

REFLEXIONES EN TORNO A LA RATIFICACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL*

*Rafael Prieto Sanjuán***

En los momentos en que, internamente, pareciera que el Estado ha perdido en definitiva el monopolio de la fuerza pública y que con mucha dificultad apenas si asegura la vida y la tranquilidad ciudadanas, la privatización de la justicia empieza a aparecer menos como una excepción que como generalidad. En el ámbito internacional, mientras tanto, la sociedad internacional procura sustituirse por aquellos Estados en que dichas dificultades interactúan con violaciones graves, masivas y repetidas de los derechos humanos. Es el caso particular que plantea la indefectible entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI). Pero el paralelismo de órdenes jurídicos diferentes origina disimilitudes interpretativas y de aplicación en la mayoría de los casos, tanto más cuando se trata de materias tan sensibles como las

* Ponencia presentada en el seminario internacional organizado por la Casa Franco-Andina del Derecho, Embajada de Francia, con ocasión del décimo aniversario de la Constitución Política de Colombia, Bogotá, mayo de 2001. Se ha conservado el texto original y, aunque a la época pudiésemos especular sobre algunos aspectos, varias de las observaciones que formulamos allí guardan toda su vigencia. Sobre la vía adoptada por el ordenamiento interno colombiano, vid. nuestra intervención en las Segundas Jornadas (2001) de Derecho Constitucional y Administrativo, *La incorporación del Estatuto de la Corte Penal Internacional –¿acrobacia jurídica o necesidad improporrogable?–*, memorias, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 449 a 472, así como el addenda al final de este artículo (infra, p. 53) y la nota sobre la salvedad (“El 124 de la CPI: licencia para matar?”) hecha por el Gobierno al momento de la ratificación del Estatuto (infra, pp. 121 a 123).

** Doctor en Derecho, Universidad de París II (Panthéon-Assas), Profesor de derecho internacional público y relaciones internacionales, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia.

relativas a la administración de justicia y la represión de hechos ilícitos, que conciernen directamente a la soberanía de la cual reclaman los Estados.

A continuación, sin pretender ser exhaustivos, presentaremos algunas consideraciones –de pronto más preguntas que respuestas– que ya empiezan a discutirse sobre la compatibilidad entre el orden jurídico nacional, especialmente constitucional, y el Estatuto de la CPI; aún más, sobre la conveniencia de su ratificación dentro de un contexto armado y de negociaciones denominadas de paz. Dado lo anterior, nos parece interesante poner de relieve, en una primera parte, el principio de la dignidad humana como valor común de nuestra Carta Política y del Estatuto de la CPI (i); en seguida examinaremos posibles incompatibilidades entre la una y el otro (ii); en fin, en una tercera parte nos interesaremos en algunos aspectos de conveniencia u oportunidad política (iii).

I. LA CONSTITUCIÓN NACIONAL COLOMBIANA Y EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: GARANTES DE LA DIGNIDAD HUMANA EN ÓRDENES DIFERENTES PERO COMPLEMENTARIOS

Existe la idea en algunos sectores jurídicos y de opinión de que el Estatuto de la CPI –o simplemente el Estatuto, en adelante– estaría en abierta contradicción con ciertas disposiciones constitucionales de Colombia. Si bien esta afirmación no es infundada, consideramos que se presentan más semejanzas que incompatibilidades entre el ideario de nuestra Carta Magna y los objetivos del Estatuto.

A. LA DIGNIDAD HUMANA COMO *LEITMOTIV* CONSTITUCIONAL...

Lo primero que debemos señalar es que al referirnos a la Constitución hacemos mención expresa de la también denominada ley de leyes, pero esto en el orden interno, es decir, en el ámbito nacional; mientras que al hablar del Estatuto de la CPI nos referimos a un instrumento internacional que, como tratado, constituye o constituirá una fuente formal de obligaciones para los Estados que suscriban a su jurisdicción. Notemos que hasta ahora el paralelismo de órdenes jurídicos diversos y la ausencia de autoridad internacional, con efecto vinculante para todos los Estados –que deja a estos últimos un gran margen de interpretación y de maniobra–, son los que han ocasionado en más de una oportunidad diferendos entre naciones a las que han llevado a enfrascarse en conflictos armados.

Pese a las interferencias que resulten de los esquemas monista o dualista adoptados por los Estados respecto del derecho internacional¹, todo apunta hacia una coinciden-

1. Hacemos referencia a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Según el modelo adoptado, los denominados monistas afirman la existencia de un orden jurídico único, mien-

cia axiológica, en la cual el respeto de la dignidad humana y los derechos fundamentales señala el norte de las relaciones entre los Estados, y entre éstos y sus administrados, e inclusive en forma exclusiva entre particulares, en el mundo de las relaciones internacionales contemporáneas.

