente, han seguido fielmente los postulados y evoluciones de la escuela dogmática penal alemana, que lleva su nombre, precisamente, porque parte del supuesto de que la ley dada es un dogma. El objeto de estudio de las ciencias penales, según sus postulados,

no es el delincuente ni el delito, sino la ley dada en cada sociedad, para cada territorio y para cada tiempo.¹

Estos límites al estudio y aplicación del derecho penal han venido a desnaturalizarse o a romperse con el surgimiento de un derecho penal internacional, con un estatuto normativo que le es propio, conocido mundialmente como el Estatuto de Roma, en el cual se reconocen algunos comportamientos humanos que son lesivos no sólo a una sociedad o país en particular, sino a toda la especie humana, y, por ello mismo, se les ha dado la categoría de delitos internacionales. El mismo Estatuto de Roma creó la Corte Penal Internacional, con jurisdicción para investigar y juzgar los delitos internacionales, de conformidad con un procedimiento especialmente establecido en este compendio normativo.

La aparición de unos delitos internacionales, de un tribunal penal internacional, y de un procedimiento penal internacional, en fin de una globalización del derecho penal, modifica varios de los esquemas tradicionales del estudio del derecho penal; pues, empieza a entenderse que una parte del derecho penal deja de tener los límites que le son propios a esta rama del derecho, para pasar a entender que existe un derecho penal universal, inespecial e intemporal. Precisamente, en respuesta a estos nuevos paradigmas del conocimiento jurídico, algunos tratadistas empiezan a perfilar lo que se conoce como unas nuevas bases para la elaboración dogmática del derecho penal internacional².

De otra parte, el derecho penal de los últimos días, en todo el mundo se está moviendo en medio dos grandes tensiones: la primera que se conoce como “*el garantismo penal*”, también conocido como el derecho penal de ciudadano, que supone la necesidad de juzgar al sindicado de la comisión de un delito bajo dos finalidades específicas, una el conocimiento de la verdad y dos el respeto de las garantías procesales, al punto que no tiene sentido, y, por ello mismo, se considera ilegítimo, un procedimiento penal que obtenga la verdad de los hechos con el desconocimiento de las garantías procesales del ciudadano. La segunda posición se conoce como “*el eficientismo penal*”, que supone la lucha contra la impunidad

¹ Los textos de Derecho Penal General dedican todo un capítulo, al estudio de la Ley Penal, y sus ámbitos de aplicación o límites de aplicación de la Ley Penal, que son tres: El límite temporal, el límite espacial y el límite temporal. En este sentido puede consultarse a manera de ejemplo los siguientes textos: Velásquez Velásquez, Fernando. Derecho Penal, Parte General. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá 1997, Capítulo Quinto, Los Ámbitos de Validez de la norma Penal. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal Parte General. Quinta Edición. Tirant lo Blanch Libros. Valencia, España, 2002. Capítulos VII, VIII, IX.

² AMBOS. Kai. La Parte General del Derecho Penal Internacional; Bases para una elaboración dogmática. Traducción de Ezequiel Malarino. Editorial Temis. Bogotá 2005.

a toda costa, aún con el desconocimiento de garantías procesales, bajo el entendido de que el delincuente es un enemigo para la sociedad y ésta a través del poder del Estado tiene el deber de sancionarlo. Es, por ello, que a esta segunda corriente se le conoce también como “*derecho penal de enemigo*”³.

Las dos corrientes son opuestas, pues, mientras el garantismo penal con su derecho penal de ciudadano es homocéntrico, en la medida en que se edifica por el respeto de las garantías fundamentales del ser humano, aunque éste haya cometido delito; el eficientismo penal con su derecho penal de enemigo es policéntrico, pues el actor principal del proceso es el Estado que tiene la potestad de actuar contra el delincuente, considerado como un enemigo social, y la razón del proceso penal es evitar la impunidad, luego en segundo plano queda el reconocimiento de garantías procesales para el enemigo.

Este trabajo pretende conocer cuáles son los fundamentos filosóficos que permiten estructurar la construcción de un Derecho Penal Internacional, a partir de la tipificación de unos delitos internacionales y entender la ubicación del Estatuto de Roma dentro de las dos tensiones que vive el derecho penal actual, porque aunque en el mismo se reconocen garantías procesales, en muchas ocasiones se desconocen garantías reconocidas tradicionalmente en el derecho interno. Pero, además, existe otro ordenamiento jurídico, también con pretensiones de aplicación internacional decretado por los Estados Unidos de América, que, dicho sea de paso, no suscribió el Estatuto de Roma, y que se conoce como “*The Patriot Act*” o Ley Patriótica, promulgada como consecuencia de los hechos ocurridos el 11 de septiembre de 2001, y que permite capturar y juzgar en cualquier parte del mundo a los que la misma ley considera enemigos de los Estados Unidos, con desconocimiento del habeas corpus, del habeas data, del juez natural, etc. Y a través de procedimientos secretos, con pruebas secretas y jueces también secretos.

1. HACIA UN DERECHO PENAL INTERNACIONAL

La idea de un mismo derecho penal aplicable en todo tiempo y en todo espacio, no es nueva. Ella ha estado presente en los tratadistas que se fundamentan en el derecho natural. Así por ejemplo, la Escuela Clásica del Derecho Penal, cuya cuna estuvo en Italia entre 1790 y 1890, y regida por su mayor exponente, el profesor FRANCESCO CARRARA, fundamentando la teoría del delito sobre

³ APONTE CARDONA, Alejandro David. Garantismo y Eficientismo Penal. Conferencia dictada en el Congreso Internacional de Derecho Penal. Mayo 25 de 2007. Universidad de Antioquia, Medellín.

un concepto *iusnaturalista divino*, pretendía la estructuración de un derecho penal inespecial y ahistórico. El profesor CARRARA y su escuela Clásica del derecho penal, parten como postulado fundamental, de la existencia de un derecho natural que proviene de Dios, y que por tanto el ser humano tiene derechos desde antes de la existencia del legislador, y a este orden jurídico natural se le conoce como orden ideal o justo. El derecho penal, según los tratadistas clásicos, pertenece a este orden jurídico natural impuesto por Dios, pues, quien comete delito atenta contra el orden creado por Dios en el universo, por tanto, bajo este fundamento: *“El derecho penal debe tener vida y criterios peexistentes a los pareceres de los legisladores humanos, criterios infalibles, constantes e independientes de los caprichos de estos legisladores y de las utilidades ávidamente codiciadas por ellos...nada hay que no esté regulado en el mundo. Dios sometió todo lo creado a perpetua armonía”*⁴.

