

ESTUDIO POLÍTICO-CRIMINAL Y DOGMÁTICO DE LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DEL *ESTATUTO DE ROMA**

Jaime Sandoval Fernández**
Jorge Abello Gual***

* Este trabajo ha sido financiado en su totalidad por la Universidad del Norte de Barranquilla, por la Dirección de Proyectos e Investigaciones, dentro del programa de Jóvenes Investigadores.

** Doctor y Magíster en Derecho Penal, Universidad Autónoma de Barcelona; profesor de Derecho Penal, investigador adscrito al Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política (GIDECF), categoría B de Colciencias, Universidad del Norte (Colombia).

Dirección postal: Universidad del Norte, Km 5 vía a Puerto Colombia, A.A. 1569, Barranquilla (Colombia). jsandovalf@etb.net.co

*** Abogado titulado y Especialista en Derecho Penal de la Universidad del Norte. Joven Investigador de la Universidad del Norte de Barranquilla; asesor en el área de Derecho Penal en el Consultorio Jurídico de la misma universidad. georabello@hotmail.com

Resumen

Comprender el Derecho Penal desde una concepción Garantista permite establecer los límites al ejercicio del poder punitivo en contra del ser humano, a través de la defensa de los principios y garantías fundamentales que tienen por objeto racionalizar las normas penales y legitimar las acciones tendientes al control social de los delitos y la obtención de niveles más tolerables de criminalidad.

Palabras claves: Derecho penal, Estatuto de Roma, garantismo.

Abstract

To understand Penal Law from a Guarantee conception permits to establish the limits of punitive power against the human being through the defense of the fundamental principles and guarantees whose aims are the rationalization of penal norms and the legitimating of actions tending to social control of crimes and the achievement of more tolerable levels of criminality.

Key words: Penal Law, Roma Statute, guarantee.

Fecha de recepción: 15 de noviembre de 2006

Fecha de aceptación: 1 de diciembre de 2006

INTRODUCCIÓN

El proceso de globalización enarbola, entre otros postulados, una política económica caracterizada por el libre mercado y la consolidación de la teoría de los derechos humanos. Como consecuencia de este proceso se ha puesto en crisis el concepto de soberanía; en materia económica se acude al argumento de la necesidad de disminuir los poderes del Estado en el control de la economía, con el propósito de crear las condiciones propicias para que los países a través del comercio internacional puedan ampliar los mercados a sus productos y, así mismo, accedan a tecnologías de primera mano no producidas dentro de sus fronteras. De otra parte, a partir del desastre que representó para toda la humanidad las guerras mundiales del siglo XX, se creó un nuevo argumento a favor de la globalización, representado en la necesidad de que los derechos humanos no estuvieran sujetos a la concepción de un Estado¹ en particular, sino que hicieran parte del patrimonio de toda la humanidad, para lo cual la responsabilidad de la protección de los derechos humanos debía estar en cabeza de la comunidad internacional. Por esta razón, los estados dejaron de ser las únicas instituciones con que contaban los individuos para lograr la protección de sus derechos fundamentales, y se convirtieron en meros representantes de la comunidad internacional para la protección y satisfacción de los derechos humanos, lo que presupone, a su vez, dos aspectos muy importantes: el primero de ellos es que los estados son responsables ante la comunidad internacional cuando incumplan su función de protección de los derechos humanos²; y el segundo fue la creación de organismos supranacionales³, a los cuales toda persona puede acudir cuando el

¹ Esto es que el contenido de un derecho humano no se encuentre supeditado a la voluntad política de la clase dirigente, sino que se entienda fuera del alcance de las restricciones injustificadas promovidas por determinado régimen.

² Por ejemplo, así lo establece el artículo 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos:

Artículo 1. OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

³ La Organización de Las Naciones Unidas, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La Corte Penal Internacional, La Cruz Roja Internacional, entre otros.

Estado del que es ciudadano no le haya brindado la protección debida o haya vulnerado sus derechos fundamentales.

Sin embargo, a pesar de que este último aspecto enunciado constituye un avance importante para el ser humano, no se puede pasar por alto la problemática que lleva inmersa el proceso de globalización, que no tiene que ver con el loable fin de protección de los derechos humanos sino con la forma como son utilizados éstos para implantar políticas internacionales⁴ tendientes a reafirmar las diferencias sociales existentes, ya no solamente entre grupos sociales al interior de un país, sino a consolidar las diferencias sociales existentes entre estados⁵. Sin duda, los derechos humanos son hoy en día justificación suficiente para implantar políticas internacionales en contra de actividades específicas como el terrorismo, el narcotráfico, las violaciones a los derechos humanos y los crímenes cometidos en los conflictos armados internos, a partir de los cuales se inician verdaderas cruzadas mundiales para el derrocamiento de regímenes, “malignos”⁶ que pueden conllevar

⁴ Se critica así entonces, que “... los derechos humanos no se venden solos. Vienen acompañados de muchas cosas más. El derecho a la libertad individual viene con la ley del mercado. El derecho a la libertad de expresión viene con el derecho a la propiedad privada de los medios de comunicación. El derecho al trabajo con el derecho a la acumulación de capital. El derecho a la libertad de conciencia con la ruptura de la solidaridad social. Los derechos humanos son, para decirlo en palabras de Michael Walzer, un maximalismo moral disfrazado de minimalismo (2), es decir, son sólo en apariencia un código mínimo de principios morales, porque a través de ellos se expresa, implícitamente, una cosmovisión bastante más amplia y bastante más densa de valores de la cultura liberal.” GIUSTI, Miguel. Derechos Humanos en un contexto intercultural. <http://www.campus-oei.org/valores/giusti2.htm>

⁵ Ver, entre otras denominaciones, los llamados “Desarrollados”, “Fuertes” “en desarrollo”, “subdesarrollados”, “Estados tercermundistas”.

⁶ Abel Montero describió la guerra en Irak de la siguiente manera: “Lo que estamos viendo no es una guerra: es una masacre. ¡Con qué impunidad los aviones americanos bombardean Bagdad una y otra vez! ¿Dónde están las mortíferas armas de destrucción masiva, las bombas nucleares que Bush ponía como pretexto para invadir y desarmar a Irak? Lo que vemos en nuestras pantallas caseras son soldados mal pertrechados, casi hambrientos, enfrentando aviones, helicópteros y tanques de alta tecnología, contra los que el pueblo iraquí no puede hacer nada más que llenarse de ira y dejarse matar. ¿Saben ustedes cuántas vidas iraquíes cegó la pasada “Tormenta del Desierto”, de Bush padre? Más de cien mil. ¿Saben cuántos americanos murieron en aquella masacre? ¡DOCE! La mayoría de ellos en accidentes. ¿Cuántos muertos habrá ahora que los Estados Unidos atacan ciudades y planean tomar Bagdad?” MONTERO, Abel (23 de marzo de 2003). Estados Unidos contra el Mundo. <http://www.fmmeducacion.com.ar/Historia/Irak2003/irakeeuucontramontero.htm>

atropellos contra la población civil de esos países, o la imposición de políticas de intervención que degeneran en regímenes de opresión, e impiden el ejercicio pleno de los derechos fundamentales⁷.

En el Derecho Penal, el proceso de globalización se manifestó claramente con la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, que creó la Corte Penal Internacional. En el mencionado Estatuto quedaron plasmadas las deliberaciones de los representantes de distintas naciones del mundo acerca de qué aspectos en materia penal podían sustraerse de la autonomía del poder Soberano para ser sometidos a la competencia de un órgano Jurisdiccional internacional, con objeto de proporcionar mayor protección a los individuos en general y a las víctimas de políticas estatales tendientes a fomentar la impunidad en la violación de derechos humanos.

Una vez creado el Estatuto de Roma se evidenció la problemática de cómo se debía incorporar la nueva normatividad penal internacional sobre las diferentes visiones penales de cada Estado, y en especial en relación a la definición y defensa de las garantías que tienen los individuos frente al poder punitivo institucional.