Recordemos que nuestra Constitución consagra, en su primer artículo, el respeto de la dignidad humana como uno de los fundamentos del Estado social de derecho, el cual a su vez se ve reflejado en diversas disposiciones, también de orden constitucional. Así, por ejemplo, de manera particular en el artículo 5.º de la Constitución, al consagrar la primacía de los “derechos inalienables de la persona”, y en el título II, que trata de los derechos fundamentales, las garantías y los deberes ciudadanos. En este catálogo, en que se retoman de manera detallada los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidos, cabe destacar, entre otros aspectos, que el derecho a la vida y la proscripción de la pena de muerte han sido consagrados como un valor y como un derecho absolutos; es decir, no admiten ningún tipo de ambigüedad ni derogación². Lo mismo podemos afirmar del derecho a la integridad personal, al establecer que “[n]adie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles o degradantes”³. Estos derechos son de aplicación inmediata, esto es, “que no requieren de desarrollo legal para ser exigibles (o que estén condicionados) a nociones como la moral, el orden público, o la ley”⁴.

Recordemos, aún más, que los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Congreso prevalecen en el orden interno⁵. Esta disposición constitucional,

tras que los dualistas, al reconocer la existencia de órdenes jurídicos diferentes, privilegian la aplicación del primero o del segundo.

2. Art. 11, C. N.
3. *Ibíd.*, art. 12.
4. Véase en este sentido, en ese sentido, Corte Constitucional, sentencia T-403, de 3 de junio de 1992, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, y C-295, de 29 de julio de 1993, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ. En esta última, además, la Sala Plena afirmó la pertenencia al bloque de constitucionalidad de dichos tratados, pero con efecto interpretativo y fundamentado en el control de constitucionalidad; es decir, con base en la congruencia de los tratados *ratificados* con la Constitución. Sin embargo, cabe recordar que el art. 214-2 C. N. prohíbe la suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y establece que “[e]n todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. Inferimos entonces que el espectro de integración de las normas humanitarias en el ordenamiento jurídico colombiano va más allá del formalismo legal (ver *infra*, nota subsiguiente).
5. Art. 93, C. N. Si bien es cierto que admitir la primacía del derecho convencional de los derechos humanos y “que prohíben su limitación en los estados de excepción” constituye un avance, la Constitución colombiana no fue lo suficientemente contundente para desprenderse del formalismo que caracteriza el voluntarismo estatal, habida cuenta de que el derecho consuetudinario internacional vincula incluso a los Estados que no se encuentran ligados por una obligación convencional, y que además permite superar un buen número de lagunas del derecho escrito. Pese a lo anterior, la Corte Constitucional, en materia de derecho internacional humanitario, ha confirmado el valor preferente no sólo del derecho convencional sino de los *principios* que inspiran esta rama especializada de los derechos humanos y del derecho internacional público, bien que haya confundido, a veces, principios y derecho consuetudinario con normas imperativas o de *ius cogens*. Véase, entre otras, sentencia C-574, de 22 de octubre de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA B.

pese a su stirpe en esencia formalista, es compensada con la ampliación de derechos y garantías a aquellos derechos que siendo inherentes a la persona humana no figuran expresamente en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes⁶.

B. ... ¡E INTERNACIONAL!

En lo que concierne particularmente al Estatuto de la CPI tenemos que desde el tercer aparte de su preámbulo, éste tiene presente la conmoción profunda de “la conciencia de la humanidad” ante las atrocidades de las que han sido víctimas millones de seres humanos, y reconoce “que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” (ibíd., segundo aparte). El respeto de la dignidad de la persona es así reafirmado como valor universal, cuya violación provoca la competencia de la CPI, bajo el título especial de “crímenes de lesa humanidad”⁷. Es conveniente señalar además que el fundamento de la Corte para conocer de otros crímenes graves –genocidio y crímenes de guerra– no es otro que el de la dignidad humana, sólo que adecuados a un contexto particular, esto es, dependiente de la noción de un grupo en especial o de una situación de conflicto armado⁸.

Esto nos lleva a considerar que, en nuestra época, sin el respeto de los derechos y garantías fundamentales de la persona la paz es inalcanzable. Recordemos, por lo demás, que la Constitución colombiana ha reconocido el derecho a la paz como derecho fundamental⁹, y como acabamos de señalar, a propósito de la CPI, se reconoce en el preámbulo de su estatuto que los crímenes mencionados constituyen una amenaza para la paz. Si bien es cierto que el objetivo principal de la CPI es la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes internacionales, se reconoce expresamente el papel preventivo de la primera y se reafirma expresamente su adhesión a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas¹⁰.