Con estas premisas, se tiene, entonces, que bajo la influencia del *iusnaturalismo divino* CARRARA pretendió construir un sistema penal deducido de principios propuestos como apotegmas, con el cual pensaba que era posible elaborar un esquema del delito con validez universal e intemporal, que no dependiera del capricho del legislador y del intérprete⁵. Dadas sus fuentes filosóficas, la consecuencia era obvia, pues, si Dios estableció un orden justo, y si el delincuente lo que hace con su conducta es quebrantar ese orden dado por Dios, pues, el derecho penal y el delito será el mismo y merecerá el mismo reproche en cualquier nación y en cualquier tiempo. Así el derecho penal adquiere una connotación universal y el delito es delito internacional.

La antípoda de la escuela clásica de pensamiento penal fue la Escuela Positivista, también de origen italiano y cuyo principal exponente fue ENRICO FERRI, para quien lo único demostrable empíricamente era la ley penal dada por el legislador terrenal. Esta postura niega la posibilidad de un delito internacional, pues, el derecho penal dependerá de la validez de la norma en cada territorio y para cada sociedad en cada tiempo.

Posteriormente, la Escuela Dogmática Penal Alemana, que pretende el reconocimiento de ciencia al derecho penal, propuso como objeto de estudio la Ley penal dada, y como método de estudio el dogmático. Para esta escuela de pensamiento, la ley penal dada es un dogma indiscutible, y como ella depende de

⁴ CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Prefacio a la quinta edición. Tomo I. Editorial Temis. Bogotá, 1978. Pagina 5 y ss.

⁵ AGUDELO BETANCUR, Nódier. Grandes corrientes del derecho Penal. Escuela Clásica. Segunda Edición 1993. Editorial Linotipia Bolívar. Bogotá 1993. Páginas 3 y siguientes.

cada Estado en cada tiempo, sobre tales postulados, no resultaba posible estructurar una idea de delito internacional. Todo lo contrario, fue la Escuela Dogmática Penal alemana la que insertó la idea de límites a la aplicación de la ley penal, y que son tres: límite temporal, según el cual, la ley penal sólo se aplica durante el tiempo de vigencia de la norma, salvo la garantía de la favorabilidad; el límite espacial, según el cual la regla general es la aplicación de la ley dentro del territorio de cada país, salvo los criterios de territorialidad por extensión, y el límite personal, según el cual, la ley se aplica a sus destinatarios por igual. Así las cosas, tampoco, bajo esta perspectiva es concebible la idea de unos delitos internacionales.

Como se ve, sobre las bases de un positivismo normativo, propios de la escuelas Positivista y Dogmática Penal, no resultaba coherente acuñar la idea de un delito internacional, de un estatuto penal internacional y de un juez internacional, pues, el derecho penal estaba, en sus postulados limitado por la ley de cada país.

Sólo en la segunda posguerra, es decir, desde los años cuarenta en adelante, empieza a darse la idea de que existen delitos que atentan contra todo el género humano, introduciéndose con ello una corriente de pensamiento *iusnaturalista racional*. Según esta postura, el ser humano por el hecho de ser tal, lleva consigo el reconocimiento de unos derechos fundamentales, y el quebrantamiento de tales derechos significa una violación a toda la especie humana. No se trata de un *ius naturalismo* proveniente del creador, como era el planteamiento carrariano, sino un *iusnaturalismo* fundado en la razón de reconocer unos derechos propios a la esencia humana. Bajo esta nueva perspectiva, empezaron algunos tratadistas a acuñar la idea de la existencia de delitos de lesa humanidad, considerados como delitos internacionales, definidos como aquellos comportamientos humanos que lesionan a toda la humanidad, o sea, que se entiende que el sujeto pasivo principal es todo el género humano, el hombre social, pues, hieren, dañan u ofenden la conciencia general de la humanidad y rompen las condiciones de vida pacífica y civilizada⁶.

En consecuencia, sólo bajo una perspectiva filosófica *iusnaturalista*, ora divina como la tuvo la escuela Clásica, ora racionalista como se tiene a partir de la segunda mitad del siglo XX, es posible construir la idea del delito internacional, porque a ello no pudieron llegar las corrientes de pensamiento adscritas a unos postulados filosófico positivistas o empírico racionalistas galileanos, como fueron las escuelas Positivista y Dogmática Penal alemana.

⁶ GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Crímenes de Lesa Humanidad. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá 1998, página 19, con cita de BLANC ALTEMIR. La Violación de los Derechos Humanos, página 116.

2. EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Antes de la existencia de la Corte Penal Internacional y con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el mundo conoció otros tribunales de justicia penal internacional, de carácter transitorio, que se han convertido en sus antecedentes históricos, entre los que se destacan especialmente el Tribunal Militar Internacional, también conocido como el Tribunal de Nuremberg; El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Las experiencias de los Tribunales Internacionales transitorios creados por el Consejo de Seguridad de la ONU, dentro de los que se han destacado los más importantes, dejaron para el Derecho Internacional grandes aportes, como son por ejemplo, empezar a establecer la idea de que el ser humano entró a ser considerado como sujeto del Derecho Internacional. Por décadas se había considerado que sólo los Estados partes eran considerados sujetos del Derecho Internacional. Con estos Tribunales, el paradigma cambió, pues, se empezó a considerar que no sólo los Estados, sino, también, las personas eran sujetos activos y pasivos del Derecho Internacional.

Otro de los grandes aportes de estas experiencias, consistió en precisar que existe una responsabilidad penal individual de carácter internacional, principio que rompe con paradigmas propios del derecho internacional, que hasta entonces sólo consideraba la responsabilidad penal de los Estados como sujetos del derecho internacional, y rompe también paradigmas propios del Derecho Penal de los países, especialmente, de aquellos de tradición dogmática penal alemana, que consideraban a esta disciplina como aplicable sólo dentro del límite espacial de cada país, para los delitos cometidos especialmente dentro del territorio de cada país, y reconocidos en la ley de cada país. De esta manera, se abre paso un nuevo concepto de derecho penal, que ahora se conoce como Derecho Penal Internacional y una nueva categoría de delitos, conocidos hoy como Delitos Internacionales, que desbordan o rompen los límites que de siempre se han considerado propios del derecho penal de cada nación.