Así pues, no nos encontramos frente a un proceso simplista para el cual basta incluir una cláusula al interior de la Carta Fundamental, en la cual se admitan las consagraciones contenidas en los tratados internacionales en cuanto a la definición de las garantías de los individuos. Ello no es suficiente, pues no se pueden obviar los procesos históricos y los contextos sociales al momento en que se van a definir las garantías y la prevención al interior del derecho penal. En opinión, que compartimos, de destacados autores como Juan Bustos

⁷ Respecto de los efectos ambientales que produjeron las fumigaciones en el departamento del Putumayo (sur de Colombia) como desarrollo de la política antidrogas desplegada por el gobierno colombiano financiada por Estados Unidos a partir del "Plan Colombia", el profesor Jairo Estrada Alvarez manifestó lo siguiente: "También se escuchó a muchas familias campesinas en la denominada zona "industrial". La mayoría perdió toda su comida cuando fumigaron la coca, muchos de ellos se encuentran en situaciones precarias debido a la escasez de alimentos, y otros han decidido reubicarse y comenzar a sembrar coca en otras regiones. Tanto el gobierno colombiano como el estadounidense se han visto obligados a crear la nueva brigada y comenzar las fumigaciones; sin embargo, el desarrollo alternativo no se ha manejado con la misma urgencia". ESTRADA ÁLVAREZ, Jairo (2002). *Plan Colombia y la intensificación de la guerra. Aspectos globales y locales* (p. 21). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Ramírez y Alessandro Baratta, el crimen es una creación social, definido por las relaciones sociales, que implica un gran margen selectivo y no igualitario, controlado por quien ostenta el poder; de ahí que sea necesario el establecimiento de garantías definidas de manera democrática, y el establecimiento de garantías a favor de los individuos como contrapeso del poder institucional que se reserva las prerrogativas selectivas y decisorias.⁸

Por esta razón, el sistema de garantías siempre va a ser un tema polémico en el cual se van a poner en tensión varios principios fundamentales que establecen metas para alcanzar al interior de una organización política. De acuerdo con el profesor Robert Alexy, siempre existirán en conflicto los derechos individuales a la dignidad, la libertad y la igualdad, y los principios de fines y estructura como son el Estado de Derecho, la democracia y el Estado social. En este campo de los principios y normas fundamentales se ha escogido el método de ponderación, como un método de solución para preservar dos principios estructurales como los anteriormente propuestos, que en un momento dado se encuentren en oposición frente a un caso en concreto. Robert Alexy expone la problemática de la ponderación de la siguiente manera.

... los principios son mandatos de optimización... En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también esencialmente por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación, y además la necesitan.⁹

De acuerdo con el anterior planteamiento, en este trabajo se develarán las tensiones existentes entre algunos principios, y a partir de ello se expondrá unos criterios que los armonicen y preserven, con-

⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1987). *Control Social y Sistema Penal* (p. 533-534). Barcelona: Promoción Publicaciones Universitarias; BARATTA, Alessandro (2004). *Política Criminal entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos. Criminología y sistema penal: compilación in memoriam / Alessandro Baratta* (p. 42). Buenos Aires: B de F.

⁹ ALEXY, Robert (1996). *El concepto y la validez del derecho* (p. 162). Editorial Edisa.

forme al fundamento político jurídico que se planteará en el punto que sigue.

En este trabajo se parte del fundamento político de un derecho penal que observa una serie de garantías como límites necesarios al poder del Estado en materia de prevención de conductas punibles. Se hará un análisis sobre la interpretación de la cláusula del artículo 93 de la Constitución Política, que busca armonizar las diferencias entre las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico nacional con las garantías consagradas en el Estatuto de Roma. De esta manera, se tomarán como ejemplo de la tensión de garantías los principios de la Paz, los principios de legalidad y el principio de culpabilidad.

1. FUNDAMENTO POLÍTICO DE UN DERECHO PENAL GARANTISTA

Uno de los temas que se viene tratando al interior de la doctrina es precisamente el papel del derecho penal al interior de la sociedad, como un mecanismo idóneo para prevenir conductas punibles y afianzar los comportamientos acordes con el modelo de desarrollo establecido dentro de una sociedad.

Al respecto gran parte de la doctrina¹⁰, pese a las diferencias que se hallan entre los distintos autores, no dudan del papel instrumental del derecho penal para controlar las conductas de los individuos, como expresión del control social formal que ejerce el Estado a través de las máximas limitaciones de derechos contempladas en los códigos penales.

¹⁰ Entre ellos, BARATTA, Alessandro, *op. cit.* Contempla la necesidad de un derecho penal mínimo y de otras alternativas que se pueden utilizar para ejercer control social sobre el individuo y las conductas socialmente negativas; DÍEZ RIPOLLES, José Luis (2000). El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. Congreso Internacional Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6-10 de noviembre. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, p. 110; JACKOBS, Gunther; MELIA, Cancio (2003). *Derecho Penal del Enemigo* (p. 23). Madrid: Civitas; FERRAJOLLI, Luigi (2001). *Derecho y Razón: teoría*. Madrid, Trota, del garantismo penal; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (2002). *Manual de derecho penal* (pp. 2-4). Bogotá: Temis; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (2004). *Derecho Penal Fundamental 1*, 3ª ed. (p. 250-264). Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.

No obstante, al examinar esta doctrina se encuentran diferencias tanto en la manera de efectivizar ese control social como en la forma de concebirse los límites a la fuerza legítima¹¹ ejercida por el Estado a través de su derecho penal. Veamos algunas de esas diferencias. Para el profesor Gunther Jackobs, el poder del derecho penal debe ser utilizado con el fin que ha definido como prevención-integración; es decir, la fuerza del derecho penal debe ser utilizada para mantener la vigencia de la norma, pues la norma se configura como la expectativa que espera la sociedad del individuo, y cuando ésta es defraudada con la comisión de un delito, se hace necesario un instrumento simbólico como la pena que reafirme las convicciones en los individuos demostrando “que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad.”¹² Siguiendo los planteamientos del mismo autor, la actitud psicológica que posea el individuo para mantenerse fiel a la norma determina su grado de peligrosidad hacia la sociedad. Por esta razón, el autor citado hace una diferenciación entre el trato que debe dársele a una persona de la cual no se espera que respete las expectativas sociales y el trato que se le debe dar a una persona que sí cuenta con esa capacidad¹³. De acuerdo con esto, el profesor Jackobs hace una clasificación de un derecho penal para ciudadanos, es decir, busca corregir las defraudaciones al modelo social y el derecho penal para los enemigos, que es aquel dirigido a eliminar peligros¹⁴. La conclusión a que llega este planteamiento es que hay materias tan graves, o tipos de delitos tan graves, en los cuales los fines de prevención dirigidos a eliminar el peligro deben desconocer la calidad de persona del delincuente, para mantener la confianza de los individuos en la sociedad.¹⁵

En consonancia con los anteriores criterios, esta corriente del planteamiento penal estima que las nuevas formas del crimen organizado han sobrepasado las visiones clásicas del derecho penal; por lo tanto, el sistema de garantías forjado por los autores clásicos como Beccaria y Carrara son obsoletos, e impiden la lucha en contra de las nuevas

¹¹ Ver BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *op.cit.*, p. 513-521.

¹² JACKOBS, Gunther; MELIA, Cancio, *op. cit.*, p. 23.

¹³ Ver *Ibíd.*, p. 38. Parecería que esta clasificación es similar a la que hacían los positivistas de las medidas de seguridad según el grado de peligrosidad del delincuente.

¹⁴ Ver *op. cit.*, p. 42.

¹⁵ Ver *op. cit.*, p. 50.

formas de criminalidad surgidas en la modernidad; por tal razón, según ellos, es más apropiado acudir a los roles sociales para identificar las defraudaciones a las expectativas sociales, logrando determinar de esta forma la responsabilidad penal.

La postura explicada con antelación es confrontada, al considerar que negarle la calidad de persona a un individuo no puede considerarse un avance en la ciencia penal. Se arguye además que no es posible renunciar tan fácilmente a garantías elementales como la antijuridicidad y la culpabilidad, que según el profesor Baratta en una teoría funcionalista dejan de ser la valoración sobre el daño al bien jurídico tutelado y la valoración del nexo psicológico entre acto y efecto, respectivamente, para ser una valoración sobre la intolerabilidad a la infidelidad en relación con los valores contenidos en el ordenamiento jurídico¹⁶. Lo cual implica dos consecuencias importantes: a) se modifica la concepción del juicio de disvalor sobre el autor contenido tradicionalmente en la culpabilidad, cuando a través de la teoría de los roles presuponen la responsabilidad por el quebrantamiento de las expectativas que la sociedad tiene frente al individuo, y b) en la antijuridicidad se realiza solamente el juicio de disvalor sobre el acto y no sobre el resultado, toda vez que nuevamente la teoría de los roles cuya inobservancia configura riesgos jurídicamente reprochables, que defraudan las expectativas sociales, configurándose así la antijuridicidad con la simple contradicción a la norma y no frente a la vulneración de un bien jurídico. Por esta razón, se plantea que la teoría normativa de Jackobs confunde la tentativa con la consumación del delito, pues no hay diferencia entre la contradicción a la norma y la vulneración del bien jurídico.¹⁷

Por su parte, el profesor Alejandro David Aponte expone que el derecho penal del enemigo de Gunther Jackobs es una confusión entre derecho, política y guerra, en la cual se utiliza al derecho como forma de legitimar el despliegue de una fuerza ilimitada en contra de

¹⁶ Ver BARATTA, Alessandro, *Criminología y sistema penal*, op. cit., p. 6. Igualmente ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana. *Revista de derecho penal y criminología*, N° 15, p. 197-219 y 202-203, 2005.

