

# LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE AL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

*Alejandro Ramelli Arteaga<sup>1</sup>*

## INTRODUCCIÓN

Bien es sabido que a partir de la Constitución de 1991, las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno colombiano han conocido cambios sustanciales, los cuales han sido catalizados, a no dudarlo, por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

A lo largo de su existencia esta Corporación, quizá como ninguna otra instancia judicial en el país, se ha dado a la tarea no sólo de confrontar los textos de los tratados internacionales que son sometidos a su escrutinio en sede de control automático y previo de constitucionalidad, sino que se ha erigido en auténtico guardián de la legalidad internacional, en el sentido de hacer efectivos, en procesos de tutela, los derechos subjetivos que las normas convencionales reconocen a favor del individuo, cuando quiera que éstos sean desconocidos, por acción u omisión, bien sea por las autoridades públicas o los particulares. La acción pública de inconstitucionalidad y el control automático que se realiza sobre los decretos legislativos emanados al amparo de la conmoción interior, de igual manera, se han convertido en instrumentos idóneos para que el juez constitucional adelante una interpretación conforme de las normas

---

1. Profesor de derecho público, Universidad Externado de Colombia.

internas con las internacionales, o llegado el caso, las excluya del ordenamiento jurídico cuando quiera que éstas resulten ser abiertamente contrarias a las disposiciones internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Al respecto cabe señalar que tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos han jugado un papel de primer orden. De hecho, ya resultan incontables los fallos de la Corte en los cuales son invocados estos instrumentos internacionales, amén de aquellos que toman en consideración la valiosa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este estado de cosas, el presente escrito pretende simplemente aportar algunos elementos de respuesta al interrogante de saber qué tanta influencia ha tenido hasta el momento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional un tratado internacional de reciente incorporación a nuestro ordenamiento jurídico y de enormes consecuencias en el ejercicio de la soberanía nacional, cual es, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, el Estatuto de Roma), y asimismo especular un poco sobre las implicaciones jurídicas y políticas que la sentencia C-578 de 2002, mediante la cual se falló sobre la exequibilidad del Estatuto de Roma y de su ley aprobatoria, puede tener en nuestro medio.

Así las cosas, nuestro escrito se soportará sobre dos ejes complementarios, a saber: en un primer momento, analizaremos lo concerniente a los fallos en los cuales se percibe, claramente, que la Corte ha recurrido al texto del Estatuto de Roma, bien sea para decidir un expediente de tutela o para determinar el contenido y alcance de una norma de rango legal (i); a continuación, examinaremos algunas implicaciones jurídico-políticas que, a nuestro juicio, puede tener la sentencia C-578 del 30 de julio de 2002.

## **I. UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL QUE HA SERVIDO COMO HERRAMIENTA DE TRABAJO PARA EL JUEZ CONSTITUCIONAL**

Una revisión minuciosa de la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional nos indica que el Estatuto de Roma, hasta la fecha, ha inspirado dos decisiones judiciales de la mayor importancia: la primera versa sobre el espinoso tema de la responsabilidad penal por omisión; la segunda, se refiere al nuevo Código Disciplinario Único.

### **a. Responsabilidad penal por omisión y Estatuto de Roma**

La sentencia de tutela del *asunto del General Uscátegui*, quizá como ninguna otra, muestra una enorme influencia en la jurisprudencia de la Corte de la Escuela Funcionalista alemana del derecho penal, en especial de los trabajos de JAKOBS, de los avances que conoció la represión internacional de las violaciones a los derechos humanos

y al DIH luego de la segunda guerra mundial, y muy especialmente, del artículo 28 del Estatuto de Roma, a pesar de que, al momento de emitirse la sentencia, todavía este tratado internacional no había sido incorporado al ordenamiento jurídico interno.

En el caso concreto, la justicia ordinaria le endilgaba al General, y a uno de sus subalternos, no haber tomado todas las medidas de salvamento necesarias, que estaban a su alcance, para evitar la perpetración de la masacre de Mapiripán, entre el 15 y 20 de julio de 1997, por parte de un grupo de autodefensa.

