

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### LOS ÁMBITOS DE VALIDEZ DE LA NORMA PENAL

**BIBLIOGRAFÍA:** BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Introducción al derecho penal*, 3ª edición, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 2005; CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1999; DÍEZ DE VELASCO, MANUEL y AA.VV.: *Instituciones de derecho internacional público*, tomo I, 9ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1991; FIERRO, GUILLERMO: *La ley penal y el derecho transitorio*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978; Kelsen, HANS: *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máñez, México, Textos Universitarios, 1969; NARANJO MESA, VLADIMIRO: *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 9ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 2003; OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO: *Retroactividad e Irretroactividad de las leyes penales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007; PÉREZ PINZÓN, ÁLVARO ORLANDO: *Introducción al derecho penal*, 6ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005; RODRÍGUEZ CARRIÓN, ALEJANDRO J.: *Lecciones de derecho internacional público*, 2ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1991; VALENCIA RESTREPO, HERNÁN: *Derecho internacional público*, 2ª edición, Medellín, Editorial Diké/Universidad Pontificia Bolivariana, 2005; VERDROSS, ALFRED: *Derecho internacional público*, traducción de Antonio Truyol y Serra, Madrid, Ediciones Aguilar, 1973; ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: *Fundamentos de derecho penal*, 3ª edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1993.

#### I. ÁMBITO DE VALIDEZ TEMPORAL

La primera de las limitantes en torno a la vigencia de la ley penal es la atinente al tiempo durante el cual ella rige.



## A). Concepto

Las normas penales, como todas las que componen el ordenamiento jurídico, son obligatorias desde que nacen a la vida hasta su desaparición, por lo cual se puede afirmar que tienen su propio ciclo vital. Ello significa que el período durante el cual impera la ley se extiende entre dos momentos distintos: la *promulgación* y la *derogación*. El primero, es aquel en el que la norma empieza a compeler e implica la inserción del texto legal en el *Diario Oficial* y su consecutiva puesta en vigencia, que por mandato legal "principia dos meses después de promulgada" (Código de Régimen Político y Municipal, artículo 52). Sin embargo, este principio general sufre dos excepciones: una, cuando la misma ley fija el día en que debe empezar su vigencia o autoriza al gobierno a hacerlo; y, otra, cuando haya interrupción de las comunicaciones atribuible a guerra o "causa inevitable" (*ibidem*, artículo 53), caso en el cual el término de *vacatio legis* se cuenta una vez cesada la suspensión. No obstante, es frecuente que las leyes entren a regir desde su promulgación, y aun antes, sin observar la vacancia legal (ley 57 de 1985, artículo 2°).

El segundo momento, con el que concluye la vida de la ley, es aquel en que deja de ser obligatoria por su derogación, sea porque otra de carácter posterior la suprima de manera expresa, o porque en forma tácita la modifique por contener disposiciones contrarias, o regular la materia en ella tratada de manera íntegra; incluso, porque en un texto legal de igual o superior rango se fije la fecha de su exclusión del orden jurídico —las llamadas "leyes temporales"—, o cuando desaparezcan el objeto, las circunstancias o los privilegios personales que le dieron nacimiento. En otras palabras, por derogatoria expresa o tácita.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la ley derogada no puede revivir en ningún caso, salvo que una ley nueva la reproduzca: "una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza, en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva" (ley 153 de 1887, artículo 14).

Es obvio que la eficacia de la ley también se extingue cuando la Corte Constitucional, en uso de las atribuciones correspondientes (Constitución Política, artículos 241 y 243), declara su *inconstitucionalidad*,

en lo que se ve un mecanismo distinto al de la *derogatoria*, pero que tiene similares efectos a ella; no obstante, la jurisprudencia —en armonía con precedentes sentados por los más altos tribunales nacionales en los años cincuenta del siglo pasado— ha introducido una muy polémica excepción en tratándose de la primera de estas figuras, no de la segunda en la que, como acaba de verse, es imposible: es factible que la ley derogada tras la declaratoria de inexequibilidad pueda recobrar su vigencia, cuando ello "sea necesario para garantizar la integridad y supremacía de la Carta" (sentencias C-145 de 23 marzo 1994 y C-501 de quince mayo 2001). Las dificultades del asunto en tratándose de la ley penal, son apenas comprensibles.

## B). Principios generales

Cuando la ley entra en vigor, se deben imponer las consecuencias jurídicas contenidas en ella a la conducta humana regulada; por eso, el deber de aplicarla se excluye cuando un hecho se presenta *antes* o *después de su vigencia*, pues en tal caso prima el principio general de que todo acto o conducta se debe regir por la ley vigente en su tiempo: *tempus regit actum*. En otros términos: como norma general, está prohibida la aplicación extraactiva de la ley, sea que ello se haga en forma retroactiva —actividad hacia atrás— o ultraactiva —actividad hacia el futuro—; sin embargo, atendido al carácter restrictivo de la libertad que tienen las leyes penales es posible, en aplicación del principio de favorabilidad, excepcionar dicho postulado general.

Así, pues, en el ámbito del derecho punitivo imperan los siguientes axiomas básicos: en primer lugar, *la norma penal rige desde su promulgación hasta su derogatoria* porque, como se dijo, su vigencia está delimitada por dichos momentos.

En segundo lugar, *rige para el futuro*, lo que es apenas obvio, puesto que las normas se dictan para cobijar tiempos venideros y no el pasado, de donde se desprende que —en principio— no poseen efecto retroactivo y los derechos adquiridos se rigen por la ley anterior. Ello se justifica, en el plano teórico, porque es necesario asegurar la estabilidad político jurídica de tal manera que los ciudadanos sepan de cuáles derechos son titulares; y también en el ámbito práctico, pues si la ley imperara para el pasado, se podría revivir todo tipo de juicios y reinaría un absoluto desorden en la administración de justicia.



En tercer lugar, *el carácter irretroactivo de la ley se exceptiona cuando ella es más benigna que la anterior*, lo que se explica por la vigencia amplia del postulado del *favor rei*, como ya se dijo. Y, para terminar, en cuarto lugar, *la prohibición de ultraactividad se excluye cuando una ley es más benigna que la posterior*, lo que es también consecuencia del principio de favorabilidad, pues el encartado al delinquir se hace acreedor a que se le juzgue de acuerdo con la ley vigente al momento de cometer el hecho.

192

Como se puede observar, los dos primeros postulados son de índole general, mientras que los dos últimos son producto de la doble excepción que se presenta cuando en el tránsito de legislaciones penales se debe dar aplicación a la ley más favorable para el reo (Constitución Política, artículo 29-3 y Código Penal, artículo 6º., inciso 3º). Por ello, entonces, entra en juego la retroactividad para quienes estén siendo procesados o hayan sido condenados (Código Penal, artículo 6º., inciso 3º y ley 153 de 1887, artículo 44) y la ultraactividad —como norma general— para los que aún no hayan sido condenados.

### C). Casos

En un tránsito de legislaciones en el tiempo, son posibles situaciones como las siguientes: la ley nueva puede tornar lícito un hecho que no lo era para la derogada; en la norma reciente, es factible punir un actuar que era lícito para la previsión legal anterior; la ley vigente puede sancionar el hecho de manera más benigna que la antigua; y es factible que la actual imponga al mismo actuar mayor sanción que la derogada. También, es pensable que la reciente previsión legal contenga sanciones de naturaleza distinta de las contempladas en la antigua; o que la norma imperante señale pena corporal menor y sanciones accesorias antes no existentes.



Incluso, es viable que la nueva ley pueda disponer la misma sanción, pero establecer un mínimo más elevado y un máximo más bajo que los previstos en la ley vieja. En fin, es posible que la ley nueva pueda, tras mantener la figura punible, modificar los principios generales, o variar el contenido de la descripción típica, o cambiar la denominación del hecho punible para convertir el delito en contravención, o viceversa.