¹⁷ Al respecto VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, El funcionalismo jakobsiano, op. cit., p. 202-203.

los enemigos del sistema. Explica que el respaldo de un derecho penal del enemigo es muy peligroso si es aplicado en el marco de una tradición legislativa excepcional como la colombiana –aplicable a otros modelos latinoamericanos–, pues se termina justificando la inclusión de manera permanente en el ordenamiento jurídico de mecanismos y fórmulas excepcionales que flexibilizan las garantías con el objetivo de solucionar una conflagración social determinada y temporal, por salvaguardar la necesidad de prevención. De esta manera se rompe el sistema de límites que debe ser el estado natural y la regla general al interior de un Estado, al lograr convertir la excepción en regla general, lo cual genera unas consecuencias directas en la restricción de libertades y exceso del poder. También expresa el mismo profesor que definir grados de delincuencia de acuerdo con el nivel de peligro que un individuo representa para la sociedad, como lo hace Jackobs, representa un riesgo para las garantías, pues se modifican los límites establecidos a través del derecho penal en varios aspectos: “en el espacio sustantivo, es invadido en esferas no relevantes socialmente y negado en su condición de ciudadano; en lo procesal: es juzgado por fuera del campo de derechos y garantías propios del ciudadano.”¹⁸

El profesor Alessandro Baratta ha dicho en referencia al punto anterior que el planteamiento de un derecho penal del enemigo se ha presentado gracias a un cambio de fundamentación en el derecho, donde dejó de ser un instrumento límite para salvaguardar al individuo de la moralidad o de una doctrina política determinada¹⁹ –teoría defendida por Kelsen–, a ser un instrumento de estabilización social y de protección de expectativas como lo conciben Luhmann y Jackobs.

En este orden de ideas, Baratta establece como efecto de esta concepción que la legitimidad de la norma deja de ser su valoración ética y política para terminar siendo la necesidad de estabilización y la protección de las expectativas de la sociedad, lo cual según Jackobs es equivalente al fin de protección de la pena como Integración-prevención.

¹⁸ APONTE CARDONA, Alejandro David (2005). Derecho Penal del Enemigo, Entre la Paz y la Guerra. En *Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana. Libro homenaje al Doctor Hernando Londoño Jiménez* (p. 40). Bogotá: Temis.

¹⁹ BARATTA, *op. cit.*, p. 2.

Añade el criminólogo crítico que se observa en aquel planteamiento una identidad entre la importancia del derecho como instrumento de estabilización social, con la importancia de la pena en el mismo sentido, lo cual desconoce el efecto jurídico y político trascendente del perdón como mecanismo alternativo de la pena.²⁰

De esta forma, si partimos de un concepto de legitimación de la pena como instrumento de estabilización de la sociedad, en los casos en que una sociedad –como la colombiana– presente altos grados de desestabilización, la respuesta será siempre el endurecimiento del instrumento para conseguir el fin propuesto. Lo anterior, lográndose sin tener en cuenta en ningún momento las valoraciones éticas y políticas conseguidas por verdaderas luchas históricas para construir límites al ejercicio del poder absoluto –y que hoy en día definimos como principios y garantías del ser humano–, sería volver en gran parte a la época del monarca, en la que su ley representaba un mandato divino que guiaba al pueblo hacia la ciudad de Dios, que obedece al conjunto de expectativas colectivas de la sociedad.

Baratta agrega que la teoría de Jackobs también presenta otras deficiencias, pues en pos de salvaguardar la confianza de la sociedad, por una parte, se ocultan los efectos negativos del derecho penal, y por la otra se esconde el hecho que con la pena no se solucionan las causas del conflicto, porque sus efectos se sienten sobre todo en las manifestaciones de los delitos.²¹

De conformidad con los planteamientos anteriormente anotados, los criterios de peligrosidad y prevención no pueden ser el fundamento para limitar el poder punitivo del Estado, puesto que en vez de limitarlo lo amplían. La pugna entonces consiste en construir y afianzar las garantías que sirvan de límite al poder punitivo a favor de todo individuo y en todo momento, inclusive en los estados de excepción, como se exige en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 27²².

²⁰ Ver *op. cit.*, p. 17.

²¹ Ver *op. cit.*, p. 18.

²² **Artículo 27. SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS**

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación,

Por su parte, el profesor Luigi Ferrajolli ha diseñado un esquema del delito, con fundamento en el respeto de ciertos límites sin los cuales se debe considerar afectada la justificabilidad del derecho penal. Para este autor existe un principio metalegal que incluye todas las exigencias mínimas para concebir un derecho penal racional, el que ha denominado de estricta legalidad. Este principio implica la legalidad de la conducta y la pena, la ofensividad (antijuridicidad), la culpabilidad y la verificación de estos presupuestos por un juez; la existencia de un juicio contradictorio y público, con una acusación que tiene la carga de la prueba y una defensa con la posibilidad de desvirtuar la acusación, y a su vez condicionada a los derechos fundamentales y la Constitución.²³ Para el citado profesor, la nueva concepción de Estado Constitucional de Derecho trae consigo nuevos retos para el estudio del derecho penal, puesto que en principio existe una gran diferencia entre la concepción de estado liberal y estado social, que el autor explica de la siguiente manera:

Las garantías liberales, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las garantías sociales, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen.²⁴

suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

²³ Ver FERRAJOLLI, Luigi (2001). *Derecho y Razón* (p. 33). Madrid: Trota.

²⁴ FERRAJOLLI, Luigi (1999). El derecho como sistema de garantías. *Revista Nuevo Foro Penal*, N° 60, p. 68. Centro de Estudios Penales – Universidad de Antioquia. Santa Fe de Bogotá.

De esta forma, si concebimos las garantías como “vínculos positivos y negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales.”²⁵, es necesario hacer un mayor esfuerzo en el estudio de las disposiciones legales y su congruencia con la Carta Fundamental, desde un punto de vista negativo hallando contradicciones (antinomias) con la carta y exigiendo la exclusión de la norma que la contravenga. O desde un punto de vista positivo al señalar las lagunas que presente el ordenamiento jurídico en asuntos de vital importancia²⁶; orientación válida más que todo en materia permisiva, y en cuanto orientación político criminal para crear delitos y penas, pues estas últimas están regidas por la interpretación restrictiva desde la garantía. Lo anterior debe estar dirigido a crear una interpretación más cercana a la realización de las garantías y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

En todo caso, el análisis legal que deba hacerse nunca puede estar de espaldas al contexto social en el que vaya aplicarse, según lo explica el profesor Bustos Ramírez, quien señala que “la igualdad ha de darse en las garantías, no en la forma de ejercerse la responsabilidad.”²⁷ Diciendo con ello que la responsabilidad penal de un individuo depende de su capacidad particular de comprensión en un contexto (espacio tiempo) determinado. Al respecto es necesario tener presente que en el campo penal es donde más hay que considerar los problemas de desigualdad social:

Nos parece natural que todos los miembros de las tribus salvajes sean fanáticos, pero no deberíamos olvidar que, entre nosotros, muchos seres humildes y atrasados, en las bajas capas sociales o en las profundidades del campo, huérfanos de toda cultura, están cerca, mentalmente, de los salvajes.²⁸

²⁵ *Ibíd.*, p. 68.

²⁶ En tal sentido se expresa el profesor Ferrajolli que “la tarea, científica y política al mismo tiempo, de descubrir las antinomias y las lagunas existentes y proponer desde dentro las correcciones previstas por las técnicas garantistas de que dispone el ordenamiento, o bien de elaborar y sugerir desde fuera nuevas formas de garantía aptas para reforzar los mecanismos de autocorrección.” FERRAJOLLI, Luigi, *op cit.*, p. 70-71.

²⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *op. cit.*, p. 534.

²⁸ Citado por AGUDELO BETANCUR, Nódier (2002). *Jornadas Internacionales de derecho penal* (p. 156). Bogotá: Universidad el Externado de Colombia.

La anterior realidad nos ayuda a comprender que no es suficiente el solo análisis de coherencia del sistema legal, sino que es necesario un análisis del sistema legal en relación con los conflictos sociales, colectivos e individuales²⁹, que influyan en la capacidad de comprensión de un individuo durante la realización de una conducta. Según el profesor Bustos Ramírez, las disposiciones legales tienden a establecer un grado estándar de igualdad lógica entre los individuos, desprovista del contexto social, las circunstancias cambiantes de tiempo, espacio y los conflictos sociales determinados. Por ello resalta el papel de la criminología crítica para evaluar el papel que ha jugado la legalidad frente a un estado determinado de cosas.

Dentro de la problemática planteada en el contexto latinoamericano, el profesor Bustos Ramírez señaló dos aspectos que determinan una diferencia estructural marcada en las sociedades latinoamericanas, que son el subdesarrollo y la dependencia.

Subdesarrollo y dependencia inciden, además, en los intereses que se estiman valiosos dentro de cada sociedad. Si es el sistema extranjero el que predomina no se tendrán en cuenta las necesidades nacionales; por el contrario, se tratará de englobar radicalmente a los países dentro de un sistema económico mundial de libre mercado, ... Con lo cual se trasgrede por lo demás el derecho a un desarrollo económico autónomo, ...³⁰

Con lo anterior se plantea entonces un problema estructural desde el punto de vista político que influye en el aspecto legal y que lleva consigo inconvenientes, como son que la determinación de los bienes jurídicos como valores fundamentales de la sociedad tutelados a través del derecho penal, y por lo tanto la permisón o represión, estén determinados por presiones externas de otros estados que influyen directa e indirectamente en el desarrollo social de los estados dependientes, y logrando que se sobrepongan los intereses extranjeros sobre los nacionales, lo cual crea una forma de violencia estructural y una deslegitimación del poder que debilita la cohesión social cuando los ciudadanos observan cómo se sacrifican los intereses nacionales por los intereses de otros estados. Así, por ejemplo, en materia penal, la lucha contra los narcotraficantes y terroristas tiene mayor relevancia en el ámbito internacional que la

²⁹ Ver *op. cit.*, p. 534.