De otra parte, las cartas constitutivas de los Tribunales Internacionales *pro tempore* significaron un gran aporte al Derecho Penal, en la medida en que tipificaron o definieron los que se consideran crímenes internacionales, haciendo una clara clasificación de ellos, y dentro de sus definiciones se establecieron los elementos constitutivos de cada uno de estos delitos, lo que permite diferenciarlos de cualquier otro por parecido que le sea.

No obstante, los avances e importantes aportes reseñados anteriormente, la creación de estos Tribunales Penales Internacionales también recibió muchas críticas, entre las que se pueden sintetizar las siguientes⁷:

- a) Los Tribunales fueron el producto de una decisión del Consejo de Seguridad, que no es el órgano más democrático y más representativo de la comunidad internacional, dado el privilegio que en su seno tienen las grandes potencias mundiales, y el derecho al veto del cual gozan los cinco miembros permanentes. Lo ideal es que un Tribunal Internacional para ejercer justicia penal sea creado por la comunidad internacional en su conjunto, o por lo menos a través de un órgano más representativo y democrático.
- b) La creación de estos Tribunales Internacionales fue una decisión más política que jurídica, pues, no puede desconocerse que en otros países, o por la intervención de otros países se han cometido los crímenes internacionales que fueron definidos, y, sin embargo, no se tuvo voluntad política para investigar estos crímenes. No cabe duda, por ejemplo, de que durante la guerra fría también se cometieron, o, por lo menos, se permitieron, por parte de los gobiernos involucrados los llamados delitos internacionales que fueron tipificados en las cartas constitutivas de estos Tribunales. Sin embargo, no hubo interés político para crear un Tribunal Penal Internacional que investigara y juzgara los crímenes internacionales cometidos especialmente por agentes de la inteligencia de las que para entonces eran las potencias mundiales, o con la aquiescencia de esos gobiernos.
- c) El carácter *ad hoc* o *pro t mpore* de estos Tribunales, no permitía asegurar que los delitos internacionales sólo se hubieran cometido en aquellos lugares específicos y en ese tiempo. Es decir, la temporalidad de estos Tribunales, no permite asegurar que en el futuro no se van a volver a cometer tales delitos. Por ello, se empezó a propugnar la idea de crear un Tribunal que no fuera temporal, sino, que tuviera un carácter permanente.
- d) Finalmente, se dijo que estos Tribunales Internacionales violaban el principio del juez natural, pues, estos eran creados para juzgar delitos cometidos antes de su creación. Lo aconsejable, en respeto y aplicación de la garantía del juez natural, es que el órgano encargado de investigar y juzgar los delitos sea

⁷ Sobre las críticas que se han hecho a los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, puede consultarse a VARGAS SILVA, Clara Inés. Colombia y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá 2004, página 39 y siguientes.

preexistente al acto que se le imputa al ser humano. Un Tribunal Penal Internacional con carácter de permanencia, y con una competencia predefinida, permitiría asegurar el respeto del principio del juez natural, pues, sólo tendría competencia para juzgar los delitos cometidos con posterioridad a su instalación.

Para capitalizar los aportes de los Tribunales Internacionales de justicia penal, y, además, para superar las críticas contra ellos formuladas, la comunidad internacional aprobó el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, el instrumento internacional que hoy se conoce como EL ESTATUTO DE ROMA, el cual tipificó los delitos internacionales, creó la Corte Penal Internacional con carácter de permanencia, estableció sus estatutos, reguló el procedimiento penal y reconoce el respeto de unas garantías procesales para las personas que sean juzgadas. El 1º de julio de 2002 con 76 ratificaciones y 139 firmas entró en vigor el Estatuto de Roma.

Colombia suscribió el Estatuto de Roma, y lo ratificó mediante la Ley 742 del 5 de junio de 2002 aprobatoria del tratado. Posteriormente, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-692 de 2003, por unanimidad declaró la exequibilidad del Estatuto de Roma.

Lo anterior, indica que por mandato del artículo 93 de nuestra Constitución Política, y por tratarse de conductas humanas que afectan derechos humanos, el Estatuto de Roma ingresó a nuestro derecho interno para integrar el Bloque de Constitucionalidad.

La Corte Penal Internacional tiene su sede en La Haya, pero podrá celebrar sesiones en otro lugar cuando lo considere conveniente, y está conformada por tres salas así: a) La Sala de Cuestiones Preliminares, encargada de definir si inicia o no proceso penal internacional, ante un asunto colocado bajo su conocimiento por parte del Fiscal de la Corte; b) La Sala de Primera Instancia, encargada de adelantar la etapa del juicio penal internacional, con el reconocimiento y observancia de las garantías procesales reconocidas en el Estatuto, por lo que debe decretar y practicar las pruebas, y proferir la sentencia correspondiente y c) La Sala de Apelaciones, que tiene a su cargo hacer las veces de tribunal de segunda instancia, y resolver los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias y otras decisiones proferidas por la sala de primera instancia.

El conocimiento inicial del asunto puesto en conocimiento de la Corte estará a cargo del Fiscal, que tiene la función de adelantar la etapa de investigación y recaudar las evidencias que soporten una acusación contra una persona en particular.

Según lo establecido en el artículo 5 del Estatuto de Roma, los delitos internacionales de competencia de la Corte Penal Internacional, están clasificados en cuatro grupos, que son:

- a) El crimen de genocidio,
- b) Los crímenes de lesa humanidad,
- c) Los crímenes de guerra,
- d) El crimen de agresión.

No obstante, el mismo artículo en su parte final establece que: *“La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esta disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”*.

Lo anterior, significa que actualmente no se encuentra tipificado el delito de agresión, y hasta tanto no se defina este delito, y no se especifiquen los elementos que lo confirman, tal comportamiento no es de competencia de la Corte Penal Internacional. En consecuencia, tan solo serán de su conocimiento los tres primeros grupos de delitos.

3. EL GARANTISMO PENAL EN EL ESTATUTO DE ROMA

Si en algún aspecto ha sido bien prolijo el Estatuto de Roma, es en el reconocimiento y respeto de las garantías procesales para el investigado y enjuiciado. Con ello, queda bien claro para toda la comunidad internacional que se encuentra bajo la competencia de la Corte Penal Internacional, que el proceso no tiene como único objetivo la búsqueda de la verdad y el castigo penal a los responsables de los delitos sometidos a su conocimiento, sino, que, además, debe procurar por conseguir tales propósitos con el cuidado, respeto y reconocimiento de las garantías del procesado.