### D). El postulado de irretroactividad y el derecho vigente

La legislación imperante —como ya se dijo en el acápite segundo, al estudiar el *ius puniendi* y sus límites— consagra el principio general de la prohibición de la aplicación extraactiva de la ley penal, salvo los casos de favorabilidad (Constitución Política, artículo 29-3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9º.; Código Penal, artículo 6º., incisos 1º, 3º y 4º; Código de Procedimiento Penal, artículo 6º inciso segundo y ley 153 de 1887, artículos 40 a 44), sin distinciones de ninguna índole, trátase de supuestos de hecho delictivos o contravencionales, de penas o medidas de seguridad, al cobijar por igual normas sustantivas, procesales o de ejecución penal; es más, incluso puede invocarse la aplicación retroactiva de la ley en casos de jurisprudencia constitucional, si el organismo competente declara inexecutable disposiciones de índole penal o cuando cambia su jurisprudencia. En fin, para concluir, téngase en cuenta que el mismo ordenamiento jurídico dispone que los “casos dudosos” se resuelven con base en la “interpretación benigna” (ley 153 de 1887, artículo 45).

193

No obstante, en relación con las normas procesales se suele distinguir entre las que fijan jurisdicción, competencia, ritualidades o formalismos del proceso, y las atinentes a otros aspectos procesales; a partir de tal enfoque se afirma que las primeras no admiten aplicación extraactiva (retroactividad o ultraactividad) por ser de ejecución inmediata, y que, además, todas las normas procesales son neutras, incoloras, inodoras e insaboras, como si no fuera evidente que todas ellas implican una valoración social. El equívoco se deriva del contenido de los artículos 40 y siguientes de la ley 153 de 1887 —reproducidos por los estatutos procesales—, que introducen la distinción para dotar de estabilidad a las instituciones procesales y evitar el caos y las confusiones usuales en los tránsitos legislativos, por lo que se reitera el principio general de la prohibición de extraactividad, pero se *deja a salvo la favorabilidad prevista en el texto constitucional que es ley de leyes* (Constitución Política, artículos 4º. y 29-3). Lo mismo cabe predicar del texto del artículo 6º., inciso 2º del Código de Procedimiento Penal, cuando pretende limitar la favorabilidad en este ámbito solo a la ley procesal de efectos sustanciales: “La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”, como si ella no fuera también predicable de





las demás normas instrumentales; desde luego, tal distinción es artificial e inoperante, amén de contraria a la Carta Fundamental (sentencias T-272 de 17 marzo 2005 y T-1057 de seis diciembre 2007).

Ahora bien, el legislador no solo se contenta con sentar los postulados anteriores, sino que también —en un intento por mostrar las posibles situaciones que ocurren en casos de conflictos de leyes penales en el tiempo— señala, por vía de ejemplo, diversas hipótesis en el artículo 45 de la ley 153 de 1887.

#### *E). Determinación de la ley más favorable o benigna*

194 Cuando se habla de la “ley”, se alude tanto a las normas penales completas, como a las incompletas y a las en blanco; así mismo, se incluyen las procesales y de ejecución penal, las de carácter civil, laboral, administrativo, etc., cuando introducen modificaciones a las penales e, incluso, a la ley o al reglamento complementario. En otras palabras: la ley que ha de aplicarse no es solo la norma de la parte especial, sino también la contenida en la parte general y en el derecho penal complementario. Si se trata de una norma en blanco, deben tenerse en cuenta todas las transformaciones sufridas por el supuesto de hecho correspondiente, para determinar cuál es la que lo completa, sin restricciones de ninguna índole, aunque la norma que contiene el reenvío siempre tendrá que ser previa al acto que se imputa (Código Penal, artículo 6º., inciso 2º); así, verbigracia, en el caso de la usura (Código Penal, artículo 305 adicionado por el artículo 34 de la ley 1142 de 2007), debe acudir a una resolución administrativa emitida por autoridad competente para saber cuál es el monto del interés corriente bancario, y complementar el tipo penal respectivo.

Pero ¿cómo se sabe cuál es la ley más benéfica en cada caso? Al respecto, no pueden emitirse reglas abstractas, pues ello se debe resolver en concreto al comparar, en cada una de las situaciones de la vida real, los resultados que pueda generar la aplicación de las diferentes normas; por ello es aconsejable bosquejar hipotéticas soluciones del caso particular para acoger la más correcta y favorable al reo.

La anterior fórmula es válida cuando se trata de precisar la ley más favorable en conflictos de *leyes simples*, lo que no genera mayores dificultades. No obstante, la tarea se complica cuando se confrontan

disposiciones complejas como los códigos penales, que brindan al interesado la posibilidad de beneficiarse al mismo tiempo de dos o más previsiones legales en conflicto, siempre y cuando se tomen preceptos íntegros de cada una de ellas para aplicarlos al caso preciso, pues es obvio que puede resultar perjudicado por unos aspectos y favorecido con otros. Para que esto último sea viable, debe tratarse de *leyes complejas divisibles*, que permiten tomar lo más favorable de cada una de ellas y posibilitan la ultra o la retroactividad de la ley en bloque; en cambio, las *indivisibles*, al no poder fraccionarse, no autorizan al juzgador o intérprete a tomar fragmentos de una y otra para resolver el caso, pues ello equivaldría a crear una tercera ley (la llamada *lex tertia*), lo cual está prohibido. Desde luego, se repite, esa consideración se debe hacer en concreto, atendidas las particularidades de cada proceso, y no en abstracto, para evitar soluciones injustas que pueden contrariar el principio de legalidad.

Este mecanismo lo admite la Corte Suprema de Justicia en sentencia de tres septiembre 2001 (radicado: 16837) aunque, de forma paradójica, con la aplicación de la vieja ley más desfavorable en lo atinente al principio de prohibición de la doble valoración (Salvamento de voto).

#### *F). Tiempo de realización de la conducta punible*

Para el estudio de la eficacia temporal de las leyes penales es necesario precisar el momento en el que se entiende cometido el hecho, el llamado *tempus commissi delicti*. Cuando el suceso se realiza durante la vigencia de una de las dos normas en conflicto no hay ninguna dificultad, pues se aplica la imperante al instante de la comisión del comportamiento punible: *tempus regit actum*, a no ser que por virtud del principio de favorabilidad se le dé cabida a la extraactividad de la ley. Sin embargo, la situación es distinta cuando se piensa en ciertas figuras delictivas cuya realización comienza en un tiempo determinado y que, por sus propias características, termina ejecutándose en otro (*delitos a distancia*); o que transgreden una norma mediante la ejecución de la misma acción penal en diversos segmentos de tiempo y con un mismo cometido (*delitos continuados*); o bien, la acción realizadora del precepto penal no se cumple de forma instantánea, sino que es mantenida por el agente durante largo tiempo (*delitos permanentes*), etc. Se trata, en otras palabras, de una serie de acontecimientos cuya



realización puede implicar el transcurso de una cantidad de tiempo suficiente para que durante él tenga lugar una sucesión de leyes penales.

Así, verbigracia, una carta injuriosa puede recibirse meses después de escrita; es posible programar una carga explosiva para que estalle en una determinada ocasión; un secuestro o una fraudulenta internación en asilo o clínica, son viables durante amplios períodos en los que pueden presentarse sucesiones de leyes penales, etc. En hipótesis como estas se plantea el problema de establecer *cuándo* se entiende realizada la conducta punible, por lo cual la doctrina y el derecho comparado han ensayado diversas explicaciones, según si se tiene en cuenta el momento de la acción, el del resultado, o ambos.