³⁰ *op. cit.*, p. 527.

lucha contra la corrupción en el sector público o la consecución de la paz. De esta manera, se propician confusiones que impiden hacer distinciones y prioridades entre algunos conceptos, como por ejemplo entre un conflicto armado interno y una amenaza terrorista, lo que obstaculiza, en todo sentido, la solución pacífica del conflicto interno.

Y en otro sentido, las sociedades con alto grado de subdesarrollo implican altos niveles de inequidad entre sectores sociales. Los recursos en los estados subdesarrollados son escasos, y la demanda social se mantiene alta, por tanto los niveles de selectividad son mayores y sólo se satisface a algunos sectores en detrimento de otros. En el campo del derecho penal, la selectividad vuelve a verse, y los recursos escasos dirigen las acciones represoras a determinados grupos sociales, excluyendo a otros grupos o tratándolos de forma más benigna. Al respecto el profesor Zaffaroni ha expresado: "... no existe el estado de derecho ideal ni la sociedad con movilidad vertical ilimitada, hay personas a las que se les concede un espacio social amplio y otras que quedan en límites de subsistencia, y es claro que esto tiene influencia en el ámbito de autodeterminación de cada uno."³¹ En tal sentido, "había una co-culpabilidad de la sociedad cuando no le había brindado al sujeto un espacio social adecuado para su desarrollo y que había que descargársela al agente en el momento de cuantificar el reproche y la pena."³² Sin embargo, el autor habla de co-culpabilidad pero al mismo tiempo critica ese concepto, por ignorar la arbitrariedad en el proceso selectivo del derecho penal, en el cual se hace una labor de criminalización de un prototipo de criminal, y todo aquel que se adapte al mismo tiene un alto grado de vulnerabilidad frente al derecho penal.³³

Por tal razón se coadyuva las ideas de los profesores Bustos y Zaffaroni en el sentido de que las garantías deben ser iguales para todos, pero la responsabilidad debe ser diferente de acuerdo con las situaciones personales del individuo en determinado contexto social, lo cual debe ser tenido en cuenta por la Corte Penal Internacional, so pena de incurrir en los mismos problemas de deslegitimación en que incurren los estados cuando pretenden imponer el modelo de la mayoría a las

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul, SLOKAR, Alejandro y ALIAGA, Alejandro (2005). *Manual de derecho penal* (p. 509). Parte general. Buenos Aires: Ediar.

³² *Ibid.*, p. 509.

³³ Ver *op. cit.*, p. 510-516.

minorías sin importar las particularidades que las diferencian; en otros términos, el pluralismo debe respetarse en un organismo internacional guiado por fundamentos liberales y democráticos.

Igualmente, se han venido presentando problemas en el campo internacional en relación con el contenido de las garantías generales para todos los individuos del mundo contenidas en el Estatuto de Roma, específicamente con el principio de legalidad y el principio de culpabilidad, sobre los cuales nos referiremos más adelante.

Otro aspecto en el cual se presenta una tensión grande es en la ponderación de los principios de Justicia y Paz. Aquí surge un gran inconveniente, pues uno de los fines por los cuales se creó la Corte Penal Internacional ha sido combatir la impunidad de los crímenes más graves que vulneran los derechos humanos. Sin embargo, la regla no puede ser absoluta, y existen varios artículos del Estatuto de Roma y otros instrumentos internacionales, como los Convenios de Ginebra, que abren grandes posibilidades a favor de procesos de Paz y reconciliación como los que se pretenden adelantar en Colombia.

Pero para analizar todos estos aspectos es necesario determinar la ubicación del Estatuto de Roma al interior del ordenamiento jurídico, y sus alcances frente a las problemáticas anteriormente señaladas, que es el punto que desarrollaremos de inmediato.

2. UBICACION DEL *ESTATUTO DE ROMA* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

El Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional fue incorporado en el ordenamiento jurídico con una cláusula especial contenida en el artículo 93 de la Constitución Política colombiana³⁴, donde se aceptó el tratamiento diferente que establezca el Estatuto frente a lo establecido en la Carta Política.

³⁴ **Artículo 93.** Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Respecto a este artículo la Corte Constitucional en la sentencia C-578-02, cuando hizo el análisis del texto integrado del Estatuto de Roma, señaló que, efectivamente, el Acto Legislativo 02 de 2002 había permitido el trato desigual a personas en materias solamente tratadas al interior del Estatuto citado, por lo tanto, el objeto de revisión que hacía sobre la Ley que lo incorporaba al ordenamiento jurídico colombiano, no podría dirigirse a señalar las contradicciones entre su texto y la Constitución, sino simplemente estaba dirigido a interpretar y determinar las diferencias de trato que se incorporaron a partir del acto Legislativo 02 de 2002.³⁵

Considerando las cesiones otorgadas por el Estado colombiano a través de la incorporación del Estatuto de Roma, respecto de ciertas garantías, cuando se trate de crímenes de la competencia de la CPI, no podríamos plantear una cesión absoluta en todos los casos, haciendo una interpretación sistémica de otros instrumentos internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, como son los Convenios de Ginebra y la Convención Americana de Derechos Humanos, en los cuales se consagran y se definen Derechos Fundamentales.

Adicionado. Acto Legislativo 02/2001, Art. 1°. 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 “De tal manera que el análisis constitucional de dicho Estatuto y de la ley aprobatoria se distingue de los demás ejercidos por esta Corte en cuanto existe un referente constitucional especial que tiene las características y los alcances jurídicos mencionados. Por ejemplo, la admisión de un “tratamiento diferente” para efectos de la aplicación del Estatuto, señala que la Corte debe proceder a constatar si existe alguna diferencia entre el Estatuto y la Constitución Nacional, pero, en caso de que ésta exista y se trate de una materia sustancial dentro del ámbito de la materia regulada por el Estatuto, no tendrá que declarar su inexequibilidad, ya que el propósito del acto legislativo citado fue el de permitir, precisamente, “un tratamiento diferente” siempre que éste opere exclusivamente dentro del ámbito de aplicación del Estatuto de Roma. Por ello, la Corte en caso de que encuentre tratamientos diferentes entre el Estatuto y la Constitución delimitará sus contornos y precisará su ámbito de aplicación y, además, declarará que ellos han sido autorizados especialmente por el constituyente derivado en el año 2001.” CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578-02. Magistrado ponente José Cepeda Espinosa.

De conformidad con lo anteriormente señalado, un análisis realizado por el profesor Alejandro Ramelli sobre "El sistema de fuentes del derecho internacional público y el Bloque de constitucionalidad"³⁶ consideró que para que un tratado pertenezca al bloque de constitucionalidad, según la Corte Constitucional, se requieren dos requisitos: a) "Que el tratado defina un derecho fundamental, b) Que el derecho humano en mención debe ser de aquellos que no son susceptibles de limitación bajo estados de excepción, con lo cual nuestra lista se reduce a los instrumentos internacionales que recoge el derecho internacional humanitario (DIH), por tratarse precisamente de una normatividad aplicable a situaciones de grave anormalidad, a unos cuantos derechos consagrados en las "cláusulas de salvaguardia" (por ejemplo, artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), amén de algunos convenios específicos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en especial los Convenios 87 y 98."³⁷

De esta forma, debemos señalar una diferencia muy concreta entre el texto del Estatuto de Roma, los Convenios de Ginebra y los tratados que definen Derechos Humanos como la Convención Americana de Derechos Humanos. Con referencia al primero debemos señalar que el Estatuto es un instrumento para la protección de Derechos Humanos, dirigido a combatir concretamente la impunidad de los crímenes más graves en contra de la raza humana, a través del cual se pueden definir garantías penales en desarrollo de su objeto jurisdiccional. Pero no se puede llegar a la conclusión de que el Estatuto de Roma define el Derecho de manera absoluta, si se tiene en cuenta que existen otros instrumentos internacionales que también lo hacen. El Estatuto de Roma define en gran parte las violaciones de Derechos y las consecuencias que éstos acarrearán. Por tal motivo, las consagraciones del Estatuto no pueden en ningún momento ser interpretadas de manera aislada de otros instrumentos internacionales, a tal punto que permita una vulneración de Derechos Fundamentales en su aplicación. De esta forma, otros instrumentos internacionales que sí definen de forma directa y expresa Derechos Humanos deben ser tomados para establecer límites materiales al poder punitivo que puede desplegar la Corte Penal Internacional en desarrollo de su objeto, así como la Constitución es límite material de las consagraciones establecidas en el Código Penal.

³⁷ *Ibíd.*, p. 2.