Para la Corte, los miembros de la fuerza pública son responsables penalmente por omisión en dos situaciones concretas, a saber: cuando el superior jerárquico, pudiendo hacerlo, no evita que uno sus subalternos, que se encuentra bajo su inmediata dependencia, cometa una violación a un derecho humano, o cuando se trate del ejercicio de determinados deberes irrenunciables de protección de la vida e integridad de todos los habitantes del país, y el miembro de la fuerza pública es considerado garante en razón a sus ámbitos competenciales (material, funcional y territorial), caso en el cual, en palabras del juez constitucional:

si un miembro de la fuerza pública que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos) que estos cometan en contra de los habitantes<sup>2</sup>.

Para arribar a las anteriores conclusiones, la Corte se sirvió, en buena medida del literal b del artículo 28 del Estatuto de Roma, tal y como se evidencia en el siguiente extracto:

El derecho penal internacional consuetudinario, desde el famoso caso Yamashita, en el cual se condenó en 1945 a un general del ejército Japonés por "... omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas..." ha venido reconociendo que el miembro de la fuerza pública que ostenta autoridad o mando debe adoptar medidas especiales para evitar que las personas que se encuentren bajo su efectivo control o subordinación, realicen conductas violatorias de los derechos humanos. Jurisprudencia que se ha reiterado en los diversos Tribunales Penales Internacionales, desde Núremberg hasta los *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda. *Doctrina que se plasmó normativamente en el art. 28 del Estatuto de Roma*<sup>3</sup>.

2. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de noviembre de 2002. Acción de tutela instaurada por NORY GIRALDO DE JARAMILLO c. Consejo Superior de la Judicatura, M. P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.
3. *Ibidem*.

En el campo político, las consecuencias de este fallo son de la mayor importancia. En efecto, un examen panorámico de los diversos informes sobre derechos humanos que se han realizado sobre Colombia muestran diversas tendencias históricas. Así, durante la década de los 70, y buena parte de los 80, algunos miembros de la fuerza fueron cuestionados por su participación directa en violaciones a los derechos humanos. En aquel estado de cosas, la discusión gravitaba sobre la obediencia debida. A lo largo de los años 80, el fenómeno paramilitar antiterrorista comenzó a tomar fuerza, debido al incremento de sus fuentes de financiación, en especial el narcotráfico, y al apoyo con que contaron en determinados sectores de la sociedad colombiana que habían sufrido, de manera directa, con el accionar de la guerrilla. Luego, en los 90 las estadísticas muestran que las infracciones a los derechos humanos son imputables, en su gran mayoría a los grupos armados de extrema derecha e izquierda, en tanto que aquellas cometidas directamente por agentes del Estado bajaron de manera considerable. No obstante, algunas instancias internacionales que trabajan estos temas de derechos humanos, interpretan estos datos en el sentido de que, en ciertos casos, los miembros de la fuerza pública, merced a sus comportamientos omisivos, han permitido que los grupos de autodefensa, como en el asunto Mapiripán, cometan toda suerte de violaciones a los derechos humanos y al DIH. Pero hay más: incluso en la masacre de Bojayá (Chocó), perpetrada directamente por la guerrilla, se ha cuestionado un supuesto comportamiento omisivo de la fuerza pública, con efectos en los ámbitos penal, disciplinario y responsabilidad extracontractual del Estado.

De tal suerte que, en el cada vez más complejo panorama del conflicto armado colombiano, la sentencia SU-1184 de 2001, en cuya adopción influyó, de manera importante el artículo 28 del Estatuto de Roma, constituye un elemento más en la ardua discusión sobre la responsabilidad penal de los miembros de la fuerza pública, bien sea por acción u omisión. En efecto, varios supuestos de hecho convergen en el curso de las hostilidades. Intentando sistematizarlos tenemos los siguientes:

- a. Un miembro de la fuerza pública ordena directamente a su inferior jerárquico cometer una violación a los derechos humanos o a las reglas del DIH, caso en el cual la discusión versará sobre el tema de la obediencia debida.
- b. Un agente armado del Estado, actuando de común acuerdo con los miembros de un grupo de autodefensa, permite, con su omisión, que este último cometa un crimen.
- c. El miembro de la fuerza pública, o de un grupo armado, que tiene conocimiento de que sus subalternos están perpetrando violaciones a los derechos humanos, no adopta todas las medidas indispensables para poner término a la situación (literal b del art. 28 del Estatuto de Roma).
- d. Un miembro de la fuerza pública que tiene competencia *material, funcional y territorial* no adopta todas las medidas necesarias a su alcance para evitar que los miembros de un grupo armado cometan toda suerte de crímenes contra la población civil.