196 Se habla, por ello, en primer lugar, de la *teoría de la acción*, según la cual la conducta punible se entiende cometida en el momento en que se produce la manifestación de voluntad; en segundo lugar, de la *teoría del resultado*, para la cual ella se estima realizada al instante de la producción de la consecuencia respectiva; y, en tercer lugar, de la *teoría mixta*, conforme a la cual el suceso se considera efectuado bien al tiempo de la acción o bien en el del resultado. De estas tres posturas se acoge la primera y se rechazan las dos últimas: la segunda, por olvidar la existencia de figuras punibles que no requieren resultado; y la tercera, porque no permite saber bajo el imperio de cuál ley se ha realizado el acontecimiento criminoso. El legislador se inclina por la primera teoría en el artículo 26: "*Tiempo de la conducta punible*. La conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquel en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el del resultado". Como se ve, la ley distingue entre acción y omisión como especies de conducta humana con relevancia penal.

Ahora bien, ¿qué consecuencias se derivan de la asunción de esta postura? Ello incide en varios campos: si se trata de un *delito a distancia*, el suceso se entiende llevado a cabo en el instante en que se manifiesta la voluntad del agente, con base en el cual se decide la ley penal aplicable; si es un *delito continuado*, el comportamiento se considera cometido bajo la vigencia de cualquiera de las leyes en conflicto, pues en cada una de ellas se ha manifestado la voluntad del agente, que puede optar por una u otra, atendidos sus intereses (Código Penal, artículo 31, párrafo); si es un *delito permanente*, el tiempo de comisión comprende todo el lapso transcurrido desde el instante de la manifestación de

la conducta hasta que cesa de ejecutarse. Si se discute un fenómeno de *prescripción* —esto es, el instituto liberador mediante el cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción penal o cesa el derecho del Estado a imponer la pena impuesta—, en el supuesto de que las leyes en conflicto consagren términos diferentes, el interesado puede optar por la que señale el lapso más breve, período que —según la teoría de la acción— se cuenta desde el instante en que se produce la manifestación de la voluntad o debió producirse la acción omitida. El principio de favorabilidad, pues, rige aun en caso de que la ley posterior declare un determinado acontecimiento como imprescriptible, por lo cual la ley 153 de 1887, artículo 42, es contraria a la Constitución cuando consagra tal limitación (Constitución Política, artículos 4º., inciso 2º, y 29-3).

Si lo que se discute es un problema de *inimputabilidad*, la ley aplicable será la vigente al momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica (Código Penal, artículo 33, en armonía con el artículo 26); cuando se trata de un caso de *trastorno mental preordenado*, será la imperante al instante de ponerse en tal situación (Código Penal, artículo 33, inciso 2º). Por último, en los casos de *participación criminal*, la disposición aplicable es la vigente cuando el cómplice o determinador realiza la primera aportación a la empresa criminal (artículo 30).

#### G). La ley intermedia. Leyes temporales y excepcionales

*Ley intermedia* es la que entra en vigor después de la comisión de la conducta, y es modificada antes de la ejecutoria de la sentencia respectiva; como se ve, ello supone la sucesión de tres o más normas, una o varias de las cuales se infringe (n) entre la vigencia de aquella bajo cuyo imperio se produjo el acontecer delictivo y la imperante al instante de la ejecutoria de la sentencia e, incluso, durante el tiempo de su ejecución. Sin duda, la ley intermedia más favorable —contraria o no a la Constitución— debe aplicarse, pues la Carta no establece restricciones de ninguna índole, puesto que, además, los destinatarios no están obligados a padecer los yerros de técnica legislativa o las improvisaciones del legislador; incluso, procede en relación con normas procesales y de ejecución penal, pues, se repite, la Norma Fundamental no distingue.

Ahora bien, son *leyes temporales* las que tienen prefijado el término de su vigencia, por lo que se les denomina *leyes penales temporales en sentido*



*estricto* (artículos 44 y 46 de la ley 782 de 2002); ellas difieren de las *excepcionales*, que tratan de satisfacer circunstancias especiales o necesidades del Estado, causadas por situaciones de anormalidad (guerras, terremotos, epidemias, alzamientos armados, etc.), conocidas también como *leyes penales temporales en sentido amplio*. Desde luego, como estas normatividades casi siempre resultan más perjudiciales para el interesado, es improcedente su aplicación extraactiva; por supuesto, de manera excepcional, pueden presentarse normas temporales más favorables susceptibles de ser aplicadas de forma retroactiva o ultraactiva. *De lege lata*, por imperar sin cortapisas el beneficio de la favorabilidad, siempre debe aplicarse la ley más benigna, sea de carácter común, especial, intermedia, excepcional o extraordinaria; cualquier distinción al respecto es arbitraria y caprichosa.

En fin, dada la vocación de permanencia del derecho penal, lo más prudente es rechazar este tipo de normas penales diseñadas para épocas excepcionales.

## II. ÁMBITO DE VALIDEZ ESPACIAL

Como también pueden presentarse conflictos de leyes en el espacio, es necesario estudiar los problemas que ello suscita.

### A). Concepto

Como norma general, en esta materia predomina el *principio de territorialidad*, según el cual la ley impera en un determinado ámbito espacial o extensión territorial de aplicación, esto es, su validez o ejecutoriedad en el espacio, ya sea en la tierra, en el mar o en el aire. Que la ley rija dentro del territorio del Estado que la promulga, no es más que una manifestación directa de la soberanía estatal y consecuencia del ejercicio de un determinado poder político actuante; justo es recordarlo, los diversos órdenes normativos designados como Estados se caracterizan por el hecho de que sus ámbitos de validez se encuentran limitados. Dentro de esos marcos, la obligatoriedad de la ley es general e indiscriminada y recae sobre los ciudadanos, nacionales o extranjeros, residentes o transeúntes; por ello, como dice el Código Penal en su artículo 14: "La ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional".

No obstante, por vía de excepción, rige también el *principio de extraterritorialidad*, cuyo fundamento es la pretensión de cada nación de extender la vigencia de sus leyes penales a hechos cometidos fuera del territorio.

### B). Principios generales

En esta materia se conocen cuatro postulados, acogidos de manera combinada en los diversos estatutos penales; el primero es el general, mientras que los otros tres son las excepciones, como se desprende de lo dicho hasta ahora.

En primer lugar, opera el *principio de territorialidad absoluta*, de conformidad con el cual la ley penal se impone a todos los habitantes del territorio estatal y por todos los delitos cometidos dentro de la nación, sin hacer distingos de personas ni de bienes perjudicados, trátase de nacionales o extranjeros, según el criterio del *ius soli* —derecho del suelo—, que reemplazó el principio medieval del *ius sanguinis* —derecho de la sangre—. Ello se justifica, porque el Estado solo tiene interés en perseguir las conductas cometidas dentro de su territorio, pues —se supone— las acaecidas fuera de él son objeto de investigación y juzgamiento de los demás Estados, estableciéndose así las fronteras de persecución penal en un determinado ámbito espacial.

En segundo lugar, impera el *principio de personalidad o de nacionalidad* en virtud del cual la ley penal estatal sigue a sus nacionales adonde quiera que vayan, de tal manera que las conductas punibles cometidas por ellos en cualquier parte deben ser sancionadas de acuerdo con la legislación de su país de origen; se le denomina también de *nacionalidad*, pues atiende a la procedencia de la persona. Este postulado asume dos formas diferentes, según el papel desempeñado por el poblador en el territorio extranjero, sea como partícipe en el hecho delictuoso, ora como víctima de este, es decir, como autor o como sujeto pasivo. Se habla entonces, en uno y otro caso, de *personalidad activa* y de *personalidad pasiva*.