Al respecto cabe citar la opinión del maestro Luigi Ferrajolli sobre el avance de la globalización de las fuentes del derecho, citando como ejemplo la Comunidad Europea:

Es claro que la formación de un sujeto político nuevo como la Comunidad Europea, en cuyo marco se han instituido organismos ejecutivos cuyas decisiones prevalecen –o al menos lo pretenden– sobre las leyes y a veces sobre las Constituciones de los Estados Miembros, lleva consigo el riesgo de deformar la estructura constitucional de nuestras democracias, que, como se ha visto, está en la base de la función misma del derecho como sistema de garantías. Pero esto quiere decir que hoy es tarea urgente de la cultura jurídica y política avanzar, como exigencia primaria e inaplazable, en la estipulación de una Constitución Europea.³⁸

Con lo anterior podemos precisar que si bien el avance de la globalización afecta sustancialmente las fuentes del derecho, no es menos cierto que las normas internacionales no pueden perder un sustento político y material, desde donde se haga prevalecer la realización de las libertades y derechos de los individuos, ni tampoco podría destruir principios y derechos conseguidos a través de grandes pugnas históricas de cada Estado, y que han sido consagradas en sus respectivas constituciones. Y por esta razón no es gratuito que en la Convención de Viena, que establece las reglas de los tratados, se consagren los principios de buena fe en el cumplimiento de un tratado pero al mismo tiempo se establece una excepción al principio citado, que es la de imposibilidad moral de cumplirlo, especialmente “cuando su ejecución puede poner en peligro la existencia misma del Estado”³⁹. Ese es entonces un límite material expreso en el derecho internacional público, en el cual los estados en igualdad de circunstancias con los demás podrán argumentar el derecho de autodeterminación de las naciones. Citando como ejemplo el proceso de paz que se adelanta en Colombia entre el Gobierno y los grupos insurgentes, el derecho de autodeterminación que tiene el Estado colombiano está dado, para hallar la mejor solución al conflicto, respetando los principios de Verdad, Justicia y Reparación, sin olvidar en todo momento la necesidad manifiesta del pueblo colombiano de alcanzar la paz, para lograr así un mejor desarrollo social, político y económico, fundamentado en la idea de la Democracia.

³⁸ FERRAJOLLI, Luigi, *El derecho como sistema de garantías*, op. cit., p. 72.

³⁹ GAVIRIA LIEVANO, Enrique (1998). *Derecho internacional público*, 5ª ed., p. 35. Bogotá: Temis.

3. EL CONFLICTO COLOMBIANO Y LA CPI

Para desarrollar la temática del conflicto armado colombiano y la CPI se debe aclarar que no es nada fácil sentar una posición frente a un problema de conflicto armado interno, tan intenso, sufrido y sangriento como el colombiano. La guerra en sí es una situación de injusticia total, en el que se incluyen los actores armados y el resto de sociedad civil que por su mera ubicación en determinado territorio o por constituirse en factor estratégico de la misma, como por ejemplo, un rehén o un secuestrado padecen la crueldad del conflicto armado. Desde esa perspectiva, todos somos propensos a sufrir los estragos de la guerra en Colombia, pues en principio podríamos decir que no existe una violencia dirigida en contra de un grupo determinado de personas, ya sea de una etnia, religión o un grupo racial, sino una guerra entre grupos armados y sus sectores de apoyo, que sólo parecen distinguir entre los que están con ellos y el resto.

Sin embargo, teniendo en cuenta la situación tan dramática que sufren nuestros pueblos indígenas⁴⁰ por causa del conflicto armado colombiano, tendremos que avivar el debate en nuestro contexto acerca de la situación de violencia hacia grupos étnicos determinados. En este año dos grupos indígenas (los emberá katíos⁴¹ y los nukak makú⁴²) han

⁴⁰ Los indígenas de Colombia tratan de mantenerse neutrales ante el conflicto armado en ese país, pero a menudo son presionados tanto por la guerrilla como por los paramilitares. "Colombia: indígenas en peligro". El Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados (ACNUR) expresó su preocupación sobre el futuro de las tribus indígenas en Colombia debido al conflicto armado que se desarrolla en ese país. http://news.bbc.co.uk/1/hi/spanish/latin_america/newsid_4877000/4877946.stm Martes, 4 de abril de 2006 - 22:57 GMT.

⁴¹ Entre los 800 indígenas que han sido obligados a abandonar sus tierras se encuentran por lo menos 250 niños. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia hizo un llamado a la comunidad indígena para que no permita que el conflicto de la región destruya su tejido social, puesto que un desplazamiento los hace "más vulnerables frente a la confrontación armada que vive esta zona del país". PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. ONU CONDENA A FARC POR DESPLAZAMIENTO DE INDÍGENAS EMBERA KATIÓS.

<http://www.presidencia.gov.co/cne/octubre/18/01102002.htm>

⁴² A principios de esta semana, alrededor de 75 miembros de la tribu nómada nukak makú llegaron, descalzos y con taparrabos, a San José del Guaviare –en el sureste del país– asegurando que habían sido amenazados y expulsados de su territorio por las FARC.

sufrido de manera lamentable el desplazamiento forzado por causa del conflicto armado –sin ignorar la situación de los demás grupos indígenas que a diario en el país sufren el hostigamiento de los grupos al margen de la Ley–, lo cual tiene como consecuencia muy probable la destrucción de su forma de vida, su cultura y su raza⁴³.

Lo anterior plantearía la problemática en Colombia de si existe o no la posibilidad de la comisión del delito de genocidio⁴⁴ respecto de

(...)

“Hasta el año 1998 eran nómadas con una altísima movilidad, llegando a cambiar su lugar de residencia 68 veces al año”, explicó Cabrera a la BBC.

Los indígenas se mueven, afirma Cabrera, en 13 grupos de entre 9 y 45 personas, cada uno con su propio territorio y líder.

Hasta recientemente, la tribu vivía alrededor de una reserva de cerca de un millón de hectáreas de superficie. Pero la violencia provocada por la guerrilla, afirman los líderes del grupo de indígenas, se vieron obligados a abandonar ese territorio.

“Al salir de su entorno,” explicó Cabrera, “sus sistemas alimentarios, social y cultural se ven muy afectados”, lo que podría llevar a una desaparición de la cultura nukak makú.

Por ello, el gobierno de Colombia apela al Comisionado de Cruz Roja Internacional para que analicen “hasta qué punto nos pueden ayudar como gobierno colombiano a que esta gente retorne”, dijo Rodríguez, quien agregó que el tema “es un problema de la humanidad”. Colombia: tribu desplazada por FARC, por BBC MUNDO *Saturday, Apr. 01, 2006 at 9:37 AM* news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_4864000/4864050.stm

⁴³ A través de un comunicado de prensa la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia condenó el desplazamiento de aproximadamente 800 indígenas emberá katíos de Tierralta, Córdoba, luego de las amenazas de miembros de las Farc. “El desplazamiento forzado de población constituye una infracción grave a las normas del Derecho Internacional Humanitario. En el caso de comunidades indígenas, el desplazamiento forzado provoca efectos más graves, ya que estos pueblos tienen un arraigo especial con su tierra y el desplazamiento los expone a riesgos como la pérdida de su cultura, de su organización social y hasta de la vida de sus pobladores” PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Noticia citada.

⁴⁴ Artículo 6 del Estatuto de Roma:

Genocidio

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

estas tribus indígenas por parte de los diferentes actores armados que generan su desplazamiento forzado, teniendo de presente la existencia de los elementos estructurales del delito, como son la determinación objetiva del grupo racial y la efectividad del desplazamiento en estos casos como modalidad para destruir de manera efectiva a estos grupos humanos. En este punto, la incógnita que se debe resolver sería respecto a la configuración o no del dolo de quienes realicen la conducta, pues tendríamos que preguntarnos si ésta se encuentra eficazmente dirigida a la destrucción total o parcial de los grupos indígenas. En principio debemos tener presente que el desplazamiento forzado en Colombia no discrimina respecto de las personas sobre las cuales se ejerce, sino que se origina como consecuencia de la importancia de ocupar un determinado territorio por su ubicación y por las ventajas que éste presenta para el tráfico de armas y estupefacientes, o para evitar el acoso de las autoridades colombianas. A pesar de esta situación, tendríamos que plantear, dada la presencia de los elementos “grupo racial” y el “desplazamiento” como mecanismo idóneo para destruir total o parcialmente el grupo, que en esta situación no se configura el delito de genocidio en la modalidad de dolo directo, sino que se configuraría la comisión del delito pero mediante la modalidad de dolo eventual⁴⁵, toda vez que previendo la probable situación de la destrucción del grupo humano, dejan el resultado librado al azar, lo cual puede ser deducido del contenido del literal b del artículo 30 del Estatuto de Roma⁴⁶ en relación con las expresiones “es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos”.

⁴⁵ “Este es un tipo de intención condicional que engloba un amplio conjunto de actitudes positivas dirigidas a la producción de un resultado, y por ello supone una exigencia mayor que la falta de diligencia. El autor puede ser indiferente al resultado o no dar importancia al daño producido en el bien jurídico. Sin embargo, el autor no es consciente, como exige el artículo 30 (2) (b), del resultado o consecuencia que tendrá lugar en el curso ordinario de los acontecimientos. El o ella sólo piensa que el resultado es posible.” AMBOS, Kai (2004). *El nuevo derecho penal internacional* (p. 296-297). Lima: Ara Editores.