Para respaldar tal aserto, bástenos con mencionar las más importantes garantías procesales reconocidas para el acusado en el estatuto de la Corte Penal Internacional:

- a) Principio de Legalidad.- Esta es una garantía reconocida por todas las codificaciones civilizadas, desde la revolución francesa en adelante, y se enuncia con el aforismo *nullum crimen sine lege*. Según este principio, nadie

puede ser declarado penalmente responsable por una conducta humana que no esté previamente definida en la norma como delito. En otras palabras dicho, solamente se considera delito aquello que esté expresamente reconocido como tal por la norma jurídica.

Este principio es, indiscutiblemente una importante garantía para los asociados, en la medida en que la ley cumple una función limitadora para el juzgador; pues, no puede éste, a su arbitrio determinar lo que considera delito. Sólo la ley define las conductas que se estiman reprochables y dignas de sanción penal.

El Estatuto de Roma, en el artículo 22 reconoce de manera expresa esta garantía, con el siguiente contenido: *“Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte”*

b) Prohibición de analogía.- La analogía es una técnica de interpretación y aplicación de la norma jurídica, consistente en que para el evento en que no existe norma expresa para la solución de un caso concreto, el operador judicial puede aplicar una norma que regule un caso similar o parecido, bajo el entendido de que: *“A la misma razón de hecho, la misma disposición de derecho”*. Es decir que, ante un vacío legal para la solución de un caso específico, si el supuesto de hecho es idéntico puede darse una consecuencia jurídica idéntica, regulada en norma jurídica que regula una situación análoga o parecida.

No obstante, en materia penal rige el principio de prohibición de analogía, precisamente porque al tratarse este de un derecho sancionador, la interpretación y aplicación de las normas que definen la conducta punible, deben interpretarse de manera restrictiva. Posibilitar al operador de justicia una interpretación extensiva de las normas que definen los delitos, equivale a patrocinar la arbitrariedad, porque, además, de lo expresado por la norma, también, se convertirían en delito y serían igualmente sancionables aquellos comportamientos humanos que al juzgador le parezcan similares, con lo cual se generaría una gran inseguridad jurídica y la ley perdería su función limitadora para el operador judicial.

El Estatuto de Roma, en respeto a la garantía procesal que ahora tratamos, en el numeral 2 del artículo 22, expresa lo siguiente: *“La definición de crimen será interpretada estrictamente y no será extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada a favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena”*.

- c) Principio de favorabilidad.- El deber para el operador de justicia consistente en aplicar la norma más favorable al procesado, en el evento de tránsito o cambio normativo, es otra de las garantías procesales reconocidas internacionalmente, expresadas en el principio del *favor rei*.

En efecto, por virtud de este principio, el investigado penalmente tiene la garantía de que la norma permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se le aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Así por ejemplo, tal principio tiene aplicación práctica en el evento en que la ley considere que no debe ser delito una conducta humana que ante la ley anterior era considerada delito, lo mismo ocurre cuando una ley posterior atribuye una sanción penal menor a una conducta delictiva. En tales hipótesis, por razón de esta garantía, el procesado tiene la seguridad de aplicación de la norma penal más benigna.

El principio de favorabilidad así entendido, está expresamente reconocido en el Estatuto de Roma, en el artículo 24 numeral 2, en los siguientes términos: “*De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena*”.

- d) El principio de cosa juzgada.- Según este principio, nadie puede ser juzgado dos veces por una misma conducta. Por tanto, si una persona ya fue investigada y absuelta por un tribunal, esta persona tendrá la garantía de que ningún otro tribunal va a volverlo a juzgar. Lo mismo ocurre en el evento de haber sido condenado, pues, no sería acorde con principios elementales de justicia, que alguien tenga que purgar pena dos veces por un mismo delito. Este principio también se conoce con el aforismo “*Non bis in idem*” que literalmente traduce no dos veces en lo mismo.

El Estatuto de Roma ha sido muy cuidadoso, y nos parece que con bastante razón, en regular este principio de la cosa juzgada, pues ha establecido una regla general y unas excepciones. Es decir, que para evitar la impunidad por parte de los tribunales nacionales, este principio no se aplica de manera absoluta. Según lo anterior, como regla general se garantiza que quien ya fue juzgado por la Corte Penal Internacional o por otro tribunal no va a ser juzgado nuevamente. Sin embargo, no obstante haber sido investigado y juzgado por otro tribunal, la Corte Penal Internacional podrá volverlo a investigar y juzgar cuando no se hayan cumplido las razones de justicia material o se pretenda fomentar una impunidad.

El artículo 20 del Estatuto de Roma, consagra el principio de la cosa juzgada, y en la misma disposición expresa las excepciones. Sin embargo, tales excepciones a

la regla general están más explícitas en el artículo 17 del mismo Estatuto, cuando establece las reglas de admisibilidad de competencia de la Corte Penal Internacional. Así, dice el artículo 20 del Estatuto de Roma: *“Salvo que en el presente estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.*

Nadie será procesado por otro tribunal, en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5° por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto...”

No obstante, la hipótesis contraria sí es procedente, es decir, la Corte Penal Internacional sí puede tener la competencia para volver a investigar y juzgar a una persona que ya fue investigada y juzgada por otro tribunal, cuando se da una cualquiera de las siguientes hipótesis:

1º) Simulación de justicia.- Cuando la decisión del tribunal nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte; lo mismo que cuando el proceso que está cursando tenga el mismo propósito. Es decir, cuando se trate de un juicio aparente que tenga por propósito eludir la competencia de la Corte Penal Internacional. Sobre este punto, bien vale la pena reflexionar acerca de la competencia de la Corte Penal Internacional para los crímenes de lesa humanidad y para los crímenes de guerra que han sido cometidos en Colombia por parte de los grupos paramilitares y los grupos guerrilleros, y que se acogen a la Ley de Justicia y Paz, pues, sería importante considerar si tanta benevolencia no constituye una simulación de justicia.

2º) Demora injustificada.- La Corte Penal Internacional mantendrá su competencia de investigar y juzgar a una persona por delitos de su conocimiento, aunque la misma persona esté siendo investigada por un funcionario judicial nacional, y exista una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. Práctica bastante frecuente en nuestro país.