Ahora bien, mirado el asunto desde el aspecto activo, significa que la ley penal del Estado se aplica al habitante que delinque en el extranjero, sin que importe quién sea el titular del bien jurídico vulnerado —sea el Estado al que pertenezca el delincuente o sus ciudadanos, o



un Estado extranjero o sus súbditos—; y, por el aspecto pasivo, la ley estatal solo se impone a quien delinque en el extranjero cuando el bien jurídico afectado por el delito sea del propio Estado o de sus conciudadanos, esto es, se aplica la ley de la víctima, lo cual explica por qué algún sector doctrinario lo asimila al principio real o de defensa al cual se alude en seguida.

En tercer lugar, el *principio real, de protección o de defensa*, permite que la ley penal se aplique a todos los delitos cometidos por toda persona y en cualquier parte, siempre y cuando ataquen los bienes o los intereses jurídicos del Estado o de sus nacionales; así, pues, el postulado le otorga extraterritorialidad a la ley penal del Estado y les da jurisdicción a los tribunales nacionales, para conocer de hipótesis delictivas que en principio no podrían juzgar. Como se desprende de lo anterior, el Estado tiene derecho a defender determinados bienes jurídicos, lo cual justifica su acción encaminada a tal fin; por ello se denomina este axioma como *de defensa*, o *principio de la protección del Estado*.

Para culminar, se tiene el *principio de la extraterritorialidad absoluta, de justicia universal, o de jurisdicción mundial*, cuyo fundamento es la solidaridad entre los Estados. Según este axioma, la ley penal estatal se impone a todo suceso criminoso cometido por cualquier persona, sin que importe el sitio ni el bien jurídico afectado; con razón se habla de una “competencia universal de la ley penal” o del “sistema de la universalidad del derecho de castigar”.

### C). El principio de territorialidad y el derecho vigente

De conformidad con el artículo 14 del Código Penal, el hecho o acto delictivo se rige por la ley del lugar donde se cometió: *locus regit actum*; esto es, impera el estatuto de territorialidad: “la ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional”.

Por “territorio” se entiende *la porción del espacio y el conjunto de cosas sobre las que ejerce su imperio el Estado*, aunque hay quienes creen que no es susceptible de ser definido, pues equivale al ámbito sobre el que el derecho internacional le reconoce a un Estado su soberanía espacial.

Si se descompone tal noción, se tiene:

### a). La porción del espacio

En este concepto se incluyen, en primer lugar, las nociones del *suelo territorial y el subsuelo* (Constitución Política, artículo 101, incisos 3º y 4º). En segundo lugar, *el mar y las aguas territoriales* (Constitución Política, artículo 101, inciso 4º, Convención de Jamaica sobre Derechos del Mar de 1982, artículo 76-1), que comprende el *mar territorial*, la *zona contigua*, la *plataforma continental* (ley 9ª de 1961; Convención de Ginebra de 1958, artículo 76), *la zona económica exclusiva* (ley 10 de 1978, artículo 1º; Convención de Jamaica, artículo 57, ya citada) y las *aguas jurisdiccionales o mar territorial* (ley 14 de 1923, artículo 17; Convención de Jamaica en su artículo 2º.-3; ley 10 de 1978 en su artículo 1º, en armonía con el Código de Comercio en sus artículos 1429 y 1430).

Y, en tercer lugar, *el espacio aéreo*, que arroja el *espectro electromagnético* y el *segmento de la órbita geoestacionaria* (Constitución Política, artículo 101-4; leyes 89 de 1938, artículo 1º, 10 de 1978, artículo 1º, y el Código de Comercio en sus artículos 1777 a 1779). También, añádase, deben tenerse en cuenta dentro del espacio aéreo las columnas de aire que se levantan sobre el mar territorial y las respectivas aguas jurisdiccionales (ley 10 de 1978, artículo 1º, inciso 2º y la Convención del Mar de 1982 en su artículo 2º, inciso 2º). Desde luego, las sedes locativas del Estado en el extranjero destinadas a embajadas y consulados no forman parte del territorio estatal, como se afirmaba en los inicios del derecho internacional; hoy, en lugar de tan peculiar tesis, impera el tratamiento preferente brindado a los funcionarios del Estado acreditante, en atención a sus calidades personales y no a la supuesta extraterritorialidad de tales locales o sedes que nadie sostiene, ni siquiera en el ámbito penal, sobre todo porque no tiene asidero en la Constitución Política y pugna con lo establecido en la ley 6ª de 1972, que incorporó al ordenamiento patrio la Convención de Viena de 1961, en materia de relaciones diplomáticas. Se trata, pues, de un problema propio del ámbito de validez personal de la ley penal sobre el que luego se volverá.

### b). El conjunto de cosas

Los sujetos sobre los cuales el Estado ejerce su imperio y que forman parte del territorio estatal son: en primer lugar, las naves del Estado o explotadas por este y los buques privados. Las embarcaciones forman



parte de lo que la ley, que acude a una designación inconveniente y en desuso, denomina "territorialidad por extensión" (artículo 15), pues se consideran verdaderos "espacios territoriales flotantes" sobre los que ejerce el Estado su poderío; esta denominación es, sin duda, excesiva, y en su lugar impera en el moderno derecho internacional el llamado principio de la inmatriculación o del pabellón, lo cual es también válido para las aeronaves. Se suele distinguir entre naves públicas, sean de guerra o no, y naves privadas.

En lo atinente a las *naves o buques mercantes privados*, se consideran como parte del Estado cuyo pabellón ostentan cuando se encuentren en alta mar; si, en cambio, se hallaren dentro del territorio estatal, parece obvio entender que están sometidos en todo a su jurisdicción, sin importar la nacionalidad de origen. Ahora bien, las *naves del Estado* —por ende, públicas— se reputan como territorio del ente estatal al que pertenecen sin tener en cuenta el lugar donde se encuentren —ficción llamada a desaparecer en el derecho internacional contemporáneo—, y están sometidas en todo a la jurisdicción nacional (ley 89 de 1938, artículos 30 y 35).

Sobre lo anterior, señala el modificado artículo 15 del Código Penal: "La ley penal colombiana se aplicará a la persona que cometa la conducta punible a bordo de nave... del Estado o explotada por este, que se encuentre fuera del territorio nacional" y "... al que cometa la conducta a bordo de cualquier otra nave... nacional, que se halle en alta mar, cuando no se hubiere iniciado acción penal en el exterior"; desde luego, parece obvio que la expresión "cualquiera otra nave" se refiere a las embarcaciones no pertenecientes al Estado, esto es, las de carácter privado.

El artículo 15 del Código Penal no comprende los llamados "aeropuertos flotantes" o las "islas flotantes" situadas en *alta mar* —se entiende el concepto en los términos del artículo 1º. del Convenio de Ginebra de 1958, como "*todas aquellas partes del mar que no forman parte del mar territorial o de las aguas interiores*", y se le añade, según el artículo 86 de la Convención de 1982, la *zona económica exclusiva* y las *aguas archipelágicas*— y que permiten mejorar las condiciones de navegación aérea o marítima en dicha zona; no obstante, así el punto sea objeto de discusiones en el ámbito del derecho internacional, debe entenderse que el tratamiento es similar al dispensado a las naves que se encuentren

en dicha porción territorial, si se llegare a cometer un delito a bordo de una de esas porciones territoriales.