Podríamos decir, para resumir, que el ideal protector de la persona, tanto en la Constitución como en el Estatuto, coincide al examinar sus fundamentos y objetivos, como

6. Art. 94, C.N.

7. Art. 5.º, § 1, lit. b.) y artículo 7.º del Estatuto de la CPI.

8. Ibíd., art. 5, § 1, lits. c. y d., respectivamente; la CPI siendo igualmente competente para conocer del crimen de agresión (ibíd., lit. d.), éste será objeto de posterior definición. El crimen de genocidio está definido en el art. 6.º del Estatuto, y los crímenes de guerra, en el art. 8.º del mismo. Es muy revelador, además, para el principio de la dignidad humana, que se considere en particular como crimen de guerra “[l]os ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes” en los conflictos armados tanto internacionales como internos [ibíd., art. 8.2 lit. b(xxii) y c(ii)], y que el estatuto prevea que “[l]a Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos” (ibíd., art. 68). En fin, tanto para el genocidio como para los crímenes de lesa humanidad, se estipula asimismo que las órdenes de cometerlos se entenderán como manifiestamente ilícitas (ibíd., art. 33, § 2).

9. Art. 22, C. N.

10. Octavo aparte, Preámbulo del Estatuto de la CPI.

son la protección de la dignidad humana y la consecución o el restablecimiento de la paz mediante la aplicación de la justicia penal; dicho de otra manera, en aplicación de los principios constitucionales en el orden interno, y el Estatuto de la CPI en el ámbito internacional, como sustituto a la falla o al colapso del poder judicial de un Estado determinado. Sin embargo, en temas tan sensibles como la administración de justicia surgen diferencias que en todo caso pueden ser solventadas mediante declaraciones interpretativas o mediante reforma constitucional¹¹.

II. DIFERENCIAS NORMATIVAS: ¿SUTILES O DETERMINANTES?

Descartemos primero algunas diferencias, más artificiales que reales, entre algunos principios constitucionales y el Estatuto de la CPI. Ocupémonos en seguida de las reformas estrictamente necesarias para su ratificación en Colombia.

A. EL FIN DE LOS PARADIGMAS

La discusión quizás más ardiente que se despierta en derecho y las relaciones internacionales es lo relativo al concepto, contenido y extensión de la *soberanía*. Así, pues, al igual que la gran mayoría de Estados, Colombia reivindica su soberanía sobre el territorio en que ejerce jurisdicción, no sólo respecto de sus administrados, sino en lo que compete a las relaciones con sus pares. Dichos principios han sido reconocidos y consolidados con el concepto mismo de Estado-Nación; no sólo identifican concretamente la condición de independencia que lo caracteriza, sino que condicionan las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales. Ahora bien, hay quienes piensan que la suscripción de un tratado internacional limita la soberanía de los primeros, tanto más cuando por intermedio de cláusulas de habilitación se faculta a un órgano internacional a ejercer ciertas funciones que tradicionalmente han competido a los Estados; es exactamente lo que sucede en materia de administración de justicia¹².

11. Como es obvio, no queremos reducir la importancia de la técnica constitucional y legislativa que requerirá la interpretación y la armonización de las normas internas con las disposiciones internacionales, pero los límites de espacio nos impiden desarrollar esta problemática con detenimiento. Cfr. R. PRIETO S., art. cit., supra, nota*.

12. Habida cuenta del carácter integracionista de ciertas organizaciones internacionales, como el que implica el Estatuto de la CPI para que determinadas competencias puedan ser ejercidas por un órgano supranacional, en el orden interno de los Estados miembros, debe habilitarse o reconocerse la autoridad de dicho órgano. Esto se hace generalmente mediante disposición de rango constitucional, o mediante ley, como sucede con los tribunales regionales (Corte Europea o Corte Interamericana) de derechos humanos. En Colombia, podríamos decir que el punto de partida para la habilitación de órganos supranacionales es el art. 226 de la C. N. al solicitar la promoción de "la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas". En particular, el art. 227 (*in fine*) se interesa en la integración judicial latinoamericana. Sobre la integración en materia jurídica como ideal, véase la sentencia C-418, del 21 de septiembre de 1995. M. P.: VLADIMIRO NARANJO M.

Sin embargo, siguiendo la jurisprudencia internacional, cabe destacar que la adhesión o la ratificación de un tratado internacional es precisamente una manifestación de la capacidad y de la voluntad estatales de comprometerse en el ámbito internacional y, de ninguna manera, de la violación de su soberanía¹³. Este principio se ve claramente reflejado en la Constitución Nacional, no sólo desde su preámbulo sino más precisamente al tratar de las relaciones exteriores, que se fundan “en la soberanía nacional [...] y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”¹⁴.