3º) Falta de imparcialidad.- No obstante que una persona esté siendo procesada o haya sido juzgado por un tribunal nacional, la Corte Penal Internacional podrá volverlo a procesar, si se tiene establecido que el proceso adelantado por el tribunal nacional no está siendo o no fue sustanciado de manera independiente o imparcial, de suerte que dicho proceso penal sea incompatible con la intención de hacer

comparecer a la persona de que se trate ante la justicia de la Corte Penal Internacional. El mundo entero ha conocido ejemplos vivos de este fenómeno, pues, gobernantes, políticos y militares han sido juzgados y absueltos por los tribunales nacionales que gracias a su falta de imparcialidad, a su misma dependencia política y económica, o gracias a su solidaridad de género, arrojan sentencias absurdamente injustas, que rompen ostensiblemente con un criterio de justicia material.

4º) Incapacidad de administrar justicia.- En ocasiones las impunidades que se generan por parte de los tribunales nacionales, ni siquiera es por mala fe, o por el propósito de sustraer al investigado de la acción de la justicia internacional, sino, que ello obedece a la imposibilidad material de los organismos judiciales para cumplir con su tarea. La Corte Penal Internacional, de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 17 del Estatuto de Roma, mantiene su competencia, cuando: *“La Corte examine si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas o los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”*.

e) Prohibición de autoincriminación.- Por razón de este principio, el procesado tiene la garantía de no ser obligado, ni coaccionado ni torturado con el propósito de aceptar su participación y responsabilidad penal en los hechos que se le imputan. El procesado no puede estar obligado a declarar en su contra, como tampoco puede estar obligado a declararse culpable de los hechos que son materia de la investigación, pues la carga de la prueba no está en cabeza suya.

Esta garantía está expresamente reconocida en el artículo 55 del estatuto de Roma, de la siguiente forma: *“Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; nadie será sometido a forma alguna de coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes”*.

f) Derecho a la defensa técnica.- Este principio garantiza a todo procesado a estar asistido, durante todo el proceso; es decir, tanto en la etapa de investigación como en la etapa del juicio, por un profesional del derecho en defensa de sus intereses. Este profesional del derecho debe ser elegido por el procesado, y en, todo caso, si no cuenta con los recursos económicos para ello, deberá nombrársele un abogado que lo asista como defensor de oficio. Así lo establece

el literal c) del artículo 55 del Estatuto de Roma, como uno de los derechos del procesado: *"A ser asistido por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la justicia y, en cualquier caso, sin cargo si careciere de medios suficientes"*.

- g) Notificación de cargos.- El Estatuto de Roma le reconoce al procesado la garantía de ser informado de los cargos que se le imputan, en un idioma que pueda entender, y, en caso contrario, se garantiza que contará gratuitamente con un intérprete que le facilite la comprensión de los cargos y de lo que acontece en el proceso adelantado en su contra. Esta garantía está expresada en el artículo 55 de la siguiente forma: *"Quien haya de ser interrogado en un idioma que no sea el que comprende y habla perfectamente contará, sin cargo alguno, con los servicios de un intérprete competente y las traducciones que sean necesarias a los efectos de cumplir con el requisito de la equidad"*, y en la misma disposición, más adelante, agrega como uno de los derechos del procesado: *"A ser informado de que existen motivos para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte"*.

Según se observa, el Estatuto de Roma se ha cuidado bastante de cubrir con las más amplias garantías al procesado que se encuentra bajo su potestad, a fin de garantizarle ante la Corte Penal Internacional un verdadero juicio justo e imparcial, todo lo cual está en consonancia con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Lo anterior nos permite afirmar que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional se alinea claramente con una postura garantista del derecho penal, en la medida en que la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia material, sólo encuentra un verdadero sentido cuando al procesado se le reconocen y respetan sus garantías. Al contrario de lo que ocurre con otros sistemas de justicia penal internacional, que se apartan del garantismo penal, para ubicarse en la orilla opuesta, la del eficientismo penal, que propugna por un proceso empeñado en la búsqueda de la verdad, aun a costa del desconocimiento de las más elementales garantías del procesado.

El garantismo penal reconoce al procesado como un ser humano con derechos, por eso se dice que esta postura equivale a un derecho penal de ciudadano, en tanto que el eficientismo penal reconoce al procesado como un enemigo de la sociedad, por esto se le denomina a esta corriente de pensamiento y de aplicación del derecho penal, un derecho penal de enemigo⁸ .

⁸ Sobre este punto puede consultarse la tesis doctoral del profesor APONTE, Alejandro David, titulada "Guerra y Derecho Penal de Enemigo" donde se hace una reflexión crítica sobre el eficientismo

5. EL EFICIENTISMO PENAL INTERNACIONAL: " THE PATRIOT ACT " ¿OTRO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL?

Los Estados Unidos de América no suscribieron el Estatuto de Roma, y, por ello mismo, no se encuentran sus ciudadanos bajo la competencia de la Corte Penal Internacional. Lo anterior demuestra la poca coherencia que ha tenido esta potencia en materia de justicia penal internacional; pues, siempre estuvo de acuerdo e incluso impulsó, desde su asiento permanente en el Consejo de Seguridad de la ONU, la creación de tribunales penales internacionales, como el de Nuremberg, la Ex Yugoslavia y Ruanda, donde, incluso, en varios de estos tribunales designó a sus ciudadanos como magistrados miembros. Pero, cuando se trataba de establecer un Tribunal Penal Internacional con carácter permanente, cuyos Magistrados tienen una forma mucho más democrática y pluralista de postulación y designación, los Estados Unidos de América, se apartaron de esta idea, para establecer su propio sistema de justicia penal, con el propósito de perseguir en todo el mundo, a los que en su propio criterio son los delitos que más lo afectan, como son el terrorismo, la conspiración para realizar terrorismo, la financiación al terrorismo, el narcotráfico, el lavado de capitales, etc.

Como se ve, al emperador no le gustan las cortes que él mismo no pueda manejar o controlar.

El sistema penal impuesto desde la legislación interna de los Estados Unidos, para perseguir los delitos que más le afectan en todo el mundo, está compilado en una bien compleja estructura normativa a la que se la ha dado un nombre bien sugestivo: "*The Patriot act*" o *La Ley Patriota*.