En segundo lugar, deben tenerse en cuenta las aeronaves del Estado o explotadas por este y los aviones privados. Así mismo, las naves aéreas forman parte de lo que la ley penal denomina "territorialidad por extensión", sean del Estado o privadas. En tratándose de *aeronaves privadas*, están sometidas a la ley nacional, siempre que se hallen en territorio colombiano o sobrevuelen el espacio aéreo —incluida la columna de aire que se levanta sobre el mar territorial—, sin que importe la nacionalidad de la nave; en cambio, las *aeronaves del Estado* se entienden como parte del territorio colombiano, cualquiera que sea el lugar o espacio aéreo donde se encuentren (ley 85 de 1938, artículos 30 y 35), lo que implica la admisión de una ficción de extraterritorialidad llamada a ser superada en el marco del derecho internacional contemporáneo, tal como ocurre con las naves o buques de igual naturaleza. Al respecto, dice el artículo 15 del Código Penal: "La ley penal colombiana se aplicará a la persona que cometa la conducta punible a bordo de... aeronave del Estado o explotada por este, que se encuentre fuera del territorio nacional", o "a bordo de cualquier otra... aeronave nacional, que se halle en alta mar [entiéndase sobrevolándola o posada sobre un «territorio flotante»], *cundo no se hubiere iniciado acción penal en el exterior*". No obstante, la parte final de la disposición —igual sucede con las naves privadas— no armoniza con lo establecido en el artículo 17 inciso 2º, pues mientras aquí se dispone que la ley penal colombiana se aplica con la condición de que no se haya iniciado la acción penal en el exterior, con lo que se reconoce la soberanía del Estado extranjero, en la disposición citada —al regular la sentencia extranjera— se afirma que la sentencia proferida por esa autoridad foránea no tiene efectos de cosa juzgada en Colombia, esto es, se dice lo contrario.

Ahora bien, obsérvese, también dispone la ley penal que el principio general contenido en el artículo 15, inciso 1º, en materia de *territorialidad por extensión* cuando se trata de naves o aeronaves del Estado o explotadas por este, se excepciona cuando los Estados involucrados en la comunidad de naciones dispongan lo contrario, como es apenas de esperarse en un mundo cada vez más compenetrado por fenómenos como la globalización y la integración supranacional; ello, como es lógico, bajo la condición de que el tratado o convenio respectivo se incorpore al ordenamiento en debida forma.



c). *Excepciones del derecho internacional*

El postulado de territorialidad puede ser objeto de algunas restricciones si el Estado, en cumplimiento de tratados y convenios internacionales incorporados al ordenamiento jurídico, excluye la aplicación de su normatividad en determinados casos; no otra explicación tiene el agregado contenido en el artículo 14, inciso 1º, cuando dispone la imposición de la ley penal dentro del territorio estatal "salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional", como sucede, por ejemplo, con la ley 742 de 2002, que incorporó el Estatuto de Roma de 1998 (artículos 5º. y siguientes) vigente desde el 30 noviembre 2002 (decreto 2764 de 2002). Desde luego, como se verá, este aparte de la norma se refiere también al ámbito de validez personal, pues algunas personas, como las vinculadas al servicio diplomático y consular, gozan de ciertos privilegios y, de forma excepcional, el Estado renuncia a juzgar a sus propios nacionales.

204

D). *Lugar de comisión de la conducta punible*

Para poder precisar *dónde* se ha cometido el comportamiento punible —el llamado *locus commissi delicti*— se han formulado las mismas posturas imperantes en relación con el ámbito de validez temporal de la ley penal, según el elemento de la conducta humana al que se le dé primacía. En efecto, en primer lugar, se habla de la *teoría de la acción*, de conformidad con la cual el comportamiento se entiende cometido en el lugar donde se llevó a cabo la manifestación de voluntad, con independencia de aquel en el que se produjo el resultado; en segundo lugar, se hace referencia a la *teoría del resultado*, para la cual la conducta se considera realizada en el lugar donde se produjo el efecto. Y, para terminar, la *teoría de la ubicuidad*, o mixta, con arreglo a la cual el actuar humano se entiende cometido tanto en el lugar donde se efectuó la acción o se manifestó la voluntad delictiva de manera total o parcial, como en el que se ocasionó o debió ocasionarse el resultado; y, en las omisiones, en el lugar donde debió realizarse la acción omitida.

En verdad, atendidas las necesidades político criminales, este último parece ser el sistema más conveniente, como lo reconoce el artículo 14 del Código Penal, cuando reza: "...La conducta punible se considera realizada: 1. En el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción. 2. En el lugar donde debió realizarse la acción omitida. 3. En



el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado". Según se deduce del texto transcrito, basta que una parte de la acción ejecutiva tenga lugar en el territorio nacional para que el Estado pueda sancionar la totalidad de la acción, sin que haya dificultades para precisar dónde se ha cometido y, al mismo tiempo, es fácil saber cuál es la ley aplicable según el lugar: *locus regit actum*.

No obstante, es indispensable hacer algunas precisiones: si se trata de un *delito a distancia*, la conducta se estima efectuada en el territorio nacional, tanto cuando la acción se produjo en él como cuando el resultado acaeció dentro del ámbito de validez espacial de la respectiva ley penal. En los *delitos continuados*, el acto punible se considera llevado a cabo en cada uno de los lugares donde se haya efectuado una parte de la acción, conformadora de una unidad delictiva (Código Penal, artículo 31, parágrafo). Si es un *delito de omisión*, el hecho criminoso se considera efectuado tanto donde se produjo el resultado (casos de omisión impropia) como en el lugar en el que el autor estaba jurídicamente obligado a actuar (casos de omisión propia o impropia).

205

En los eventos de *tentativa*, no solo en aquellas hipótesis en las que el resultado no alcanza a producirse, sino también en las que aquel se materializa en lugar distinto, el actuar criminoso se reputa efectuado en el sitio donde debía producirse el resultado según la voluntad del autor (Código Penal, artículo 27); no obstante, en estos casos lo más justo sería imponer la ley del Estado donde se ha producido la manifestación de voluntad. En tratándose de los *delitos de tránsito*, debe distinguirse si una parte de la conducta o del resultado se produjo en suelo colombiano, caso en el cual se impone la ley penal sin que importe cuál fracción se realizó en él, pues basta que el desenvolvimiento de la acción delictuosa tenga como escenario el territorio nacional, así sea un instante, para que se entienda cometido en Colombia.

Por último, en cuanto a la *participación criminal* —determinación y complicidad—, los actos de cooperación con el autor realizados en el extranjero en relación con conductas consumadas en suelo patrio, como al contrario, se entienden cometidas en territorio nacional (Código Penal, artículo 30). Ahora bien, en casos de actos de realización conjunta de varias personas que se dividen el trabajo común (coautoría), o de autoría mediata (esto es, quien se vale de otro que no realiza injusto para cometer el hecho), no se ve dificultad alguna, pues se parte de la contribución prestada tanto para la realización del acto como





para el logro del resultado (Código Penal, artículo 29). Para terminar, si se está frente a un *delito permanente*, la situación es la misma que en el caso de delito continuado.

#### E). La extraterritorialidad de la ley penal

Como el régimen vigente no es el de la territorialidad absoluta, pues este postulado es objeto de complementación con los de personalidad, real o de defensa, y extraterritorialidad absoluta o jurisdicción mundial, debe colegirse que la ley penal nacional se aplica también a las conductas punibles cometidas en el territorio de otras naciones por nacionales y extranjeros, cuando se den las circunstancias del artículo 16 del Código Penal.

206 Al respecto, esta disposición señala: en primer lugar, el numeral 1 consagra el *principio real o de defensa*, al ordenar la aplicación de la ley penal tanto a nacionales como a extranjeros que cometan delitos —una de las modalidades de conducta punible que dice prever la ley penal en el artículo 18— en el exterior, en detrimento de los bienes jurídicos del Estado colombiano taxativamente indicados en la disposición, así la persona haya sido absuelta o condenada a una pena menor de la prevista en la legislación penal nacional; esas hipótesis delictivas son las contempladas en los títulos XVII (Delitos contra la existencia y seguridad del Estado), XVIII (Delitos contra el régimen constitucional y legal), X (Delitos contra el orden económico social, salvo la conducta de lavado de activos: artículo 323), XV (Delitos contra la administración pública), IX (Delitos contra la fe pública), capítulos I —salvo la moneda extranjera—, II y III —falsificación de documento de crédito público o estampilla oficial—, y financiación del terrorismo (artículo 345). Por supuesto, el mismo numeral constituye la concreción del *estatuto de nacionalidad o personalidad por vía activa*, por cuanto la “persona” a que se refiere la disposición puede ser un nacional colombiano.