Para efectos de determinar el grado de responsabilidad penal, en especial por omisión, que se le puede endilgar a un miembro de la fuerza pública, en cada uno de los supuestos de hecho anteriormente expuestos, sin duda, la sentencia en comento le aportará muchos elementos de juicio. Conviene además señalar que, en el proceso teórico de adecuación típica del comportamiento, el operador jurídico puede partir de un simple prevaricato por omisión (art. 414 del C. P.), pasando por una omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria (art. 152 del C. P.), hasta concluir en la comisión de un homicidio en persona protegida (art. 135 del C. P.). No obstante, a nuestro juicio, es necesario examinar a fondo el caso concreto, y tener en cuenta otros factores como los siguientes: las dificultades presupuestales y operativas que tiene la fuerza pública para cubrir todo el territorio nacional, la dinámica del conflicto armado y la ausencia de claros efectos jurídicos que tiene la operancia del Sistema de Alertas Tempranas (SAT) de la Defensoría del Pueblo. En otros términos, no consideramos que se pueda, sin más, recurrir a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y al texto del Estatuto de Roma, para efectos de privar de la libertad a una persona. Máxime con lo complejo que es nuestro conflicto armado debido a la concurrencia de numerosos actores y factores internos e internacionales.

#### b. El Estatuto de Roma y el nuevo Código Disciplinario Único

El nuevo Código Disciplinario Único (en adelante, nuevo CDU) trajo como novedad la adopción de un conjunto de reenvíos al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional Humanitario. A decir verdad, una de las mayores preocupaciones de los legisladores de 2002 fue la de modificar las escasas y poco claras referencias que la Ley 200 de 1994 traía a la legalidad internacional para efectos de sancionar como falta gravísima el desconocimiento de algunos de sus preceptos.

En tal sentido, una demanda presentada por un ciudadano contra numerosas disposiciones de la Ley 734 de 2002 fue la oportunidad perfecta para que la Corte interpretase, en Sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002, algunas de las nuevas infracciones disciplinarias relacionadas con los temas de violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos, así como sobre las infracciones graves a las reglas del derecho internacional humanitario. En el texto de la citada providencia se percibe la influencia del Estatuto de Roma, en tanto que parámetro para precisar el contenido y alcance de determinadas infracciones disciplinarias sancionadas como faltas gravísimas, en los términos del artículo 48 del nuevo CDU.

En la demanda de inconstitucionalidad, que a decir verdad adolecía de no pocas inconsistencias, el ciudadano alegaba que al referirse el artículo 48.7 del nuevo CDU exclusivamente a las violaciones graves al DIH en tanto que comportamientos sancionables a título de falta gravísima, conduciría a la impunidad en casos en los que la infracción a la norma internacional no revistiese el carácter de grave. La Corte debía entonces determinar si el legislador interno había o no actuado correctamente

dentro de los límites de su margen de apreciación o si los había desbordado en violación de la legalidad internacional.

La Corte comenzó entonces por distinguir entre crímenes de guerra y crímenes de *lesa humanidad*, recurriendo para ello, entre otros textos, al Estatuto de Roma, en los siguientes términos:

Intentando entonces precisar cuáles son los elementos característicos de un “crimen de guerra” se tiene que se trataba de determinados comportamientos verdaderamente reprochables de los combatientes, cometidos en desarrollo de un conflicto armado internacional. No obstante, hoy por hoy, la noción abarca también ciertos actos bélicos perpetrados durante un conflicto armado interno. En tal sentido, *el artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* bajo rúbrica “Crímenes de guerra” abarca las dos variedades conocidas de conflicto armado, remitiendo, en ambos casos, a las “leyes y usos de la guerra”, en clara referencia a los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907, a los Convenios de Ginebra de 1949, a sus Protocolos Adicionales de 1977, a otros tratados internacionales que prohíben el empleo de determinado armamento (minas antipersonales), así como a las normas consuetudinarias del DIH. (cursiva fuera de texto).

A decir verdad, de una revisión del catálogo de crímenes de guerra que trae el *Estatuto de Roma* la Corte encuentra grandes semejanzas entre aquellos que pueden ser cometidos en el marco de un conflicto armado interno o internacional. En esencia, se trata de actos de los combatientes encaminados a destruir intencionalmente bienes civiles, el empleo de medios y métodos de combate ilícitos, a violaciones al principio de proporcionalidad que orienta la relación entre ventaja militar y consideraciones de humanidad, así como a ultrajes flagrantes a la dignidad humana de los miembros de la población civil y de los combatientes que se encuentran hors de combat. Cabe sin embargo precisar que el *Estatuto de Roma*, en el caso de conflictos armados internacionales, pone el acento en que los crímenes de guerra deben ser comportamientos cometidos a gran escala, masivamente, o bien “como parte de un plan o política” (bastardilla fuera de texto).