⁴⁶ **Artículo 30**

ELEMENTOS DE INTENCIONALIDAD

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien

Toda esta situación que degrada nuestra Nación debe concientizarnos de que no es posible seguir argumentando obstáculos para alcanzar la paz, pues es más urgente quitarle ese carácter perpetuo al conflicto armado colombiano. Las circunstancias particulares de nuestra sociedad, así como se explicó desde la concepción del profesor Bustos expuestas en páginas anteriores, en donde los problemas de orden público de nuestra sociedad, sumados a los problemas de subdesarrollo y dependencia, han creado, por un lado, una violencia estructural de exclusión de grandes grupos sociales por escasez de recursos y ausencia de una conciencia en la política social del Estado y, por el otro, las políticas de represión dirigidas a determinados grupos por presiones internacionales en contra del narcotráfico y el terrorismo, llevándose consigo a muchas otras víctimas inocentes como los campesinos afectados por el glifozato, los que tienen que dejarlo todo cuando se encuentran en medio del fuego cruzado, han sido los caracteres más dominantes de las políticas estatales, en detrimento de la realización del proyecto social plasmado en la Constitución, donde la no discriminación y la paz son principios fundantes del referido proyecto social.

La paz, un derecho establecido en el artículo 22 de nuestra Carta Política, constituye uno de los anhelos más grandes de la Nación colombiana, toda vez que la paz es un presupuesto para la existencia y realización de un verdadero Estado Social de Derecho, Democrático, Participativo y Pluralista. La situación social de conflicto expresa una negación a la realización de cada uno de los principios anteriormente enunciados, y negación de todos los derechos fundamentales⁴⁷. No buscarle una solución a la guerra implica imposibilitar la realización del proyecto de Estado que todos los colombianos anhelamos.⁴⁸

⁴⁷ “Si no hay tolerancia, si no hay democracia, ni libertad, ¿De qué paz podemos hablar? La paz es resultado de la igualdad de oportunidades.” Entrevista realizada al profesor Fernando Hinestrosa, realizada por Enrique Posada Cano, publicada en diario *El Tiempo*, Lecturas de fin de semana, sábado 18 de marzo de 2006.

⁴⁸ Al respecto cabe citar este texto escrito por Alfredo Molano referente al drama del exilio por temor a su vida: “No obstante, cuando mataron a Jaime Garzón admití que no podía regresar pronto, conseguí una mesa de trabajo grande, afilé la pluma y comencé a escribir este libro. Al terminarlo comprendí agachando la cabeza en señal de profundo respeto que el drama de mi exilio, a pesar de sus dolores, es un pálido reflejo de la auténtica tragedia que viven a diario millones de colombianos desterrados, exiliados en su propio país. Creo, con ellos, que sólo un acuerdo político profundo permitirá echar las bases de una verdadera democracia; la guerra no tendría resultado distinto a la dictadura de los vencedores.” MOLANO, Alfredo (2001). Portada del libro *Desterrados*. Bogotá: El Ancora.

Vistas las cosas de esa forma, dentro de la tensión entre los principios y requerimientos exigidos por los instrumentos internacionales para acordar la paz, debe hacerse un análisis dirigido a conseguir una salida viable a la solución pacífica del conflicto armado, pues va más acorde con la realización del programa social establecido en la Carta Política.

La principal tensión que surge para la iniciación de un proceso de paz es determinar la forma en que los grupos armados ilegales deben reincorporarse a la sociedad civil, teniendo en cuenta que en desarrollo de sus actividades como grupos armados han cometido delitos, dentro de los cuales se pueden encontrar la comisión de delitos considerados como crímenes internacionales de los que se encuentran bajo la competencia complementaria⁴⁹ de la Corte Penal Internacional.

Aquí, cabe hablar de figuras jurídicas diseñadas para lograr la reinserción a la vida civil de los miembros de los grupos ilegales, como son las amnistías y los indultos, de los que hablan los artículos consagrados 150.17 y 201.2 de la Constitución Política colombiana, instrumentos mediante los cuales los gobiernos pueden negociar un acuerdo de paz “por graves motivos de conveniencia pública” con los grupos insurgentes. El resultado de la aplicación de las citadas figuras jurídicas es la extinción de la acción penal en el caso de la amnistía o la extinción de la pena en los casos de indulto. En virtud de los mandatos constitucionales mencionados, junto con el artículo 22 (derecho a la paz), es posible que el Gobierno acuerde con los grupos armados ilegales su reinserción a la vida civil exonerándolos de responsabilidad penal, previo un cese definitivo de hostilidades y la desarticulación del grupo armado.

Sin embargo, en este punto aparece una primera tensión con el artículo 93, que incorporó el contenido del Estatuto de Roma, el cual en su artículo 17.2. literal a) menciona como situación que activa la jurisdicción de la CPI el que exista una decisión nacional adoptada “con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5.” El contenido del artículo 17.2 literal a) menciona a la

⁴⁹ Competencia complementaria implica que CPI asumirá el conocimiento de un crimen de su competencia (art. 5 del ER) en un Estado Parte, o cometido por un ciudadano de un Estado Parte, en los casos en el Estado no pueda o no quiera investigar, hacer comparecer, o pretenda exonerar a un individuo de su responsabilidad penal (Ver arts. 17 y 20 del ER).

decisión nacional que sin lugar a dudas se refiere a un indulto o a una amnistía, pues tales instrumentos son decisiones nacionales tomadas por el órgano legislativo, o por el órgano ejecutivo, en todo caso autorizado por el legislativo, que excluyen de la responsabilidad penal a los presuntos autores de delitos de competencia de la CPI. Siguiendo con el marco del mismo artículo, se establece que la Corte examinará cada caso en concreto “teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional.” Esa expresión configura una sesión de soberanía en la cual el Estado permite sobre una situación de orden nacional, como lo sería alcanzar la paz, que un organismo internacional decida si el procedimiento que conlleva a una amnistía o a un indulto se encuentra acorde con las garantías establecidas por el derecho internacional. Por tal motivo, la decisión que tome un Estado sobre el punto no es definitiva, pues queda pendiente de la decisión que tome en este caso la Corte Penal Internacional.

Aquí se presenta una aparente tensión, cuya solución implica remitirse a otros instrumentos internacionales que consagran garantías que regulan la materia, entre ellas las establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando analizó los casos de leyes de amnistía en Argentina, Chile y El Salvador, el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra, la Carta de las Naciones Unidas, La Convención de Viena y el mismo Estatuto de Roma, pues como se dijo en el apartado anterior de este trabajo, el Estatuto de Roma no es propiamente un catálogo de Derechos Fundamentales, sino, más bien, un catálogo de violaciones a derechos fundamentales, con un conjunto de garantías penales generales, que en todo caso exigen complementación de otros instrumentos internacionales más claros en relación con Derechos Humanos.

Al hablar de “garantías de procesos de paz reconocidos por el derecho internacional” es obvio que debemos remitirnos a los criterios sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se definieron los deberes de los estados para la protección de los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con Leyes de amnistías e indultos. De acuerdo con la doctrina sentada por la Corte, los estados podrán otorgar amnistías e indultos siempre y cuando se garanticen los derechos de las víctimas de las violaciones a los derechos humanos en los procesos de reconciliación nacional, a la verdad, la justicia y la reparación.

En cuanto al derecho a la reparación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha definido como un derecho derivado del deber de protección judicial. Según la Sentencia Velásquez Rodríguez, el derecho a la reparación se definió de la siguiente manera: "... el Estado tiene la obligación de investigar las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de...asegurar a la víctima una adecuada reparación." (El subrayado es nuestro). El derecho a una compensación adecuada también está ligado íntimamente al derecho a la protección judicial, consagrado en el artículo 25 de la Convención.⁵⁰ Al respecto cabe aclarar que en el ordenamiento jurídico colombiano el derecho a la reparación se encuentra bien resguardado, toda vez que en la Constitución se dispuso que en los casos de amnistía o indulto en que "En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar (artículo 150, numeral 17, CP)". Es decir que independientemente del proceso de paz adelantado, el derecho a la reparación está garantizado por la Carta fundamental, y siendo ésta de aplicación inmediata, el derecho a la reparación por parte de las víctimas puede hacerse exigible por vía de tutela, toda vez que nos encontramos frente a la protección de un derecho fundamental de aquellos de los que habla el artículo 94 de la Carta⁵¹, pues el derecho a la reparación ha sido definido como tal por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De conformidad con esto, si los instrumentos legales que regulan la reinserción de grupos armados ilegales no satisfacen el derecho a la reparación, o simplemente lo desconocen, la acción de tutela estaría más que justificada.

Con respecto al derecho a la reparación, podemos decir que éste es un principio antiquísimo derivado del derecho civil, en el cual todo quien realice un daño se encuentra obligado a repararlo. Y dentro de las fuentes de las obligaciones planteadas en el derecho civil se encuentra claramente el delito, por tanto, todo el que realice un delito tiene la obligación de resarcir a su víctima; sin embargo, la Constitución ha sido muy clara al disponer en los casos de amnistía o indulto que "el

⁵⁰ CORTE I.D.H., Sentencia Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 174.