Después de los hechos ocurridos en la ciudad de Nueva York el 11 de septiembre de 2001, los temas relacionados con la seguridad, el terrorismo, la financiación al terrorismo, la cooperación internacional, la efectividad de los organismos de inteligencia, los órganos judiciales, el narcotráfico, el lavado de activos y el tratamiento a los inmigrantes, han sido tratados en primer plano, como nunca, en Estados Unidos. Las capturas de musulmanes en muchas partes del mundo, las

penal de enemigo, publicada por la Editorial Ibáñez, Primera Edición, Bogotá 2004. En el mismo sentido, la ponencia del profesor JULIO GONZÁLEZ ZAPATA en el CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL, Estado actual de las ciencias Penales, titulada: "La política criminal colombiana o cómo se construye el enemigo". En el mismo sentido la ponencia del profesor ALEJANDRO DAVID APONTE CARDONA TITULADA: "Dogmática penal, lucha contra la impunidad y proceso penal: equilibrios problemáticos".

cárceles secretas de la CIA en varios países de Europa, los tratos dados a los prisioneros en la bahía de Guantánamo, así como las guerras de Afganistán e Irak, han sido justificadas a través de un programa de gobierno, propuesto desde la primera administración del presidente George Bush, denominado: “*la lucha global contra el terrorismo*”, programa que sigue siendo la causa y la justificación principal de la política externa de este país. El tratamiento judicial penal contra sospechosos de terrorismo y la consecuente aplicación de la nueva legislación antiterrorista en los Estados Unidos, despiertan serios reparos sobre el respeto a los derechos civiles reconocidos en el *Bill of Rights*, así como a las garantías procesales reconocidas en la Constitución de dicho país, porque lo que se aprecia en la práctica es una supremacía de la política de seguridad nacional y de sus principios, sobre los derechos fundamentales de los sospechosos, capturados y procesados.

La Ley patriota es un compendio normativo extenso y bastante complejo que modifica, aproximadamente, quince leyes federales y que confiere excesivas facultades a los servicios de inteligencia. Muchas de estas facultades son claramente desconocedoras de elementales garantías constitucionales, como, por ejemplo, la posibilidad de interceptar llamadas telefónicas o de hacer registros domiciliarios sin orden previa de autoridad judicial competente. Sin embargo, pese a la complejidad de muchas de sus normas y su incidencia sobre valores constitucionales, fue aprobada por el Congreso a través de un procedimiento de urgencia, lo que supone que no se realizara un debate profundo sobre la violación de garantías que tales medidas supone.

La *Patriot Act* modifica la legislación fundamental vigente en materia de terrorismo. La innovación principal consiste, sin duda, en el hecho de que, mediante la Sección 802, más allá de la definición del delito de terrorismo, se introduce en la legislación federal la definición de terrorismo nacional⁹. En la propia *Patriot Act*, se permite a los jueces dictar órdenes de registro válidas en todo el territorio de EE UU. La definición de terrorismo que allí se consagra es bastante amplia. Terrorismo nacional significa “*actividad que: a) implica actos peligrosos para la vida humana, que violan el derecho penal de Estados Unidos o de cualquier Estado; b) tiene como finalidad b1) intimidar o coartar a la población civil; b2) influir sobre la política del Gobierno mediante intimidación o coerción; b3) incidir sobre la actividad del Gobierno a través/ con medios de destrucción masiva, asesinatos, secuestros; c) es realizada*

⁹ VERVAELE, J.A.E. La legislación antiterrorista en Estados Unidos : Inter Arma Silent Leges?, Del Puerto, Buenos Aires, 2007, 128 p.

principalmente dentro de la jurisdicción territorial de Estados Unidos". Al mismo tiempo, la Sección 802 amplía de modo considerable los delitos básicos que integran la noción de terrorismo¹⁰.

Esta legislación, que está fundamentada principalmente en razones de seguridad nacional, faculta para realizar interceptaciones telefónicas sin necesidad de orden judicial previa, como, también, faculta a los organismos de inteligencia para realizar registros sin orden de autoridad judicial competente, pues basta con la autorización del Fiscal General. Del mismo modo, para los delitos que son de su órbita se suspenden derechos y garantías fundamentales como por ejemplo el habeas corpus y el habeas data, al punto de que todas las empresas norteamericanas o extranjeras que tengan negocios en Estados Unidos tienen la obligación de suministrar todos sus datos de clientes, cuando los organismos de inteligencia de los Estados Unidos así se lo soliciten, so pena de recibir sanciones económicas o incluso, de entenderse comprometidas en la realización de delitos comprendidos en la *Patriot Act*. De esta manera, la justicia norteamericana amplía el ámbito de competencia a un nivel internacional.

La *Patriot Act* contiene un catálogo íntegro dirigido a ampliar la legislación anti-blanqueo en Estados Unidos y a combatir la financiación de la actividad terrorista¹¹. Incluso Estados Unidos ha extendido su jurisdicción directa al ámbito de las instituciones financieras. Según dispone la ley civil, el hecho de poseer una cuenta bancaria en Estados Unidos permite atribuir la jurisdicción a Estados Unidos para juzgar una actividad de blanqueo, aunque tal actividad se haya llevado a cabo en el exterior (Sec. 317).

Ha llamado poderosamente la atención un hecho ocurrido en el año 2006, que lo ha puesto de presente el profesor holandés VERVAELE, pues, el *Department of Treasury* sometió a la organización SWIFT (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*) con sede en Bruselas, una orden de entrega de información sobre transacciones financieras. SWIFT es el órgano por excelencia de transacciones interbancarias en el mundo. La orden es una ejecución del programa *Terrorist Finance Tracking Program*, que le permite emitir órdenes ejecutivas al amparo de la ley patriota. Según el Departamento, Estados Unidos tiene el derecho de investigar los datos de SWIFT con el fin de identificar

¹⁰ Ibídem.

¹¹ Para mayor profundización H.R.COHEN, E.T.DAVY, *Memorandum*, 1337 PLI/Corp 67 y P.L. LION, A.M. PETERS, *The USA Patriot Act and anti-money laundering laws*, 1339 LPI/Corp 129.