En fin, es tal la importancia que el legislador le da a la tutela de los bienes jurídicos mencionados que el artículo 17, inciso 2º, dispone que en tales casos la sentencia extranjera no tiene efectos de cosa juzgada. Por supuesto, si se compara esta previsión con la contenida en el ordinal 1º del artículo 15 del Código Penal de 1980, de inmediato se percibe que han sido excluidos los delitos contra la salud pública —donde

quedaban comprendidos los delitos de tráfico ilícito de drogas— y, de manera adicional, se descarta una figura relacionada con ellos como el lavado de activos (Código Penal, artículo 323); esto significa, pues, que la sentencia extranjera sí tiene efectos de cosa juzgada en Colombia, con lo cual se logra un efecto contrario al que animó al entonces presidente de la república al objetar el Proyecto de Ley que contenía el Código Penal aprobado por el Congreso, esto es, el supuesto combate frontal contra el tráfico de sustancias prohibidas.

En segundo lugar, el numeral 2 desarrolla el *principio de personalidad por vía activa*, pues prevé la aplicación de la ley penal del país a la persona que, al gozar de inmunidad, preste sus servicios al Estado —en todo caso tendrá que ser un ciudadano colombiano de nacimiento y no tener doble nacionalidad, por disponerlo así el decreto 1181 de 29 junio 1999, en su artículo 18— y cometa delito atentatorio contra los intereses jurídicos de los que sean titulares ciudadanos nacionales o extranjeros, el Estado colombiano u otro órgano estatal. Esta disposición es apenas lógica, pues la inmunidad de la cual goza la persona impide su sometimiento a la ley penal estatal donde delinquirió, sobre todo cuando se trate de un nacional colombiano.

En tercer lugar, en el numeral 3 se consagra el *principio de personalidad por vía activa* al postular la aplicación de la ley penal a la persona —nacional o extranjera— que, sin gozar de inmunidad diplomática, cometa delito distinto de los enumerados en el numeral 1. Desde luego, si la persona es forastera, la imposición de la ley penal del país se produce por mandato del *principio real o de defensa*, lo cual explica el agregado en el sentido de que “no hubiere sido juzgada en el exterior”.

En cuarto lugar, de conformidad con el numeral 4, se ordena imponer la ley penal patria a los nacionales que se hallen en el territorio después de cometer en el exterior delito sancionado con pena privativa de la libertad no inferior a dos años, con la condición de que no hayan sido juzgados en el exterior; lo mismo procede cuando la pena es inferior al monto señalado y el procurador general de la nación haga solicitud en tal sentido (artículo 75 del Código de Procedimiento Penal), o la parte interesada entable querella. Se está, pues, ante una clara consagración del *principio de personalidad por vía activa*.

En quinto lugar, el *principio real o de defensa* es desarrollado en el numeral 5 cuando establece la aplicación de la ley penal colombiana



al extranjero que, después de haber cometido hecho atentatorio contra los bienes jurídicos del Estado o de sus nacionales distinto de los previstos en los numerales 1 a 3, se encuentre en el territorio sin haber sido juzgado en el exterior. Es indispensable, además, que la sanción imponible a la trasgresión de la ley penal sea pena privativa de la libertad superior a dos años, medie querrela de parte o solicitud del procurador general de la nación.

208 El *principio de jurisdicción mundial* es acogido en el numeral 6, que protege los intereses de las demás naciones, lesionados por extranjeros, bajo la condición de que se reúnan las siguientes exigencias: el ciudadano foráneo debe encontrarse en el territorio colombiano después de cometer conducta punible en el exterior, no constitutiva de delito político, punida con pena privativa de libertad superior a tres años; debe existir querrela de parte interesada o solicitud del procurador general de la nación (artículo 75 del Código de Procedimiento Penal); y, además, que si se ha solicitado la extradición —se supone que por otra potencia—, ella haya sido denegada por el gobierno nacional, caso en el cual habrá lugar a proceso penal.

En síntesis, se tiene: el postulado real o de defensa emerge de los numerales 1, 3 y 5; el de personalidad, de los numerales 1 a 4; y el de jurisdicción mundial, del numeral 6.

#### F). La sentencia extranjera

Cuando la ley penal nacional se aplica a hechos sucedidos en el exterior ya juzgados por funcionarios extranjeros, surge el problema de la vinculación del administrador de justicia colombiano a la sentencia proferida por el foráneo. De esta materia se ocupa el artículo 17 del Código Penal, que sienta el *principio general* de que las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros tienen efectos de cosa juzgada frente a la ley nacional (artículo 17, inciso 1º); sin embargo, se introducen algunas excepciones (artículos 17, inciso 2º, en armonía con los artículos 15 y 16, numerales 1 y 2).

En efecto, en primer lugar, no tienen efectos de cosa juzgada las sentencias que recaigan sobre delitos cometidos a bordo de nave o aeronave nacional del Estado, que se encuentre fuera del territorio nacional, o las atinentes a conductas punibles delictivas realizadas a bordo de

cualquier nave o aeronave que se halle en alta mar. Esto, como ya se dijo más arriba, ofrece algunas dificultades cuando se comparan los textos de los artículos 15, inciso 2º, y 17, entre los que no hay armonía: mientras el primero postula la aplicación de la ley penal colombiana “cuando no se hubiese iniciado acción penal en el exterior”, con lo cual parece respetar la jurisdicción extranjera y el principio de la cosa juzgada, el segundo afirma todo lo contrario al no otorgarle efectos de cosa juzgada a la sentencia extranjera. Un correcto entendimiento del asunto, sin embargo, debería llevar a cambiar la redacción del artículo 15 —oportunidad que, de forma desafortunada, no aprovechó el legislador de 2000— y consagrar un tenor como este: “... así se hubiese iniciado la acción penal en el exterior...”. Desde luego, ello suscita un conflicto interpretativo de no fácil solución, pues la única manera de entender el asunto a derechas es con la exclusión de uno de los dos textos legales.

En segundo lugar, tampoco se les reconoce efectos de cosa juzgada a 209 las sentencias de juez extranjero impuestas a personas (nacionales o extranjeras) que cometan cualquiera de los delitos a que se refiere el artículo 16, numeral 1, o de aquellas que a pesar de estar al servicio del Estado colombiano y amparadas por inmunidad, cometan delito en el exterior (artículo 16, numeral 2). En ambos casos, desde luego, procede el abono de la pena cumplida en ejecución de dichas sentencias, si ella fuere de igual naturaleza o se pudieran hacer “las conversiones pertinentes”, previa comparación de las legislaciones correspondientes sin desconocer los postulados que orientan la determinación de la pena en el derecho positivo (artículos 17, inciso 3º, y 61); por supuesto, ello puede generar situaciones en las que se desconozca el postulado de taxatividad o de determinación de las consecuencias jurídicas como límite al *ius puniendi* del Estado (Código Penal, artículos 6º. y 10).

### III. ÁMBITO DE VALIDEZ PERSONAL

Además de las restricciones anotadas en cuanto al tiempo y el espacio, existen otras limitantes relacionadas con las personas a quienes se dirige la ley penal, pues algunas de ellas gozan de un tratamiento privilegiado en virtud de su investidura.