⁵¹ **Artículo 94.** La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar” (artículo 150, numeral 17, CP). Es decir que independiente del proceso de paz adelantado, el derecho a la reparación está garantizado por la Carta fundamental y obliga al Estado colombiano a cumplir con esa obligación.

En cuanto al derecho a la justicia, éste se divide en varios subprincipios. El primero tiene que ver con el derecho al acceso a la justicia, es decir, a permitir que las víctimas puedan acceder al órgano jurisdiccional. El segundo tiene que ver con disponer de recursos judiciales: “Según (la Convención), los Estados partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser substanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1)...”⁵²; El otro subprincipio tiene que ver con el deber del Estado de investigar la comisión de violaciones contra los derechos humanos⁵³. Y el último subprincipio se refiere al deber de los estados de sancionar a los culpables de las violaciones a los derechos fundamentales⁵⁴, que según algunos autores como Kai Ambos, también significa el derecho de las víctimas a que la pena del culpable sea proporcional al hecho realizado, pues “El deber de penalización previsto en el derecho internacional para los casos de graves violaciones a los derechos humanos implica que los delitos contemplados por el derecho internacional les corresponda una pena adecuada. Ciertamente, se puede discutir respecto de la proporcionalidad de la pena. Pero en todo caso, se ha determinado que el simple cumplimiento simbólico de la pena es violatoria del derecho internacional en caso de graves violaciones a los derechos humanos.”⁵⁵

Según estos parámetros, la amnistías vulneran los derechos al acceso a la justicia, a un recurso, a la verdad y el de sancionar, pues al extinguir la acción penal, las víctimas no podrían acudir a un órgano jurisdiccional para hacer valer sus derechos, ni tendrán posibilidad de adelantar un proceso en el cual se revele una verdad y se determine una reparación.

⁵² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Garay Hermosilla et al. v. Chile, Caso 10.843, *op. cit.*; párrafo 73.

⁵³ Ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1998, párrafo 166.

⁵⁴ AMBOS, Kai (1997). *Impunidad y derecho penal internacional* (p. 296). Konrad Ad naver stiftung.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 298.

Mientras que los indultos, como son concedidos luego del juicio, permiten que las víctimas puedan acceder al órgano jurisdiccional, a un recurso, dentro de un proceso en el cual se puede llegar a conocer la verdad –al menos procesal–, y sólo quedaría pendiente del deber de sancionar, puesto que el indulto extingue la pena.

En referencia al deber de sancionar, es necesario plantear que existen dos manifestaciones de la justicia: una justicia sanción y una justicia perdón. Por esta razón, el deber de sancionar del Estado no es absoluto, pues existe una excepción: el perdón. El gran inconveniente se presenta es que en materia de derechos humanos, las muestras de la justicia internacional y la tradición creada por los tribunales internacionales que han existido como el de Nuremberg, el de Tokio, el de la Ex Yugoslavia y el de Ruanda, han tenido siempre una finalidad sancionatoria, representando en los primeros una justicia del vencedor sobre el vencido, y en los segundos, la necesidad de combatir la impunidad.

Sin embargo, hay que precisar que el perdón si es una forma de justicia:

El perdón es la antítesis de condenación y depende por tanto a la racionalidad inmanente a la justicia; el perdón limita el juicio condenatorio, le quita la pretensión de ser la única manifestación de la justicia, completa la comprensión verdadera de ésta. Pero el fin de la justicia no es condenar sino equilibrar la relación entre las personas; (...)

...; corresponde entonces a la sociedad civil el proveer positivamente a esa falta estableciendo sus formas de justicia con vistas a restablecer el justo equilibrio de la sociedad.⁵⁶

Y que por más que la tradición histórica de los tribunales internacionales de adoptar una justicia sancionatoria, no puede olvidarse que los discursos que sustentan la pena como forma de combatir la impunidad se encuentran unidos de la teoría de prevención general y la prevención especial negativa, lo cual se infiere claramente del siguiente pronunciamiento del Tribunal de Ruanda: “para el Consejo de Seguridad la condenación e imposición de una pena de prisión a

⁵⁶ GILBERT SJ, Paul (2004, 16 de octubre). Justicia e indulto. *El Tiempo*, Lecturas Fin de Semana, p. 5.

tales personas es el punto de partida de una política de disuasión en contra de la continuidad de las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos y libertades fundamentales de las personas que caracterizaron aquellos territorios y restablecer, así, la paz y seguridad internacionales.⁵⁷ Por tanto, la teoría de la prevención general tiene una gran crítica al interior de la dogmática penal que insta a replantear sus efectos:

En lo que respecta a las teorías relativas, la prevención general negativa y la prevención especial negativa, orientadas a la intimidación de la colectividad o del penado, para ser efectivas deberían propiciar penas que constituyan males mayores a los generados por los delitos, lo que choca con el principio de proporcionalidad, y, además, no tienen en cuenta que quienes delinquen no lo hacen tras advertir un saldo favorable en el inventario de costos y beneficios del delito, sino en cuanto asumen que evitarán la imposición de la pena.⁵⁸

La idea con este planteamiento es determinar que la necesidad de una pena es un asunto que tiene más dirección a la política criminal⁵⁹, que debe orientar la dirección de la justicia, puesto que filosóficamente tanto sanción como perdón son formas de justicia que producen efectos distintos, pero igualmente válidos. De ahí que al corresponder a la política la definición de una u otra forma de justicia, el mecanismo más legitimado para esto es la Democracia: “la democracia participativa, en materia penal, se concreta en que todos los sectores de la sociedad tienen el derecho de intervenir en la formación de la voluntad estatal mediante la cual se seleccionan las relaciones que van a ser penalmente relevantes, se fijan penas y procedimientos y se señalan los mecanismo de control que han de emplearse para contrarrestar la delincuencia,

⁵⁷ Citado por RAMELLI ARTEAGA, Alejandro (2003). La función de la pena en el estatuto de roma de la Corte Penal Internacional. *XXV Jornadas Internacionales de derecho penal: homenaje a Fernando Hinestroza* (p. 175). Universidad Externado de Colombia.

⁵⁸ URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín (2003). *El derecho penal del Estado Constitucional de Derecho. Comentarios a los códigos Penal y Procedimiento penal* (p. 375). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

⁵⁹ Entendida ésta como la ciencia aplicada con la finalidad de controlar el delito, encargada de definir cuáles son los comportamiento que atentan con los bienes jurídicos y cuáles son los medios para prevenirlos o reprimirlos. Al respecto ver GONZÁLEZ AMADO, Iván (2005), *Criminología y política criminal oficiales en la Colombia actual. Dogmática y criminología. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía* (p. 237-257). Bogotá: Legis.

los cuales no necesariamente se reducen a la pena, pues existen otros alternativos.”⁶⁰

En consecuencia, se puede plantear una estructura de justicia de perdón que respete los derechos humanos de las víctimas de la siguiente manera:

ACCIÓN PENAL (acceso a la justicia, y protección judicial) = PROCESO (derecho a la verdad procesal y a partir de la verdad procesal derecho a una restauración) = INDULTO (perdón como forma de justicia).

Esta estructura se encuentra respaldada igualmente por el derecho a la paz, que se encuentra consagrado tanto en la Carta de Naciones Unidas –como la protección de la tranquilidad y la seguridad mundial–; en el artículo 16 del mismo Estatuto de Roma –con la suspensión de investigaciones y juicios solicitadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para garantizar precisamente la tranquilidad y la seguridad mundial–; en el artículo 8.3 –que establece que “Nada de lo dispuesto en los párrafos 2c) y d) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo”–; en el literal c del numeral segundo del artículo 53 del Estatuto de Roma⁶¹; en el artículo 6.5 del protocolo II de

⁶⁰ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto (2001). *El debido proceso penal*, 2ª ed., p. 53. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

⁶¹**Artículo 53**

INICIO DE UNA INVESTIGACIÓN

1. El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación, a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si:

- a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte;
- b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17;
- c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.

El Fiscal, si determinare que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación y la determinación se basare únicamente en el apartado c), lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares.

2. Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que:

los Convenios de Ginebra, relativo a la cesación de hostilidades, que establece: “Las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”; en el preámbulo de la Constitución Nacional, en el artículo 2 (fin del Estado de convivencia pacífica), en el 22 (el derecho a la paz), en el artículo 150.17 (la facultad del Congreso de otorgar amnistías e indultos) y en el artículo 201.2 (facultad del presidente para conceder indultos), hace parte de un modelo de desarrollo mundial, en el cual se han concertado instrumentos como el indulto y la amnistía con el fin de buscar salidas negociadas al conflicto, de manera que lejos de ir en contra con los propósitos de la CPI, se armonizan con sus fines, puesto que no se podría llegar a la absurda conclusión que el derecho penal es fin en sí mismo, en vez de ser lo que es, “el ultimo instrumento o recurso para evitar la guerra de todos contra todos.”

Sin embargo, hay quienes consideran, como el profesor Kai Ambos –y su opinión es muy respetable–, que es muy peligroso otorgar indultos y amnistías por crímenes de lesa humanidad y graves violaciones contra

a) No existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el artículo 58;

b) La causa es inadmisibles de conformidad con el artículo 17; o

c) **El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen.**

Notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13.