A pesar de esta posición eminentemente voluntarista, hay que recordar que el concepto de soberanía nacional es supremamente relativo en materia de derechos humanos, tanto en el ámbito interno como en el internacional¹⁵. En efecto, hoy por hoy podemos afirmar que ningún Estado puede prevalerse válidamente de su soberanía para atentar en forma grave contra los derechos humanos. Otra cosa es que los mecanismos de protección del régimen internacional de los derechos humanos sean aún imperfectos, pero en derecho internacional positivo—convencional y consuetudinario—el respeto de estos no implica perjuicio alguno a la soberanía de los Estados, toda vez que no existe en el mundo un Estado que no reconozca como interés primario el bienestar de sus administrados. Bien al contrario, aunque de manera selectiva pero uniforme, la comunidad internacional ha insistido en la primacía del respeto de la dignidad humana en todo momento y circunstancia, como lo atesta especialmente la actividad de las Naciones Unidas, sobre todo después del fin de la denominada guerra fría.

Otro de los paradigmas arraigados en nuestro imaginario jurídico es el del *debido proceso*, pues aunque muchas veces vulnerado, su valor supremo es reconocido en todos los niveles de nuestro ordenamiento jurídico, así que en el de toda organización que se considere como Estado de derecho. Disentimos de quienes afirman que con la entrada en vigor del Estatuto de la CPI, o con el ejercicio de sus competencias, se estaría violando el principio del debido proceso¹⁶. Por una parte, al ratificar dicho estatuto y al adoptar las medidas legislativas para su aplicación en el orden interno, se respeta el principio de legalidad y se integran las disposiciones internacionales en el orden interno, convirtiendo a la norma internacional, por decirlo conforme a la tradición anglosajona, en *law of the land*, para lo cual obviamente debe armonizarse todo el régimen penal. De otra parte, cabe recordar que el Estatuto de la CPI no hace sino reforzar dicho principio, al reconocer el derecho a no ser juzgado que por un tribunal independiente y conforme a unas normas

13. Tribunal Permanente de Justicia Internacional. Fallo del “Vapor Wimbledon”, 17 de agosto de 1923, serie A, n.º 1.

14. Art. 9.º, inc. 1.º, C. N.

15. Sobre este punto se recomienda en particular la lectura de J. A. Carrillo-Salcedo. *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 2001.

16. Art. 29, C. N. Para una aproximación comparativa desde los sistemas de protección internacional de los derechos humanos, vid. nuestro estudio, “La noción del debido proceso en el ámbito internacional: entre intangibilidad, intangibilidad y criminalización”, en revista *Derecho del Estado*, n.º 10 (julio-diciembre) 2001, pp. 121 a 138.

preestablecidas, en las cuales las garantías y el respeto de la dignidad del procesado están normativamente aseguradas¹⁷.

También se discute la inexistencia en el Estatuto de la CPI, o su contradicción con el principio constitucional de la *extradición* en Colombia, que sólo opera “de acuerdo con los tratados públicos, y, en su defecto, con la ley”, siempre y cuando no se trate de “delitos políticos”¹⁸. Debemos señalar que el Estatuto de la CPI prefiere referirse al concepto más amplio de “[c]ooperación internacional y asistencia judicial”¹⁹, en el cual cabe el mecanismo de extradición en las relaciones interestatales, por lo que sería absurdo afirmar que esta consagración constitucional contraría los mecanismos de entrega a la Corte. El problema radica más bien en la definición y la competencia para calificar lo que constituye un delito político, pero sería bastante atrevido que elementos que configuran un crimen de lesa humanidad puedan considerarse como delito político.

Una situación similar ocurre con el mandato o denominada *orden superior*, que “[e]n caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional [...] no exime de responsabilidad al agente que la ejecuta”²⁰. Bien que cierta confusión se haya creado al exceptuar a los militares en servicio activo de esta disposición²¹, la Corte Constitucional ha sido muy clara al identificar, a la luz del derecho internacional humanitario, los límites de la obediencia debida, la cual no puede ser absoluta o ciega²². Siguiendo esta interpretación jurisprudencial, podríamos afirmar inclusive que nuestra Constitución va más allá del concepto recogido en el Estatuto de la CPI, en la medida en que las condiciones de improcedencia de la orden jerárquica son establecidas de manera menos rigurosa en este último²³. En efecto, el carácter de manifiesta ilegalidad de la orden superior no sólo no está previsto para los crímenes de guerra, sino que la presunta legitimidad está tan condicionada a la autoridad del Estado y a una visión legalista, que termina vaciándola de su esencia.

