

## EL 124 DE LA CPI: ¿LICENCIA PARA MATAR?

*Rafael Prieto Sanjuán\**

Con la publicación hecha sobre el contenido de la ratificación que vincula al Estado colombiano con el Estatuto de la Corte Penal Internacional se conocieron las declaraciones emitidas por el Gobierno al momento de realizar dicho acto: menos de 48 horas antes de posesionarse el nuevo Presidente. Y la que mayor sorpresa e indignación causó fue el acogimiento a la cláusula opcional de salvaguardia (*opting out*) prevista en el artículo 124 del mencionado Estatuto, en el sentido de excluir por siete años de la competencia material de la Corte los crímenes de guerra.

La indignación resultó evidente, por su más que cuestionable contenido ético. En efecto, ¿cómo aceptar sin sonrojo que un tratado internacional que pretende la afirmación de la lucha contra la impunidad haya previsto tal disposición? ¿Los crímenes de guerra pertenecerían, de esta suerte, a una categoría inferior en relación con los crímenes de lesa humanidad y genocidio? En consecuencia, ¿se estaría autorizando o enviando un mensaje de complacencia a las partes en conflicto para asesinar y masacrar sin el temor de ser procesados por una jurisdicción internacional? La respuesta a estos interrogantes pareciera ser positiva en un primer momento, o afirmativa, al menos en forma parcial.

No obstante, habría que ser demasiado ingenuo y simplista para creer que el derecho internacional se superpone sistemáticamente al derecho e intereses de los Estados siempre que se trate de los derechos humanos. Estos, con el primero, no son realizables, en términos generales, sino en virtud de la voluntad del Estado, quien manifiesta su consentimiento a fin de que ciertas materias sean reguladas por una instancia u órgano supranacional. Aun cuando la dignidad humana subyace en dichos tratados,

quienes los celebran normalmente son diligentes en la defensa del interés, razón y dominio reservado de los Estados. Pero lo que cuesta aceptar es que la protección de las víctimas de los conflictos armados y la sanción de quienes violan sus derechos no constituya un interés central del Estado.

Ahora bien, el artículo 124 no salva los crímenes de lesa humanidad, de genocidio y de agresión —aún no definido— de la competencia de la Corte, lo cual puede dejar sensación de menor gravedad en el caso de los crímenes de guerra. Pero, nada más equivocado que pensar así, toda vez que, de una parte, muchos de los elementos de éstos se configuran en aquéllos, lo que varía es su dependencia o conexión con una situación de conflicto armado; dicho de otra manera, la calificación de genocidio o crimen de lesa humanidad no depende del reconocimiento o existencia del conflicto, motivo por el cual, para nuestro caso concreto, sería posible que muchos comportamientos adoptados en el terreno de combate o como consecuencia de las hostilidades, configurasen paralelamente un crimen diferente al de guerra.

Si las partes en conflicto tuvieran en cuenta este análisis, muy seguramente el mensaje no sería el que originalmente podrían imaginar, a saber, el de impunidad por la violación grave y sistemática de los derechos de quienes no participan en el conflicto o que ya no lo hacen, por motivo de enfermedad, herida, retención o naufragio, es decir, ellos mismos en un momento dado. Pero, adicionalmente, debemos considerar el hecho de que la competencia de la CPI es complementaria, o, mejor aún, subsidiaria, en cuanto que ésta sólo actúa cuando el Estado no tenga la capacidad o la disposición para procesar y sancionar a los responsables de estos crímenes; lo cual no exime, para nada, al Estado de su obligación de impartir justicia. Otra cosa, nada más difícil e inimaginable, sería la de renunciar a la aplicación del título II (personas y bienes protegidos por el DIH) del Código Penal, o de sugerir su abrogación simple y llanamente. Por otra parte, subsiste la obligación y la posibilidad de que los Estados ejerzan individualmente la competencia universal que los Convenios de Ginebra le reconocen para procesar a los presuntos autores de violaciones graves al DIH sin importar la nacionalidad de la víctima, del autor, donde éste se encuentre, o el lugar donde haya sido cometido el delito (imaginemos un viaje al extranjero, por negocios, placer o por salud, como le sucedió a PINOCHET). Además, no hay que olvidar que independientemente de la jurisdicción y acción —o inacción— de la justicia estatal o supranacional, la posibilidad de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas cree por resolución nuevos tribunales *ad hoc* o adopte medidas sancionatorias para situaciones particulares, resta intacta.

En fin, más allá de las consideraciones de carácter ético y jurídico que se pueden plantear, lo inaceptable es la toma por sorpresa de esta noticia, en la medida en que el mencionado artículo 124 no data de la víspera del acto de ratificación por parte de Colombia. Efectivamente, hace poco más de cuatro años, desde la adopción del Estatuto de la CPI, en Roma, había sido patrocinado este artículo, y jamás se debatió su oportunidad o pertinencia. Y cuando, desde la academia, llamamos la atención sobre

este hecho, igual que lo hicimos sobre la denominada ASPA (ley que cursaba en el Congreso para sustraer de la competencia de la Corte los eventuales crímenes cometidos por funcionarios estadounidenses)<sup>1</sup>, no hubo mayor receptividad o no se le acordó la suficiente importancia.

No desconocemos que podrían existir razones de conveniencia política, como las que pueden surgir del sostenimiento de un proceso de negociaciones para detener el conflicto, alcanzar acuerdos humanitarios, lograr la reinserción de un grupo armado irregular, o para llegar a acuerdos que ambiciosamente llamamos de paz, pero, en definitiva, es una cuestión de política jurídica exterior, que no debe permitir incoherencias o ambigüedades, pues la identidad y afirmación misma del Estado queda en entredicho –y no sólo en materia de justicia y derechos humanos. Sea cual fuere la decisión o decisiones que se adopten en adelante en relación con la CPI –y otras materias– debemos actuar de manera jurídicamente responsable y coherente con políticas de Estado, más que de gobierno.

Septiembre 2002

---

1. Ver, en este sentido, nuestra contribución en este número de la revista: “Reflexiones en torno a la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, pp. 41, especialmente la III parte, secc. B. (pp. 16 a 17, en el texto original) y el reenvío a nuestra intervención en las Segundas Jornadas (2001) de Derecho Constitucional y Administrativo. *Ibíd.*, supra, nota\*, p. 462.