#### A). Concepto

En vez de hablar del ámbito de validez personal de la ley penal, es preferible referirse a su aplicación igualitaria, pues en este ámbito rige



el postulado de la igualdad erigido por los revolucionarios de 1789 en uno de los tres pilares ideológicos de su gesta. Como se sabe, según este axioma, todas las personas deben ser tratadas sin discriminaciones de ninguna índole por la normatividad punitiva. Es este el principio acogido por el derecho positivo, que confunde los ámbitos de validez espacial y personal (Código Penal, artículos 7º. y 14; Constitución Política, artículo 13; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 26; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 24 y Código de Régimen Político y Municipal, artículo 57); sin embargo, tiene algunas limitaciones que es necesario precisar.

*B). Excepciones a la aplicación igualitaria de la ley penal*

210 El imperio de la normatividad penal encuentra restricciones para su aplicación, tanto desde el punto de vista interno como desde la perspectiva internacional. En relación con las primeras, existen personas que son objeto de un tratamiento legal preferente, según gozan de *indemnidad*, supuesto en el cual las acciones de ciertos destinatarios de la norma quedan por completo impunes; o de *inmunidad*, que opone impedimentos de índole procesal en lo tocante a la perseguibilidad de los delitos cometidos por quienes gozan de ella.

En la doctrina y en la jurisprudencia nacionales suele afirmarse que los congresistas gozan de indemnidad, cuando emiten con absoluta libertad sus opiniones y ejercen con independencia su derecho al voto en el desempeño de sus funciones, incluidas las de carácter judicial (Corte Constitucional, sentencia SU-047 de 29 enero 1999; Constitución Política, artículo 185). No obstante, en relación con la naturaleza jurídica de esta institución cabe pensar más bien que se trata de verdaderos casos de causales de justificación —por ende, eximentes de la responsabilidad penal, al tenor de lo señalado en el artículo 32 del C. P.— previstos en la Carta, ora porque el agente obre en estricto cumplimiento de un deber legal (Código Penal, artículo 32, numeral 3), ora porque lo haga en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público (*ibidem*, artículo 32, numeral 5). Así las cosas, no parece tratarse de una causa personal de exclusión de la responsabilidad penal.

En cambio, sí son indemnes los litigantes, apoderados o defensores, con ocasión de las injurias contenidas en sus escritos, discursos o

informes dirigidos ante los tribunales, cuando se reúnan los presupuestos del Código Penal, en su artículo 228.

Ahora bien, desde la perspectiva del derecho internacional existen inmunidades en beneficio de los diplomáticos y cónsules —comprendidas sus respectivas familias y los trenes de empleados—, los jefes de Estado y determinados personajes internacionales, etc., para los cuales se observa un tratamiento especial.

En cuanto a los *agentes diplomáticos*, se tiene lo siguiente: los funcionarios vinculados a este régimen, así como el personal oficial de la misión y los familiares que hagan parte de su casa, con la condición de no ser nacionales del Estado que los recibe, solo pueden ser juzgados y procesados en materia penal por los tribunales de su país de origen, lo cual equivale a una verdadera inmunidad. Esta materia está contenida en los decretos 615 de 1935 y 3135 de 1956; en las leyes 57 de 1930, 41 de 1936 (que incorporan al derecho positivo la VI Conferencia Panamericana de La Habana de 1928) y 6ª de 1972 (consagratória de la Convención de Viena de 1961). La regulación mencionada en último lugar prevé que los diplomáticos y las personas vinculadas a ellos, en las condiciones ya dichas, no están subordinados a la jurisdicción penal del Estado que los recibe y solo pueden ser juzgados por su país de origen (artículos XIX a XXXI), a menos que renuncien a dicha inmunidad. En relación con los *agentes consulares*, como norma general, su régimen es el mismo, salvo que no obren en el desempeño de sus funciones o cometan un “delito grave”, casos en que pueden ser detenidos por decisión de la autoridad competente del Estado receptor; este es el régimen establecido por la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963, incorporada al ordenamiento patrio mediante la ley 17 de 1971, artículos 41 y 43. Ahora bien, los cónsules americanos, desde la Convención de La Habana (ley 57 de 1930), han estado amparados por un sistema similar, pues no están sometidos a la jurisdicción penal del Estado receptor cuando realicen conductas punibles vinculadas al desempeño de sus cargos (artículo 16); pero los actos no oficiales constitutivos de infracción penal no están cubiertos por tal prerrogativa, y —por tanto— pueden ser juzgados según la ley penal del Estado que los recibe (*ibidem*, artículos 14 y 17). Desde luego, el hecho de que la ley 57 de 1930 no mencione a los cónsules extracontinentales, no significa que gocen de total inmunidad, como a veces se afirma, quizás por desconocer la existencia de la ley 17 de 1971.



Demostrativo del empeño legal de respetar los susodichos convenios internacionales es el castigo contemplado en la ley penal de conductas como la violación de la inmunidad diplomática (Código Penal, artículo 465) y la ofensa a diplomáticos (Código Penal, artículo 466).

Para terminar, téngase en cuenta, si se presentaren otras inmunidades distintas de las indicadas, su régimen dependerá de lo que se establezca en los convenios bilaterales o multilaterales que al respecto celebre Colombia con otros miembros de la comunidad internacional.

### C). Los fueros

212 Distintas de las excepciones mencionadas son las garantías de que gozan determinadas personas, en razón de su cargo, para ser juzgadas por jueces especiales; se trata de los *fueros*, entre los cuales pueden mencionarse los siguientes: en primer lugar, el *presidencial*, que cubre al primer mandatario de la república, quien en ejercicio de su cargo solo puede ser juzgado por la Corte Suprema de Justicia, previa acusación de la Cámara de Representantes ante el Senado (Constitución Política, artículos 174, 175-2 y 3 y 235-2).

En segundo lugar, el *fuero para altos funcionarios del Estado*, quienes son juzgados por el Senado o por la Corte Suprema de Justicia, según el caso (Constitución Política, artículos 174, 175 y 235, entre otros).

Así mismo, en tercer lugar, debe mencionarse el *fuero para la fuerza pública*, pues los delitos cometidos por los militares o por los miembros de la policía nacional en servicio activo y en relación con el mismo servicio son investigados y fallados por las cortes y tribunales militares con arreglo al Código Penal Militar (Constitución Política, artículos 116 modificado por el acto legislativo 3 de 2002 en su artículo 1º., 216, 221 modificado por el acto legislativo 2 de 1995 en su artículo 1º.; 250, inciso 3º introducido por el acto legislativo 2 de 2002 en su artículo 2º. y Código Penal Militar, artículo 16).

Para terminar, en cuarto lugar, existe el *fuero indígena* en virtud del cual los ciudadanos aborígenes están sometidos a sus propias autoridades, que están facultadas para administrar justicia dentro de su respectivo ámbito territorial, siempre que no desconozcan la Constitución y la ley (Constitución Política, artículo 246).



## IV. LA EXTRADICIÓN

Es esta una temática estrechamente vinculada con los dos últimos ámbitos de validez de la ley penal, motivo por el cual debe ser objeto de estudio en esta sección, con miras a precisar sus alcances.