En nuestra opinión, respecto de estas diferencias sutiles o aparentes, a lo sumo podría hacerse una declaración interpretativa al momento de ratificar el Estatuto para evitar eventuales problemas de aplicación. Otras situaciones totalmente diferentes requeri-

17. Respecto de ciertos principios cardinales como el de la cosa juzgada (art. 29-2, C.N.) hay quienes piensan que podría ser vulnerado al someter a un órgano internacional una situación que sobre la cual ya han decidido los tribunales internos. De ello es bien cuidadoso el Estatuto de la CPI al consagrar el principio *non bis in idem* (art. 20 del Estatuto). Sin embargo, en el mundo contemporáneo se ha afianzado la necesidad de llevar a cabo procesos reales y efectivos que superen ciertos artificios normativos o judiciales, concebidos con el único objetivo de sustraer de la justicia los autores de graves delitos.

18. Art. 35 C. N. Modificado por el Acto Legislativo 01/97, art. 1.º.

19. Capítulo IX, Estatuto de la CPI.

20. Art. 91, inc. 1.º, C. N.

21. *Ibíd.*, inc. 2.º.

22. Corte Constitucional, sentencia C-578, del 4 de diciembre de 1995. M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, y en el mismo sentido las sentencias T-409/92, T-363/95, C-225/95, C-358/97.

23. Art. 33, Estatuto de la CPI.

rán necesariamente una reforma constitucional, habida cuenta de la incongruencia entre algunas disposiciones constitucionales y la norma internacional.

B. LAS REFORMAS PERENTORIAS

A nuestra manera de ver, aquellas disposiciones que deben ser realmente revisadas o reformadas son las que tienen que ver con la proscripción de la cadena perpetua, y con el *fuero presidencial*, en la Constitución colombiana. En efecto, según reza en el artículo 199 de la C. N., “[e]l Presidente de la República no podrá ser perseguido ni juzgado por delitos, sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa”²⁴. Evidentemente, esta norma habría de ser reformada –como implícitamente lo hizo Francia²⁵, por ejemplo– ya que la CPI desconoce la inmunidad o la calidad oficial de un funcionario, lo cual implica que ningún representante o agente especial, por alto que sea su rango, puede escapar de la competencia de la CPI. En efecto, en nuestros días se considera que los crímenes internacionales más graves no forman parte, en lo absoluto, de las funciones oficiales que darían lugar a inmunidad.

En cuanto a la *pena de prisión perpetua*, es bien sabido que está prohibida constitucionalmente²⁶, mientras que ésta es posible en el Estatuto de la CPI para los autores de aquellos crímenes que reúnan un conjunto de circunstancias que determinen una tal gravedad que se hagan merecedores de la máxima pena prevista²⁷. De otra parte, el Estatuto prevé la imprescriptibilidad de los crímenes por los cuales la CPI es competente²⁸, mientras que el tercer inciso del artículo 28 de la Constitución determina que en ningún momento se podrán fijar ni penas ni medidas de seguridad imprescriptibles. Obviamente, es la Constitución Nacional la cual debe ser reformada, ya que no se trata de un problema de interpretación subsanable mediante una declaración interpretativa, ya que el Estatuto de la CPI no admite reserva alguna de los Estados contratantes.

Estos aspectos estarán entonces en el centro del debate de juristas, politólogos, mujeres y hombres públicos, en el debate de reforma constitucional que permita la adhe-

24. Situación similar ocurre con los congresistas, de cuyos eventuales delitos conoce privativamente la Corte Suprema de Justicia (art. 186, C. N.), o con los miembros de la fuerza pública en servicio activo, por los delitos cometidos en relación con el mismo servicio, de los que conoce la justicia penal militar (art. 221, *ibíd.*).

25. Teniendo en cuenta la revisión propuesta por el Consejo Constitucional, el Congreso francés introdujo el 28 de junio de 2000 un art. 43-2 que sencillamente estipula: “La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998”.

26. Art. 34, C. N.

27. Art. 77, § 1(a), Estatuto CPI.

28. *Ibíd.*, art. 29.

sión de Colombia al Estatuto de la CPI²⁹. Así, entonces, aunque las observaciones que hemos hecho son de orden esencialmente jurídico, habida cuenta de la fuerte impregnación política del derecho constitucional y del derecho internacional, conviene dedicar algunas líneas a los aspectos prácticos de la ratificación del Estatuto de la CPI, en un contexto de conflicto armado como el que vive Colombia y ante las expectativas generadas por un posible acuerdo de paz.

III. CONFLICTO ARMADO Y NEGOCIACIONES DE PAZ: ¿CUÁNTO TIEMPO MÁS?

La primera cuestión práctica es la que atañe a la situación de agravante impunidad en el conflicto armado que vive el país, y la segunda, concurrente con la primera, la que concierne a la conveniencia o inconveniencia de la ratificación del Estatuto, en momentos en que se discute una salida negociada al conflicto.