Los crímenes de guerra son entonces violaciones a las normas sobre conducción de las hostilidades, a las leyes y costumbres de la guerra, inspiradas, en palabras de MANGAS MARTÍN, “en los principios jurídico-humanitarios como el principio de humanidad o de respeto a la persona humana y su conservación, el principio de proporcionalidad, el principio de prohibición de males superfluos o el principio de limitación de los medios para herir al enemigo<sup>4</sup>.”

---

4. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2002. Demanda de inconstitucionalidad contra

Una vez dilucidado que el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en su literal 7 aludía a los crímenes de guerra, en tanto que los crímenes de *lesa humanidad* aparecían referenciados a lo largo de otras disposiciones del mencionado artículo (el literal 5, referente al genocidio, el literal 9, concerniente tortura y el literal 15, relativo a la desaparición forzada), la Corte debía examinar si en el derecho internacional contemporáneo realmente existía la categoría de violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario. Allí, una vez más, resultó fundamental recurrir al texto del Estatuto de Roma:

Aunado a lo anterior, recuérdese que el literal c) del *artículo 8.º del Estatuto de Roma*, al momento de referirse a los crímenes de guerra, los califica en términos de violaciones graves del artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (bastardilla fuera de texto)<sup>5</sup>.

Ahora bien, el recurso que suele hacer la Corte al Estatuto de Roma, de manera alguna se ha traducido en que esta Corporación considere inexecutable la consagración legal de una falta disciplinaria, cuyos elementos no coincidan plenamente con los elementos de un crimen internacional, en los términos del tratado internacional. Este fue el caso, precisamente de la confrontación entre la falta disciplinaria que aparece recogida en el literal 6 del artículo 48 del nuevo CDU y el delito de persecución, que figura en el artículo 7.º del Estatuto de Roma:

En nada contraría la Constitución que el legislador haya decidido configurar una falta disciplinaria gravísima que no responde exactamente, a cada uno de los elementos configuradores de un crimen de lesa humanidad que aparece recogido en el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Por tales razones ha de examinar la Corte, en el caso concreto del término persecución, si el legislador desbordó su margen de discrecionalidad, tal y como lo ha entendido esta Corporación<sup>6</sup>...

En suma, a pesar de la subsistencia de enormes discusiones teóricas sobre las relaciones existentes entre el derecho penal y el derecho disciplinario, lo cierto es que el Estatuto de Roma, texto internacional de raigambre penalista, ha servido como rasero para juzgar la constitucionalidad de determinadas disposiciones legales internas que recogen el derecho disciplinario. Influencia que no ha conducido, sin embargo, a vaciar por

---

los artículos 39 num. 1; 46 incs. 1.º y 2.º; 47 num. 1, lit. i) y num. 2, lit. e); 48, nums. 4, 5, lit. a), 6, 7, 9, 19 y pará. 2.º; 49; 51; 53, incs. 1.º y 2.º; 54 num. 3, inc. 2.º; 55, pará. 1.º, 61, num. 4; 88; 93; 108; 119 inc. 2.º; 124; 143 num. 1; 150, inc. 5.º y pará. 2.º; 158; 159; 160; 165; 171, inc. 1.º; 173; 175 incs. 2.º y 4.º; 177 inc. 1.º; 194; 206 y 213, todos parciales de la Ley 734 de 2002, “por la cual se expide el Código Disciplinario Unico”. Demandantes: ARIEL DE JESÚS CUSPOCA ORTIZ y CARLOS MARIO ISAZA SERRANO, M. P.: CLARA INÉS VARGAS H.

5. *Ibidem*.

6. *Ibidem*.

completo de contenido el margen de discrecionalidad de que goza el legislador colombiano en la materia.