¹² Para más información sobre la base legal, ver: <http://www.treasury.gov/press/releases/js4340.htm>.

transacciones financieras de sospechosos de actividad terrorista¹². Los bancos centrales de Canadá, Alemania, Francia, Italia, Japón, Holanda, Reino Unido, Suecia, la Reserva Federal (banco central) de EE UU y el BCE son las diez entidades encargadas de supervisar la actividad de SWIFT. La implicación de ocho bancos centrales europeos -además del propio Banco Central Europeo (BCE)- en la entrega secreta de información bancaria a Washington supone un nuevo caso de colaboración transatlántica de dudosa legalidad, surgida bajo la conmoción de los atentados del 11-S. Ante la amenaza de verse involucrados sus directivos en complicidad con el terrorismo o la financiación de actividades terroristas y de recibir un bloqueo económico, los directivos de SWIFT entregaron a Washington su valiosa información. La Comisión belga de protección de datos consideró que SWIFT violó el derecho de la Unión Europea y belga, específicamente la garantía constitucional del *habeas data*; y criticó a SWIFT por no haber informado la Comisión Europea y las autoridades belgas sobre el conflicto legal entre las obligaciones legales de Estados Unidos y de Europa y Bélgica¹³

Lo cierto es que con fundamento en esta compleja legislación denominada *The Patriot Act*, se ha extendido el poder judicial norteamericano a instituciones financieras y a personas que se encuentran fuera del territorio norteamericano, a quienes se les captura en cárceles secretas de Europa, y se les priva de la libertad en la Base militar de Guantánamo, sin que se les respete los derechos de *habeas corpus*, de *habeas data*, de secreto profesional, de no autoincriminación, y tal vez, de las más elementales garantías que son propias de un juicio justo, como el derecho al juez natural, pues los prisioneros de Guantánamo están siendo juzgados por Jueces Militares secretos, a través de pruebas también secretas, y con fundamento en algunas normas y directrices gubernamentales, que también son secretas¹⁴, todo ello facultado por la *Patriotact*, que dicho sea de paso, acuñó las etiquetas de “*enemigo combatiente*” y de “*extranjero enemigo*”.

Este nuevo sistema de persecución del delito a nivel internacional, por fuera de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, establece una nueva concepción del delito internacional, que empieza a conformar un listado de delitos bien diferente al establecido en el estatuto de Roma, y dentro del que se encuentran el terrorismo,

¹³ VERVAELE, John. “La nueva generación de leyes antiterrorismo, en especial la USA *Patriot act* y sus consecuencias en Europa. Conferencia dictada en el CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL. El estado Actual de las Ciencias Penales. Realizado en Medellín entre el 24 y el 25 de mayo de 2007.

¹⁴ VERVAELE, Jhon. De lo secreto en el proceso al proceso secreto. Conferencia dictada en el CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL. Medellín Mayo 24 y 25 de 2007.

¹⁵ Vid., por ejemplo, el *Anti-terrorism, Crime and Security Act (ASTA)*, de Inglaterra, <http://>

la financiación al terrorismo, el narcotráfico, el blanqueo de capitales, la conspiración para el narcotráfico, etc. Sin lugar a dudas, este nuevo sistema de justicia penal internacional, presenta unos fundamentos diferentes al de la Corte Penal Internacional, como por ejemplo el de la seguridad nacional, el de la seguridad internacional, el de la guerra contra el terrorismo internacional, y pretende un proceso penal afincado más en evitar la impunidad a toda costa aunque ello signifique el desconocimiento de garantías procesales tan valiosas y reconocidas en la gran mayoría de constituciones del mundo, incluso en la propia constitución de los Estados Unidos de América.

El sistema de justicia que impone la *Patriot Act*, a diferencia de lo establecido en el Estatuto de Roma, aplica un derecho penal eficientista, o derecho penal de enemigo.

El asunto se pone más crítico, si se tiene en cuenta que varios países de Europa, están incorporando en sus legislaciones internas leyes antiterrorismo, que se perfilan por el mismo sendero de la *Patriot Act*. En este sentido lo advierte el profesor holandés VERVAELE, cuando afirma que: *“Los ataques del 11 de septiembre y la posición adoptada por los Estados Unidos en materia anti-terrorista han tenido consecuencias en Europa. Muchos países europeos han adoptado legislaciones especiales anti-terroristas o han endurecido significativamente las leyes ya existentes¹⁵. La Unión Europea ha acelerado la adopción de la Decisión marco sobre armonización de la legislación penal en materia de terrorismo y sobre el mandato de arresto, y ha elaborado un vasto proyecto de acción anti-terrorista. Los jueces, nacionales y supranacionales, deben confrontarse con las medidas de emergencia. Después de los ataques ferroviarios a Madrid de marzo de 2004 y Londres de julio de 2005, existe el riesgo real de que la Unión Europea se sirva de la experiencia americana para elaborar una política de seguridad europea¹⁶. Por ahora la Unión Europea se ha limitado a acelerar el programa existente, pero no hay duda de que la Unión prepara cambios importantes, como por ejemplo favorecer el flujo de información entre cuerpos de intelligence, cuerpos policiales y cuerpos judiciales, poniendo en peligro el habeas data (derecho a la privacidad¹⁷). Los estudiosos, y aquellos que aplican el derecho penal*

legislation.hmso.gov.uk/acts2001/20010024.htm.

¹⁶ Vid. la declaración del Consejo de Europa sobre el terrorismo de 25 de marzo de 2004, <http://www.statewatch.org/news/2004/mar/eu-terr-decl.pdf>.

¹⁷ <http://www.statewatch.org/news/2005/sep/com-data-protection-prop.pdf>; Draft framework Decision on simplifying the exchange of information and intelligence, Council of the EU, 10215/04, 4 June 2004.

¹⁸ Conclusiones del CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL. Estado Actual de

europeo, deberán valorar en qué medida se han modificado las garantías fundamentales del Estado Constitucional para garantizar la seguridad nacional y en qué medida ello ha incidido sobre el derecho penal material y procesal y sobre la legislación especial”¹⁸.

6. CONCLUSIONES

La elaboración de este trabajo me permite llegar a las siguientes conclusiones:

1. La elaboración de un derecho penal internacional, con la idea de delitos internacionales, y de una jurisdicción internacional, es posible sobre la perspectiva filosófica del *iusnaturalismo*, bien sea del derecho natural divino, o del derecho natural racionalista.

La misma idea no resulta admisible bajo la postura filosófica del *iuspositivismo*, que pregona un apego formalista a la ley de cada país, dada para cada territorio en cada tiempo, lo que impone límites temporales, espaciales y personales de aplicación de la ley.