A. EL FIN DE LA IMPUNIDAD...

Nosotros no entraremos a discutir una verdad irrefutable como es la existencia de un alto índice de impunidad. Lo que conviene es reflexionar un poco sobre la oportunidad o conveniencia de la adopción del Estatuto de la CPI en el orden interno colombiano; en otras palabras, de la incorporación del primero como norma de derecho interno. Ciertamente, no se trata acá de desarrollar un tema tan complejo y pluridisciplinario, como es el de la administración de justicia en materia penal, sino de lanzar algunos interrogantes a propósito de ésta, en relación con el conflicto armado que padecemos.

Con este propósito vale la pena mencionar una primera constatación: ni el derecho internacional, en particular el derecho internacional humanitario, ni el ordenamiento jurídico interno han demostrado una actitud para impartir justicia con ocasión o en desarrollo de un conflicto armado, tanto más cuando este último es de carácter no internacional. De una parte, los convenios y protocolos de Ginebra han confiado a las potencias contratantes la facultad –y el deber– de aplicar el contenido de las diversas obligaciones contratadas al adherir o ratificar estos tratados. Sin embargo, un mecanismo denominado de competencia universal permite –o debiera permitir– que los Estados puedan cumplir con la obligación medular de “respetar y hacer respetar”³⁰ el derecho internacional humanitario. Esta disposición implica que, al menos teóricamente, al tratarse de un problema que concierne a toda la comunidad internacional, cada uno de los Estados miembro pueda ejercer una competencia no localizada, ni necesariamente condicionada a un vínculo territorial o personal.

29. Al escribir estas líneas se estimaba que el proyecto de acto legislativo necesario para la ratificación del Estatuto sería presentado en marzo de 2001 (*Ámbito Jurídico*, n.º 73, 29 de enero-11 de febrero de 2001, pp. 1 y 10).

30. Art. 1.º, común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949.

Ahora bien, debemos admitir que, por diversas razones, el mecanismo de la competencia universal no ha funcionado prácticamente jamás. Lo cual se podría explicar, entre otros factores, a causa del inmovilismo de las ramas del poder público, y a una especie de complicidad tácita entre los Estados para no interferir en los asuntos que éstos han considerado tradicionalmente como internos. Al no haber autoridad centralizada, permanente y jurisdiccionalmente obligatoria, los eventuales diferendos relativos a la interpretación y a la aplicación de los tratados internacionales quedan sujetos a la confrontación de voluntades estatales, y, en consecuencia, a la agravación del diferendo o a un irresistible *statu quo*, que poco ayuda a la credibilidad del sistema.

De otra parte, está más que demostrado que los países confrontados a violencias internas de gran intensidad son generalmente proclives a adoptar diversas apreciaciones sobre el sujeto activo o al autor de los actos generadores de dicha violencia, a la que le es aplicable determinadas medidas legislativas o administrativas que desconocen todo carácter beligerante a la oposición armada. En efecto, quienes toman las armas contra la autoridad preestablecida, o contra otra parte de la población de un mismo país, han sido objeto de calificaciones jurídicas que van del simple vandalismo hasta la del delincuente político, pasando por la de terrorista. Es claro entonces que en la medida en que se adelantan operaciones armadas de tipo militar –aun irregulares–, el derecho penal y el mantenimiento del orden público ordinario no pueden adaptarse a una situación sensiblemente diferente en cuanto a la magnitud y a sus objetivos. Ni los sujetos activos, ni el carácter de los delitos en cuestión pueden ser regulados por el régimen penal ordinario, pero tampoco un régimen de excepción, de urgencia, o especializado, puede considerarse como apto para este tipo de conflictos. En efecto, está comprobado que en la mayor parte de los casos la garantía de los derechos fundamentales es vulnerada, y que muchas veces los principales sujetos implicados en violaciones graves o masivas de los derechos humanos terminan gozando de impunidad³¹.

La anterior situación no es exclusiva del caso colombiano, sino la generalidad en un buen número de conflictos armados internos. Es por ello que la instauración de la CPI aparece como una opción importante para contrarrestar el índice de barbarie y de impunidad. Pero cabe insistir en el hecho de que el Estatuto de la CPI no pretende ubicarla como órgano máximo, sino complementario a las jurisdicciones internas³², lo cual, vale decir en otros términos, en la medida en que los tribunales nacionales cumplan con su obligación de administrar justicia digna de ese nombre, no se justifica el ejercicio de la competencia de la CPI. Como diría con acierto el profesor iraní

31. Cfr. AA.VV., *Justicia sin rostro. Estudio sobre la justicia regional*, Universidad Nacional de Colombia-UniJus, Bogotá, 1996.