## II. IMPLICACIONES JURÍDICO-POLÍTICAS DE LA SENTENCIA C-578 DE 2002

Quizá sea un muy pronto para percibir todos los alcances que la sentencia C-578 de 2002 va a acarrear no sólo en el mundo de lo jurídico, sino de cara a un eventual proceso de paz, bien sea con los grupos armados de extrema derecha o izquierda. Los vertiginosos cambios constitucionales que se han presentado en materia de administración de justicia penal dificultan asimismo realizar un examen sopesado y sereno de las implicaciones que los mismos van a comportar en el funcionamiento futuro de la Corte Penal Internacional (en adelante, la CPI). Todas estas incertidumbres son además alimentadas por el hecho de que hasta el momento se está en el proceso de selección de los magistrados que integrarán esta instancia internacional, y quizá por ello no se alcancen a dimensionar todos los efectos que en Colombia se generarán por la *mise en oeuvre* de esta instancia internacional. Con todo, la labor de la doctrina también es la de tratar de vislumbrar el panorama que se nos avecina, con base en los datos empíricos con los que contamos actualmente, amén del examen de las tendencias doctrinales que existen en la materia. Todo esto sin olvidar la innegable presión internacional que existe en la materia, la cual va muy de la mano de la ayuda militar y económica que recibe el Estado para combatir el narcotráfico y los grupos armados. En otros términos, las implicaciones del fallo de la Corte no sólo son jurídicas ya que la ejecución de éstas puede estar, en un momento determinado, muy influenciada por el ambiente político y la innegable presión de factores externos. Así pues, la implementación de todos los efectos jurídicos que se derivan de la sentencia C-578 del 5 de julio de 2002, y que procederemos a examinar, dependerá, a nuestro juicio, de lo que suceda en un contexto de conflicto armado sumamente complejo debido a la multiplicidad de actores y factores internos e internacionales que influyen en la evolución del mismo.

Veamos algunas de las implicaciones jurídico-políticas que comporta la sentencia C-578 de 2002.

- a. El catálogo de crímenes de competencia de la CPI frente a la normatividad penal interna

El nuevo Código Penal colombiano fue adoptado mucho antes de la recepción del Estatuto de Roma al ordenamiento jurídico interno, lo cual no implicó que en el texto del C. P. se hubiesen incorporado, a lo largo de su articulado, numerosos delitos que serán de competencia de la CPI (v. gr. Genocidio, desaparición forzada, atentados contra personas y bienes protegidos por el DIH, etc.). Ahora bien, es cierto que en el título II del C. P. no aparecen claramente diferenciados los crímenes de guerra y los crímenes *de*



*lesa humanidad*, como si lo están en el texto del Estatuto de Roma, pero ello no implica que, en esencia, el texto interno cumpla con criminalizar los mismos entuertos que son repudiados, en tanto que crímenes internacionales, por la comunidad internacional. En tal sentido, la sentencia C-578 de 2002 viene a clarificar un conjunto de conceptos, categorías y nociones que se manejan en el actual derecho internacional, y en este orden de ideas, se erige en un texto de consulta obligada para los operadores jurídicos de las normas penales internas.

De tal suerte que, vista la sentencia C-578 de 2002 no estimamos necesario modificar, una vez más, el Código Penal por cuanto el actual se ajusta, en esencia, a la legalidad internacional. En otros términos, la vigencia de un Código Penal en el cual se tipifican los delitos de competencia de la CPI conduce a que no opere *el principio de subsidiariedad*, por cuando, al menos, existen las herramientas jurídicas para investigar y sancionar las violaciones masivas, graves y sistemáticas a los derechos humanos y al DIH.

#### b. Reforma a la Administración de justicia penal ante el Estatuto de Roma

Quizá en este, como en ningún otro ámbito, las consecuencias de la incorporación del Estatuto de Roma resultan ser relevantes y el recurso a la jurisprudencia de la Corte constitucional en la materia insoslayable. A finales del año pasado, mediante reforma constitucional, se modificó nuestro sistema procesal penal, pasando de un extraño híbrido entre sistemas acusatorio e inquisitivo, a uno, a juicio de sus defensores, “acusatorio puro”. Hoy por hoy, el gran reto será la adopción de un nuevo Código de Procedimiento Penal, y por supuesto, la implementación misma del sistema.