2. Los antecedentes de lo que hoy es la Corte Penal Internacional fueron el Tribunal de Neuruemberg, el tribunal para la Ex Yugoslavia y el tribunal para Ruanda, que fueron creados en forma temporal, por mandato del Consejo de Seguridad de la ONU, siempre con el auspicio y con la voluntad de los Estados Unidos de América, que, incluso, llegó a designar de entre sus nacionales magistrados que conformaron tales tribunales. Posteriormente se apartó de la idea de una Corte Penal Internacional y no suscribió el Estatuto de Roma, para instaurar un sistema propio de justicia penal internacional.
3. El estado actual del derecho penal se mueve en medio de dos tensiones, una que se conoce como el garantismo y otra que se conoce como el eficientismo. El garantismo, también denominado sistema de derecho penal de ciudadano, propugna por el establecimiento de una justicia penal que busque la verdad real del hecho investigado pero con el reconocimiento de unas garantías procesales al acusado. Por su parte, el eficientismo penal, también llamado sistema de derecho penal de enemigo, intenta la lucha contra la impunidad a todo costo, inclusive desconociendo las garantías del procesado.

El derecho penal internacional, respondiendo a esas mismas tensiones, tiene actualmente dos sistemas penales, el primero de corte garantista establecido por el Estatuto de Roma, y el segundo de corte efficientista establecido por la *Patriot act* de los Estados Unidos de América, y que empieza a hacer metástasis en las legislaciones europeas.

4. Para el Estatuto de Roma los delitos de persecución internacional, son básicamente los que se tipifican en tres grupos a saber: el genocidio, los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra, quedando pendiente la definición y tipificación de otro delito, denominado de agresión.

Para el sistema de la *Patriot Act*, en cambio, los delitos que amenazan la seguridad mundial son el terrorismo, la conspiración para cometer terrorismo, la financiación del terrorismo, el narcotráfico y el blanqueo de capitales.

5. El Estatuto de Roma reconoce para los procesados unas garantías, entre las que se cuenta la Cosa Juzgada, según la cual, la competencia de la Corte Penal Internacional es complementaria, es decir, sólo si la persona acusada no ha sido juzgada por un tribunal nacional, teniendo como excepciones a este principio, la simulación de justicia, la demora injustificada de los procesos, la falta de imparcialidad del tribunal nacional y la incapacidad del estado de administrar justicia. En tales hipótesis, aunque exista sentencia ejecutoriada, la Corte Penal Internacional puede investigar y juzgar a un delincuente internacional por delitos de su competencia.

El sistema de la *Patriot Act* no tiene este tipo de limitaciones. La persecución de los delitos en ella contemplados se realiza aunque ello implique el desconocimiento de garantías procesales fundamentales como la del juez natural, la del debido proceso, la del habeas corpus, la del habeas data, la de orden legítima previa de autoridad judicial para realizar interceptación de llamadas y registros domiciliarios, por citar apenas algunas de las garantías que se soslayan. La competencia de sus tribunales nacionales se impone con las únicas limitaciones establecidas en los tratados de extradición.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO BETANCUR, Nódier. *Grandes corrientes del derecho Penal. Escuela Clásica*. Segunda Edición 1993. Editorial Linotipia Bolívar. Bogotá 1993. p. 3 y siguientes.
- AMBOS. Kai. *La Parte General del Derecho Penal Internacional; Bases para una elaboración dogmática*. Traducción de Ezequiel Malarino. Editorial Temis. Bogotá 2005.
- APONTE CARDONA, Alejandro David. *Guerra y Derecho Penal de Enemigo*. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo. Grupo Editorial Ibáñez. Primera Edición. Bogotá 2006.
- APONTE CARDONA, Alejandro. CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL, Estado actual de las ciencias Penales. Conferencia titulada: “*Dogmática penal, lucha contra la impunidad y proceso penal: equilibrios problemáticos*”. Medellín, mayo 24 y 25 de 2007.
- CAMARGO, Pedro Pablo. *Derecho Internacional Humanitario*. Tercera Edición. Editorial Leyer. Bogotá 2002.
- CAMARGO, Pedro Pablo. *Manual de derecho Penal Internacional*. Editorial Leyer. Bogotá 2004. p. 34 y ss.
- CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Prefacio a la quinta edición. Tomo I. Editorial Temis. Bogotá, 1978. p. 5 y ss.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L. *El delito de tortura*. Editorial Bosch. Barcelona 1.990.
- DE ZAYAS, Alfred Maurice, El proceso de Nuremberg ante El Tribunal Militar Internacional, en *Los Grandes Procesos derecho y Poder en la Historia*. ALEXANDER DEMANDT Ed. Crítica. Barcelona 1993, p. 234 a 255.
- ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Ratificado en Colombia por la Ley 742 del 5 de junio de 2002
- GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Crímenes de Lesa Humanidad*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá 1998, página19, con cita de BLANC ALTEMIR. La Violación de los Derechos Humanos, p. 116.
- GONZÁLEZ ZAPATA, Julio. CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL, Estado actual de las ciencias Penales. Conferencia titulada: “*La política criminal colombiana o cómo se construye el enemigo*”. Medellín, mayo 24 y 25 de 2007.
- HEYDECKER, Joe J. y LEEB, Johannes. *El proceso de Nuremberg*. Editorial Bruquera. Barcelona-Buenos Aires-Bogotá. 1962.
- MOLINA T. Ana Lucrecia. *El delito de desaparición forzada de personas*. Revista de Derecho Penal N° 13 (junio a julio de 1999). Editorial Leyer. Bogotá.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. Quinta Edición. Tirant lo Blanch Libros. Valencia, España, 2002. Capítulos VII, VIII, IX.
- NACIONES UNIDAS. Informe del Secretario General, presentado de conformidad con el párrafo 2º de la Resolución 808 de 1993, del Consejo de Seguridad.
- ODIO BENITO, Elizabeth. "El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Justicia para la Paz", Artículo publicado en la Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, num. 24, Julio a Diciembre de 1993.
- PHILPOT, John. *El Tribunal Internacional para Ruanda: La justicia traicionada*. Québec, Canadá, 1995.
- VARGAS SILVA, Clara Inés. *Colombia y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá 2004.
- VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Derecho Penal, Parte General*. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá 1997, Capítulo Quinto, Los Ambitos de Validez de la norma Penal.
- VERVAELE, John. *De lo secreto en el proceso al proceso secreto*. Conferencia dictada en el CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL. Medellín Mayo 24 y 25 de 2007.
- VERVAELE, John. *La legislación antiterrorista en Estados Unidos: ¿Inter Arma Silent Leges?*, Editora Del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- VERVAELE, John. "La nueva generación de leyes antiterrorismo, en especial la USA Patriot act y sus consecuencias en Europa. Conferencia dictada en el CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL. El estado Actual de las Ciencias Penales. Realizado en Medellín entre el 24 y el 25 de mayo de 2007.