32. Sugerimos la lectura de nuestro artículo, R. PRIETO SANJUÁN, “Quelques observations à propos des conflits armés internes dans le Statut de la Cour pénale internationale”, en *The Law of Armed Conflicts*, 27.ª sesión del Instituto de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de Tesalónica (Grecia), 1999, Thesaurus Acroasium (en prensa).

DJAMCHID MONTAZ, “el éxito de la CPI deberá ser medido, precisamente, con base en la inactividad de la Corte”³³.

En fin, sería interesante cuestionarnos sobre si la ratificación del Estatuto de la CPI aparece como oportuna en un momento en que, en medio del conflicto armado, se fincan esperanzas en una solución negociada del conflicto.

B. ... Y EL ALCANCE DE LA PAZ

¿Es la aplicación de la justicia un medio para alcanzar la paz? O, ¿para conseguir ésta es necesario perdonar y olvidar lo sucedido, y comprometerse definitivamente con la reconciliación de una sociedad desgarrada por la guerra? ¿Sería posible asumir el compromiso adquirido en Roma –ratificar el Estatuto de la CPI– sin comprometer la posibilidad de paz? Todas estas preguntas, y muchas más, deberán ser discutidas de forma paralela al tecnicismo estrictamente jurídico para la aprobación del Estatuto de la CPI. Nosotros nos permitimos plantear algunas hipótesis sobre este sujeto, sin que se trate de reflexiones concluyentes, sino de conjeturas que pueden ser discutidas.

Las opciones para resolver un conflicto armado no son muchas; se reducen, en esencia, a dos: la victoria militar o la solución negociada. Pero cabe señalar que, una u otra, no se presentan ordinariamente aisladas, muchas veces actúan de manera interdependiente; valga decir, ciertas operaciones militares ejercen una presión que conduce a la negociación, e inversamente, con la celebración de algunos acuerdos, se limita o regula la conducción de las hostilidades. A partir de estas hipótesis se multiplican las posibilidades de resolver un conflicto –o de agravarlo–, cuando están edificadas sobre bases muy frágiles o de manera ilusa.

Ahora bien, en el mundo contemporáneo viene solidificándose la idea según la cual sin justicia no puede haber paz. Pero resta precisar de qué tipo de justicia se trata. La tesis más abstracta se finca en el hecho que sin justicia social los conflictos en una sociedad determinada son inevitables. Opinamos que difícilmente la pobreza, la imposibilidad de acceder a los servicios públicos y de garantizar los derechos y libertades fundamentales no constituyan germen de sublevación en contra de las autoridades establecidas. No obstante, no es improbable que en un Estado de derecho algunas personas prefieran subestimar o desconocer las instituciones jurídicas y pretendan imponer un concepto de justicia privada. Esto nos lleva a considerar una versión individualizada y punitiva de la noción de justicia, o, lo que es lo mismo, la imposición de una pena a aquel que ha transgredido el orden legítimamente constituido, o como sucede en el caso de una situación de conflicto armado, a atribuir una sanción

33. Apuntes del curso (“La Cour Pénale Internationale”) dictado por el profesor MONTAZ en la sesión precitada.

penal que pretenda reparar el daño causado a la sociedad, y en donde los sujetos activo y pasivo de dicho comportamiento puedan ser identificados plenamente para así responder por el agravio causado o padecido. Tanto en el caso de la justicia social como en el de la justicia penal, un conflicto armado puede generarse cuando la administración de aquella escapa al Estado, o cuando éste no puede sino imponerla de manera imperfecta.

Si la imperfecta administración de justicia es un hecho, ¿se justifica entonces la privatización de la misma? De ninguna manera, en nuestra opinión; la anarquía no ha beneficiado jamás un grupo humano. Cabe, por lo tanto, preguntarnos, ¿es conveniente habilitar un órgano internacional para que se sustituya a nuestra precariedad institucional en materia penal? Las respuestas son divergentes, y pareciera incluso que la concepción soberanista imperara aún en nuestro medio. Pero, ¿de qué soberanía se trata, si a escala nacional ésta se encuentra lejos de ser plena y exclusiva, de una parte, y, de otra, si el mismo Estado conviene en someter a una jurisdicción internacional el conocimiento de ciertos crímenes que infringen, no solamente el orden interno sino que ofenden a la comunidad internacional en su conjunto?

Hay quienes argumentarán que debemos darnos un compás de espera para lograr la solución del conflicto sin injerencia de la comunidad internacional. Si esto es cierto, ¿cuál sería el lapso de espera o el número de masacres para que seamos autosuficientes en materia de justicia? ¿Puede cuantificarse el sufrimiento y las pérdidas en vidas humanas como moneda de cambio por una paz no alcanzada en cuarenta años? Algunas personas podrían sostener que debemos ser optimistas y darnos una última oportunidad, que esta vez el país habrá de pacificarse, que la incursión de un tercero en el conflicto puede dificultar aún más la consecución de la tan ambicionada paz.