Estas reformas estructurales al sistema procesal penal, a nuestro juicio, deben no sólo ser conformes con los estándares internacionales de la garantía a un debido proceso (arts. 8.º y 9.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 4.º del Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949), en términos de su *independencia e imparcialidad*, sino que además deben tener como norte dotar al país de una administración de justicia ágil, efectiva y eficiente para combatir las más graves violaciones contra los derechos humanos y el DIH; y de esta manera, contar con lo suficientes elementos defensivos para sostener ante la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI que no se está, en un caso concreto, ante una situación de falta de voluntad para investigar y sancionar a los autores de estos crímenes o que nuestro Estado cuenta con los medios para adelantar una investigación efectiva en la materia, esto es, para que no opere el principio de subsidiariedad, el cual orienta el ejercicio de la competencia de la CPI (art. 17 del Estatuto de Roma).

El reto, en consecuencia, es enorme, tanto más y en cuanto la imagen que internacionalmente se tiene de la justicia colombiana es muy negativa, en especial, la justicia penal militar, situación esta que se vislumbra de la simple lectura de los informes presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los relatores de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

En el proceso de mejorar esa imagen, estimamos que algunas dificultades pueden sobrevenir en relación con la aplicación del denominado *principio de oportunidad*, uno de pilares de la reforma, y asimismo con el ejercicio de la facultad especial de Fiscal General de la Nación *para desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos*. A decir verdad, estos dos aspectos centrales de la reforma al sistema penal colombiano merecen ser objeto de un cuidadoso desarrollo legislativo, so pena de que el ejercicio de los mismos al final caiga en los supuestos de hecho que determinan la competencia subsidiaria de la CPI, esto es, que se interpreten como una falta de voluntad para investigar y sancionar efectivamente a los autores de los crímenes de competencia de esta instancia internacional.

De todas formas, como lo hemos sostenido en algunos foros académicos, albergamos serias dudas de que la CPI pueda dar al traste con buena parte de la impunidad que existe en Colombia en relación con los crímenes de guerra y aquellos de *lesa humanidad*. Por el contrario, un posible panorama que imaginamos al respecto, con base en los elementos de juicio que tenemos, amén de nuestra experiencia en la materia, es el siguiente:

En primer lugar, el Estado colombiano, aduciendo motivos de conveniencia nacional, en especial, el adelantamiento de un futuro proceso de paz, apeló a la facultad que le otorga el artículo 124 del Estatuto de Roma para que, durante 7 años, sean excluidos de la competencia de la CPI los crímenes de guerra, con lo cual pocos avances pueden esperarse en la materia. Sin embargo, no resulta descabellado imaginar que la CPI, siguiendo la clásica doctrina alemana según la cual cada tribunal tiene la competencia sobre su competencia, estime que un determinado caso no es un crimen de guerra sino uno de *lesa humanidad*. Además, lo cierto es que, a diario, los grupos armados en Colombia cometen unos y otros, con lo cual no tiene mayor peso el argumento que el recurso al artículo 124 del Estatuto de Roma sea una vía para la consecución de la paz.

En segundo lugar, las incontables órdenes de captura vigentes contra los principales cabecillas de los grupos armados de extrema izquierda y derecha, amén de las condenas penales sobre algunos de ellos pesan de tiempo atrás, evidencian que al Estado colombiano no se le puede endilgar una manifiesta voluntad de dejar estos crímenes en la impunidad. Todo lo contrario. Por tal razón, es muy posible que el futuro Fiscal de la CPI dirija su atención hacia los miembros de la fuerza pública colombiana, y allí, una vez más, recobrará toda su importancia el tratamiento que la Corte Constitucional le ha venido dando al tema de la responsabilidad penal por omisión.

En tercer lugar, si la CPI decide asumir un caso se enfrentará no pocas dificultades para adelantar la investigación, *inter alia*, las siguientes: con el paso del tiempo, el recaudo de pruebas técnicas se dificulta enormemente; muchos de los testigos habrán desaparecido; no siempre es fácil acceder a determinadas regiones del país a fin de recaudar pruebas y sobre todo se tropezará con el mismo problema que ha tenido la justicia colombiana consistente en capturar al delincuente. Recuérdese, además, que

algunos dirigentes de los grupos armados están actualmente solicitados en extradición por Estados Unidos, y por ende, en caso de materializarse su captura, seguramente se ejercerá mucha presión sobre las autoridades colombianas competentes para que el delincuente sea enviado a aquel país, antes que hacia la CPI.

Lo anterior, sin embargo, no quiere decir que estemos en contra de la existencia y futura actividad de la CPI. Todo lo contrario. Nos parece un necesario avance de la humanidad en su lucha por combatir la barbarie y la impunidad que secularmente ésta ha generado. No obstante, desde un punto de vista estrictamente académico, que no coincide necesariamente con las enormes expectativas que han generado en la materia los medios de comunicación y las ONG, pensamos que era mucho más sano adoptar una posición crítica y analítica sobre un tema tan complejo.