### A). Concepto

De acuerdo con su etimología, *extradición* significa “entrega fuera de las fronteras” (de *ex*: ‘fuera’, y *traditio*: ‘entrega’), y supone el procedimiento mediante el cual se somete un delincuente para su juzgamiento por el país que lo solicita o para el cumplimiento de la condena que se le ha impuesto. Se trata, en verdad, de un mecanismo de asistencia y cooperación judicial entre los diversos países para impedir la impunidad del delito cometido en territorio de otro Estado, o para lograr que se cumpla la entrega del infractor a la nación en cuyo territorio se cometió el hecho y de la que logró evadirse. Como norma general, el fenómeno en estudio es regulado por los tratados o convenios bilaterales o multilaterales o por la ley interna de cada país. 213

### B). Clases

Son diferentes las formas asumidas por esta institución en la vida del derecho internacional. En efecto, en primer lugar, puede ser *activa* cuando se trata del acto mediante el que un Estado le solicita a otro la entrega de un individuo que, al haber delinquido en su territorio o ser pasible de aplicársele su ley penal, se refugia en el del Estado requerido (Código de Procedimiento Penal, artículos 490 y 512); y *pasiva* si se refiere a la entrega de un delincuente hecha por el Estado donde se encuentra, a aquel en el que se le solicita para juzgarlo o hacerle cumplir la condena ya impuesta (Código de Procedimiento Penal, artículos 490, 491 y 493). Como puede verse, el criterio clasificador utilizado mira el fenómeno desde un doble punto de vista: por un lado, el ángulo del Estado que solicita la extradición y, por otro, desde la perspectiva del requerido para la entrega.

En segundo lugar, según el mecanismo utilizado para su concesión, es *judicial* cuando la otorga la autoridad jurisdiccional correspondiente; *gubernativa*, en cambio, si es un funcionario administrativo quien lo decide; y *mixta*, cuando en su otorgamiento intervienen funcionarios



tanto de una como de otra índole (Código de Procedimiento Penal, artículos 491, 492 y siguientes).

En tercer lugar, según la posible anuencia del extraditado, puede ser *voluntaria* o *impuesta*; la primera se presenta cuando el individuo reclamado se somete por decisión propia, sin formalidades de ninguna índole. La segunda, cuando la entrega se realiza, pese a la oposición de la persona.

En cuarto lugar, según que el Estado tome o no la iniciativa para acceder al envío del transgresor de la ley penal, puede ser *espontánea*, si el país donde se encuentra refugiado ofrece su entrega a la nación interesada en juzgarlo; y *solicitada*, si el Estado requiere formalmente el envío de la persona a aquel en el que se encuentra, para juzgarla o hacerle cumplir la pena impuesta, según el caso (Código Penal, artículo 18 y Código de Procedimiento Penal, artículos 490, 491 y 512).

- 214 En quinto lugar, si en la extradición intervienen más de dos órganos estatales, puede ser: de *tránsito*, cuando para efectuar la entrega por parte del Estado requerido al requirente es necesario atravesar un tercer país, quien debe autorizarlo mediante permiso especial; y la *reextradición*, que se presenta cuando el individuo cuya entrega se obtiene de la nación donde se halla refugiado es reclamado a aquel en el que se le persigue por vía judicial por una tercera potencia, a causa de un delito anterior al que ha motivado la entrega. Para concluir, añádase que también puede presentarse el fenómeno del *concurso de demandas de extradición*, cuando varios países reclaman a la persona para juzgarla o hacerle cumplir una condena impuesta, caso en el cual debe acudir a las diversas previsiones del derecho interno o a los tratados internacionales vigentes (Código de Procedimiento Penal, artículo 505).

### C). Principios en esta materia

Los siguientes son los postulados inspiradores de la institución en estudio. En primer lugar, *el principio de legalidad*, pues para que proceda la extradición, el delito debe estar comprendido de manera expresa en el tratado o en el derecho interno de cada país; por ello se habla de la máxima *nulla traditio sine lege* (Código de Procedimiento Penal, artículos 490 y 493 numeral 1, y Código Penal, artículo 6°).

En segundo lugar, *el principio de la especialidad*, en virtud del que el Estado requirente no podrá extender el enjuiciamiento ni la condena

a hechos distintos de los que de manera específica han dado lugar a la extradición, ni someter a la persona entregada a la ejecución de condena distinta (Código de Procedimiento Penal, artículo 494 inciso 2°).

Así mismo, en tercer lugar, rige el *principio de jurisdiccionalidad*, pues en ningún caso el extraditado puede ser puesto a disposición de un tribunal de excepción ni juzgado por autoridades administrativas, ni mucho menos por jueces instituidos con posterioridad a la comisión del hecho. Solo puede, pues, ser procesado y juzgado por el togado competente o natural y con la observancia del debido proceso legal (Constitución Política, artículo 29 y Código Penal, artículo 6°).

En cuarto lugar, opera el *principio de la doble incriminación*, cuya finalidad estriba en que debe haber identidad de norma, de tal manera que el hecho delictivo por el que se reclama al individuo esté incriminado tanto en el Estado requerido como en el requirente, y sea punible en el caso concreto (Código Penal, artículo 8°. y Código de Procedimiento Penal, artículo 493, numeral 1).

También, en quinto lugar, impera el *principio de la conmutación o de la prohibición de la pena capital*, fundado en que si el delito está conminado con pena de muerte en el Estado requirente, este no puede imponerla, pues la extradición se hace bajo la condición de que dicha sanción se conmute por otra (Constitución Política, artículo 11 y Código de Procedimiento Penal, artículo 494 inciso 3°).

En sexto lugar, *el principio del "ne bis in idem"*. Como norma general, la extradición solo procede cuando el hecho que motiva la solicitud correspondiente no ha sido aún juzgado por el Estado requerido, pues se pretende evitar a toda costa el doble castigo del extraditado o la violación de la cosa juzgada, algo apenas elemental cuando está de por medio el respeto a la dignidad de la persona y la preservación de la seguridad jurídica.

De la misma manera, en séptimo lugar, se observa el *principio de reciprocidad*, pues en esta materia las naciones se comprometen a actuar de igual manera en relación con los puntos consignados en el tratado que da lugar a la extradición, o en la regulación que la posibilita (Código de Procedimiento Penal, artículo 494 inciso 1°).



En octavo lugar, predomina el *principio de dignidad de la persona humana*, pues tanto el país requirente como el requerido se comprometen a darle un tratamiento digno al extraditado, de tal manera que se preserve, a toda costa, su incolumidad personal y se asegure un respeto incondicional de los derechos humanos fundamentales (confróntese, Constitución Política, artículos 1º., 2º., 5º. y 12; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5º.; Código Penal, artículo 1º. y Código de Procedimiento Penal, artículos 1º. y 3º.).

En noveno lugar, se observa el *principio de no extradición por infracciones de poca gravedad* [*minima non curat praetor*], que se justifica porque la comunidad internacional no tiene interés en perseguir delincuencias de poca monta.

- 216 En décimo lugar, rige el *principio de la prohibición de extraditar a los propios nacionales*, conforme al cual los entes estatales prefieren, en principio, juzgar y condenar a las personas pertenecientes a la comunidad nacional a entregarlas a potencias extranjeras; esta prohibición no es de usanza en los países anglosajones, y en Colombia –gracias a las presiones de potencias foráneas– rige ahora de manera muy restringida (véase Constitución Política, artículo 35 modificado acto legislativo 1 de 1997, artículo 1º.; Ley 742 de 2002, que incorpora el Estatuto de Roma de 1998, artículos 5º., 12, 13, 89 y concordantes, en armonía con el decreto 2764 de 2002; Código Penal, artículo 18 y Código de Procedimiento Penal, artículo 490).

De igual forma, en undécimo lugar, tiene amplia acogida el *principio de no entregar por delitos políticos o de opinión*, pues en el derecho internacional contemporáneo se les da un tratamiento privilegiado a este tipo de delincuencias, lo que es una consecuencia del reconocimiento del derecho de asilo (Constitución Política, artículo 35-4 modificado por el acto legislativo 1 de 1997 artículo 1º.; Código Penal, artículo 18, inciso 3º y Código de Procedimiento Penal, artículo 490, inciso 3º). Este postulado va de la mano del de *no entrega por delitos militares*, que son asimilados a los de carácter político; e, incluso, de los principios de *prohibición de entrega por delitos de carácter religioso y fiscal*.