A estas personas les interesaría muy seguramente que Colombia haga uso de la cláusula facultativa del artículo 124 del Estatuto de la CPI o también llamada *opting-out*, que consiste en ratificar el Estatuto bajo reserva de que no le sea aplicada al Estado contratante, por un período de siete años, la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra. ¿Autorización internacionalmente normativa para asesinar, o frío realismo que permita un mayor número de adhesiones y la pronta entrada en vigor del estatuto de la CPI? Cada cual interpretará dicha disposición, pero inclinarse por esta opción sería poco ético, toda vez que contradiría nuestro ideario protector de la dignidad humana y de los compromisos internacionales ya adquiridos³⁴. Habrá que sopesar entonces si el pragmatismo debe sustituirse por el ideal de justicia. En ese caso, ¿renunciar a la competencia de la CPI sería algo realmente práctico?

34. Más allá de lo discutido en los foros internacionales y las relaciones diplomáticas, Colombia –al igual que muchos otros países–, al ratificar los tratados relativos al derecho humanitario, y otros más en materia de derechos humanos (p. ej., genocidio o tortura), se ha comprometido a cumplir y hacer respetar las obligaciones adquiridas en dichos instrumentos, de donde se infiere directa o indirectamente un deber de penalización.

Cada conflicto tiene sus propias características y variables, pero la experiencia internacional ha demostrado, de una parte, que la amenaza de sanción penal ejerce una cierta influencia sobre la resolución del conflicto; y de otra, que el desconocimiento del daño causado a las víctimas de un conflicto armado no es sino el aliciente para el resurgimiento de nuevos conflictos, y en muchos casos la purulencia de heridas que no fueron jamás cerradas. Como lo señala con particular agudeza el primer fiscal general que tuvo el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia:

Hay épocas y circunstancias en que la relación entre la paz y la justicia es tan profunda, en que esas nociones están tan inextricablemente ligadas una a otra, que una “paz” negociada sin responder a la exigencia de justicia no vale más que el papel sobre el que está asentado el acuerdo de paz. En muchos casos una tal paz superficial y falaz retorna en realidad para preparar el regreso solapado de la guerra, que resurgirá en secreto, con un rostro todavía más brutal y un salvajismo difícilmente imaginable³⁵.

Febrero 2001

ADENDA

Finalmente, el proceso de incorporación del Estatuto de la CPI en el ordenamiento colombiano, siguiendo la fórmula francesa, consistió en la reforma de la Constitución, mediante acto legislativo que absuelve las incompatibilidades entre aquél y ésta, lo cual permitió la presentación de una ley aprobatoria para la ratificación del mencionado instrumento, dos días antes de concluir la administración del presidente ANDRÉS PASTRANA.

Lo llamativo de este proceso fue el inusual arrojó del Congreso para sustituirse parcialmente en las facultades que tradicionalmente competen al Ejecutivo en el manejo de las relaciones internacionales; lo cual condujo al inicio de un diálogo y al compromiso entre las dos ramas del poder público, expresado de la siguiente manera:

Adicionado al artículo 93 C. N. A. L. 02/2001, art. 1.º El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de plenipotenciarios de la Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

35. R. GOLDSTONE. “Juger les criminels de guerre pendant un conflit armé”, en *Des choix difficiles. Les dilemmes moraux de l’humanitaire*, J. Moore (dir.), París, Eds. Gallimard, 1999, pp. 257 a 273; 262. Traducido del inglés, *Hard Choices. Moral Dilemmas in Humanitarian Intervention*, Rowman & Littlefield Publishers, 1998.

Cabe resaltar que, entretanto, las negociaciones de paz fracasaron y que las tres ramas del poder público colaboraron estrecha y afanosamente para lograr la ratificación *in extremis* del Estatuto³⁶. Lo que nunca se debatió —o más bien, lo que se fraguó— fue la salvedad prevista en el artículo 124, que fuera acogida con beneplácito tanto por el gobierno saliente como por el entrante³⁷. Nunca se discutió, tampoco, la presión de Estados Unidos, que ya habíamos evocado en otra parte³⁸ y que hoy se traduce en la exigencia a nuestro país para firmar un acuerdo que garantice la inmunidad de sus nacionales.

Septiembre de 2002

36. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-578 de 30 de julio de 2002, sobre la revisión de la Ley 742 de 5 de junio de 2002.

37. Vid. nuestra nota de actualidad sobre esta salvedad, *infra*, pp. 121 a 123.

38. R. PRIETO S., *supra*, nota*, p. 41.