### c. Estatuto de Roma, jurisprudencia de la Corte y bloque de constitucionalidad

Un tema mucho más teórico que el anterior, pero no por esto desprovisto de importantes efectos prácticos, es aquel de lograr determinar si el Estatuto de Roma hace o no parte del bloque de constitucionalidad, con todas las implicaciones que en materia de ámbitos competenciales del legislador pueda comportar una respuesta afirmativa o negativa en la materia.

Como punto de partida a esta discusión, tenemos que en el curso del proceso constitucional de revisión del Estatuto de Roma y de su correspondiente ley aprobatoria, el Jefe del Ministerio Público conceptuó al respecto lo siguiente:

En el último acápite del numeral tercero, el Procurador estudia si el Estatuto de Roma hace parte del bloque de constitucionalidad. Concluye que ello no es posible porque se trata de un tratado internacional que regula lo atinente a la jurisdicción y competencia de una Corte para juzgar y sancionar determinadas conductas delictivas que afectan de manera gravísima derechos fundamentales, y no un tratado de derechos fundamentales. El concepto resume este punto así:

[...] el Estatuto de Roma no encaja dentro de las previsiones establecidas por la Constitución y la jurisprudencia constitucional (sentencias C-225 de 1992; C-578 de 1995; C-358 de 1997; T-568 de 1999; C-567 de 2000, entre otras), para la aplicación de la noción de bloque de constitucionalidad, pues no son una sino varias las condiciones jurídicas del Estatuto que no coinciden con los presupuestos constitucionales y jurisprudenciales de esta figura”<sup>7</sup>.

En efecto, (i) el Tratado no corresponde a un reconocimiento de derechos humanos, es un mecanismo de represión que busca el castigo efectivo de

---

7. Cfr. folio 27 del concepto enviado por el Procurador.

quienes han violado derechos humanos y, (ii) debido a los efectos circunscritos exclusivamente al Estatuto –de acuerdo al acto legislativo– el Estatuto no puede ser fuente de interpretación para los jueces colombianos, cuando éstos ejercen la jurisdicción constitucional.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional no tiene prevalencia en el ordenamiento jurídico interno ya que no es un tratado que reconoce derechos humanos sino un instrumento internacional destinado a establecer la jurisdicción y competencia de un tribunal internacional.

Habida consideración de lo anterior, el Estatuto de Roma no hace parte del bloque de constitucionalidad.

La Corte, por su parte, a lo largo de su Sentencia C-578 del 30 de julio de 2002, no aclaró si el Estatuto de Roma hacía o no parte del bloque de constitucionalidad. En fallos posteriores tampoco lo ha realizado.

En nuestro concepto, aunque interesantes, las afirmaciones del Ministerio Público no son del todo acertadas.

Bien es cierto que el Estatuto de Roma no es un típico tratado internacional que constituya un catálogo de derechos fundamentales, como si lo son la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se trata, efectivamente, de un instrumento internacional mediante el cual se constituye una instancia penal internacional, la CPI. Sin embargo, una lectura integral del Estatuto de Roma, nos indica que también en éste se consagran determinados derechos humanos y garantías judiciales al sindicado: al debido proceso, de defensa, a contar con la debida defensa técnica, la doble instancia, etc. En otros términos, no es un simple tratado internacional constitutivo de un tribunal internacional y contentivo de un catálogo de crímenes que determinan la competencia de ésta, sino que además, y este es uno de los sus más valiosos avances, consagra un conjunto de derechos humanos a favor del sindicado.

Conviene además señalar que se trata de un instrumento internacional referente a DIH, razón más que suficiente para concluir que hace parte del bloque de constitucionalidad, así la Corte no lo haya reconocido, *expressis verbis*, en la Sentencia C-578/01.

#### d. Amnistías e indultos en la Sentencia C-578/01

Innumerables discusiones se ha presentado en torno a si la adopción de leyes de amnistía o indultos pueden ser interpretada, en los términos del artículo 17 del Estatuto de Roma, como una manifiesta falta de voluntad para investigar y sancionar a quien ha cometido una violación grave a los derechos humanos y al DIH.

La lectura de la Sentencia C-578 del 30 de julio de 2002 evidencia que la Corte Constitucional fue conciente de la existencia del problema, de cara a un futuro proceso de paz, y que, de alguna manera trató de dejar abierta la puerta para un futuro perdón legislativo, en los siguientes términos:

Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del Estado Colombiano, *siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia* (cursiva fuera de texto)<sup>8</sup>.

Así pues, sería viable un perdón que no contrariase ni la Constitución ni los principios y normas del derecho internacional aceptados por Colombia.

Aparentemente, entonces, quedó vigente la posibilidad para que un proceso de diálogo y negociación culmine con la impunidad de sus principales protagonistas. No obstante, a nuestro juicio, se trata de una puerta bastante estrecha.

En primer lugar, la Constitución permite la adopción de estas medidas cuando quiera que se trate de delitos políticos. La Corte Constitucional, al igual que la Corte Suprema de Justicia, han excluido de tales calificativos determinados crímenes: narcotráfico, secuestro y violaciones graves a los derechos humanos y al DIH. Por tal razón, de llegar a mantenerse incólume esta línea jurisprudencial, una ley de amnistía que cobijase tales crímenes deberá ser declarada inexecutable.

En segundo lugar, ha hecho carrera en nuestro medio la afirmación simplista de que el derecho internacional prohíbe, sin más, la adopción de amnistías e indultos en estos casos. A decir verdad, no son tan numerosos los tratados internacionales que aborden expresamente la materias<sup>9</sup>, y buena parte de estas conclusiones han sido sobre todo el fruto de la interpretación que de los mismos han realizado algunos Relatores Especiales de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y esporádicamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Aunado a lo anterior, la valoración que realice la CPI sobre el tema deberá tomar en consideración hechos irrefutables como el siguiente: ¿cómo culminar un proceso de paz, que ponga fin a un conflicto armado de más de cuatro décadas de duración, si los

---

8. Corte Constitucional. Sentencia del 30 de julio de 2002, Revisión de la Ley 742 de junio de 2002: "Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)", C-578 de 2002, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA E.

9. Cfr. especialmente, la Convención Interamericana contra la desaparición forzada de personas y la Convención de Naciones Unidas contra la tortura (1984).

responsables de los principales crímenes que se cometieron durante el mismo van a ser remitidos, al término del mismo, ante una instancia judicial internacional?

- e. Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Estatuto de Roma

Aparentemente, el funcionamiento de la CPI no guarda relación alguna con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En efecto, en tanto que la primera determina la responsabilidad penal de una persona, la Corte Interamericana de Derechos Humanos juzga la responsabilidad internacional de los Estados. No obstante, existen paralelos entre ambas Cortes.

A decir verdad, ambos sistemas comparten un mismo principio, cual es el de la subsidiariedad, cuya operancia revela, en ambos casos, que la justicia interna no ha sido efectiva. En tal sentido, si la CPI decide admisible un caso, también está poniendo en tela de juicio la responsabilidad internacional estatal por las acciones u omisiones imputables a su aparato judicial. Correlativamente, si en una sentencia de la Corte Interamericana se condena a un Estado, la ejecución del fallo, en el ámbito interno, conducirá a que será examinada, una vez más, la responsabilidad penal y disciplinaria de determinados funcionarios públicos, tanto más y en cuanto la Corte, en sentencia C-454 del 30 de mayo de 2002 declaró ejecutable la expresión “salvo lo establecido en los tratados internacionales”, que figura en el artículo 8.º del nuevo Código Penal<sup>10</sup>.

### III. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre el Estatuto de Roma constituye un texto de la mayor importancia para interpretar adecuadamente el Código Penal, y el nuevo CDU.
2. La futura *mise en oeuvre* de la CPI repercutirá en el curso del conflicto armado y hará que la jurisprudencia de los jueces constitucionales despliegue todos sus efectos prácticos.
3. En aras a lograr una verdadera justicia, es necesario que el operador jurídico no aplique, a raja tabla, la jurisprudencia de la Corte en materia de responsabilidad penal de los funcionarios públicos, sino que ésta constituya un elemento más para hacerse un juicio sopesado, sereno, correcto, y sobre todo, neutral, libre, en la medida que la naturaleza humana lo permita, de simples consideraciones ideológicas o de prejuicios.

---

10. Corte Constitucional. Sentencia del 30 de mayo de 2001, M. P.: CLARA INÉS VARGAS H.