3. a) A petición del Estado que haya remitido el asunto con arreglo al artículo 14 o del Consejo de Seguridad de conformidad con el párrafo b) del artículo 13, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá examinar la decisión del Fiscal de no proceder a la investigación de conformidad con el párrafo 1 o el párrafo 2 y pedir al Fiscal que reconsiderase esa decisión;

b) Además, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá, de oficio, revisar una decisión del Fiscal de no proceder a la investigación si dicha decisión se basare únicamente en el párrafo 1 c) o el párrafo 2 c). En ese caso, la decisión del Fiscal únicamente surtirá efecto si es confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares.

4. El Fiscal podrá reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones.

los derechos humanos, pues la impunidad fomentaría la realización de tales actos aberrantes en un futuro. El citado profesor argumenta su posición de la siguiente manera:

... el derecho internacional sienta límites absolutos, en forma tal que no admite bajo ninguna circunstancia en caso de graves violaciones a los derechos humanos (torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas) una exención total de la pena.⁶² Y continúa atacando en su posición diciendo: "Las amnistías son generalmente incompatibles con el deber de los Estados de investigar esta clase de actos; de garantizar la no comisión de tales actos dentro de su jurisdicción; y de asegurar que ellos no ocurran nuevamente en el futuro. Los Estados no pueden privar a los individuos del derecho a una acción efectiva incluyendo el pago de una compensación y a una rehabilitación plana en el caso que sea posible."⁶³ Y concluye diciendo: "La absoluta impunidad no puede justificarse jamás, como quiera que implícitamente se prohíbe siempre la exoneración penal en caso de graves violaciones a los derechos humanos."⁶⁴

Sin embargo, en otra obra su opinión suena más conciliadora cuando se expresa acerca del contenido de los artículos 16⁶⁵, 17 y 53⁶⁶ del Estatuto de Roma bajo el siguiente tenor:

Estas tres normas muestran que el Estatuto no es un obstáculo para un proceso de paz. Ellas son el resultado de las consideraciones de los relatores del Estatuto, (...) para quienes era muy importante tener en cuenta las controversias nacionales en situaciones de conflicto armado. En particular

⁶² AMBOS, Kai, p. 284.

⁶³ *op. cit.*, p. 284.

⁶⁴ *op. cit.*, p. 284.

⁶⁵ En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pide a la Corte que suspenda por un plazo que no podrá exceder de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.

⁶⁶ El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación, a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si:

c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia

el principio de complementariedad muestra que la CPI no desea sustituir ni desplazar la justicia penal nacional (como lo han hecho, por ejemplo, los tribunales ad hoc creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas); por el contrario, se pretende que sea la justicia penal del estado territorial la que persiga los crímenes internacionales enumerados. En tal sentido, la CPI sólo actúa como motor y medio de presión ante un posible fracaso de la justicia penal nacional, ya sea por falta de voluntad o de capacidad de actuar.⁶⁷

La paz es un principio base de todo sistema penal. Ni siquiera el profesor Gunther Jackobs en su propuesta de un derecho penal del enemigo –una de las tesis más radicales– niega la posibilidad de encontrar la paz con el enemigo. En cambio, argumenta que la coacción que ejerce el Estado puede quedar limitada en dos sentidos: “En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos sus derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué todo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz.”⁶⁸

En igual sentido, el profesor Gerhard Werle, quien ha manifestado que “la renuncia a la sanción de los crímenes de derecho internacional puede en casos individuales ser necesaria para alcanzar la paz interna y hacer posible una reconciliación nacional. Esto ocurre, por ejemplo, cuando sólo es posible finalizar una guerra civil con el precio de la renuncia a la sanción penal. En situaciones de esta clase, la renuncia a la sanción penal puede ser legítima desde el punto de vista del estado de necesidad. La dificultad radica aquí en elaborar criterios sustentables para la admisibilidad de una amnistía.”⁶⁹

Ahora, en relación con el tema, existe otro gran debate sobre el contenido del artículo 6.5 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra, que establece:

Artículo 6. DILIGENCIAS PENALES (...)

6.5. A la cesación de hostilidades, las autoridades en el poder procurarán

⁶⁷ AMBOS, Kai (2005). *Estudios de derecho penal internacional* (p. 22). Bogotá: Leyer.

⁶⁸ JACKOBS, Gunther, *ob. cit.*, p. 33.

⁶⁹ WERLE, Gerhard (2005). *Tratado de derecho penal internacional* (p. 136). Valencia: Tirant Blanch.

conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

Existe una dura crítica por parte del profesor Kai Ambos, quien opina que si bien el fin del Art. 6.5 del Protocolo Adicional II es lograr la paz y la reconciliación entre las partes del conflicto, dejando la posibilidad de que se acuerden indultos y amnistías, dice al mismo tiempo que “Al momento de la suscripción del Protocolo (1979) no se pensó en modo alguno en posibilitar las amnistías que contravinieran los deberes de penalización consagrados en el derecho internacional. Como quiera que, partiendo del concepto de la unidad del derecho internacional, se tiene que concluir que, por ejemplo, una norma –aquí el Art. 6.V del Protocolo Adicional II– no puede permitir lo que las disposiciones especiales del derecho internacional prohíben; para el caso serán las normas que sirven de base al deber de penalización.”⁷⁰ La anterior posición puede fundamentarse por el contenido del artículo 131 de los Convenios de Ginebra, que establece: “Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior.”

Sin embargo, esto no podría ser una limitación en el caso colombiano, puesto que según lo establecido por el Tribunal para la ex Yugoslavia en el Caso Tadic, para que se dé una grave violación contra el DIH⁷¹ es necesario que se produzca un conflicto armado de carácter internacional, y en Colombia existe conflicto armado pero de carácter no internacional.⁷²

⁷⁰ *Op. cit.*, p. 281.

⁷¹ El artículo 130 del estatuto en análisis dispone cuando se cometen las graves infracciones contra los Convenios:

“Las infracciones graves a las que se refieren al artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio.”

⁷² Los fundamentos del Caso Tadic son los siguientes:

“First, common Article 3 of the Geneva Conventions and the entirety of Protocol II, the treaty law applicable to non-international armed conflicts, are indeed silent as to criminalization of violations thereof.

Entre las razones expuestas en el caso Tadic es preciso relevar el que las graves violaciones deben cometerse en contra de personas protegidas, que según la interpretación del Tribunal sólo se aplica en los casos en que las personas son encontradas en manos de la parte del conflicto del cual ellos no son nacionales.

Así podríamos dejar sentada una tesis según la cual a la luz de los principios establecidos en los Convenios de Ginebra, las graves violaciones al DIH no serían aplicables al conflicto armado colombiano, ya sea porque en principio nos encontremos regidos bajo el artículo 3 común a los Convenios y el Protocolo II de Convenios de Ginebra, que según la doctrina de los tribunales internacionales, y en especial en el caso Tadic, no son aplicables las graves violaciones al DIH. Por esta razón no se puede aplicar el concepto de persona protegida, toda vez que víctima y victimario tengan la misma nacionalidad. Por lo anterior, los crímenes de guerra realizados en Colombia, según la interpretación de los Convenios de Ginebra, son amnistiables o indultables.

De esta manera, la solución a la tensión presentada entre el principio de paz y el principio de justicia debe concebirse desde la perspectiva inicialmente planteada para el caso colombiano, con una Corte Penal Internacional que permita las negociaciones de paz y las salidas negociadas a los conflictos armados.

Y un último aspecto que se debe tratar, en relación con la tensión entre el derecho a la paz y el derecho a la justicia, es la creación de un concepto extensivo de delito político. El problema ha surgido en el contexto colombiano debido a que para muchos teóricos y reconocidos organismos como la ONU y Estados Unidos, los grupos al margen de la ley no son

Second, the field of application of the provisions on grave breaches is limited by article 2 common to the Geneva Conventions, as it is for all articles of the Geneva Conventions other than common Article 3, to international armed conflicts.

Third, the Geneva Conventions and Protocol I limit the concept of grave breaches to acts "against persons or property protected by the present Convention", and the term "protected person" is, as far as civilians are concerned, limited to "persons... who... find themselves... in the hands of a Party to the conflict... of which they are not nationals".

Fourth, grave breaches include some acts which are not even prohibited by international humanitarian law if committed by a State against its own nationals." SASSOLI, Marco LL.D; .. OLSON, Laura M LL.M New horizons for international humanitarian and criminal law? Received for publication: January 2000. www.icrc.org.

delincuentes políticos, sino delincuentes comunes, y es más, el mismo Gobierno los ha catalogado como terroristas en múltiples ocasiones. De esta manera, con el fin de evitar el problema que se presenta para definir el móvil altruista de los miembros de los grupos armados ilegales de Colombia, se debe proponer una redefinición del delito político no a partir de un criterio legal, como se adoptó en la Ley de Justicia y Paz⁷³, que usando un concepto muy simple incluyó a los grupos guerrilleros y paramilitares en el delito de sedición, pues esto tiene muy poco peso para ser argumentado en contra de una norma internacional. La redefinición del delincuente político podría elaborarse teniendo en cuenta el carácter de combatiente, como lo establece el artículo 6.5 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra al expresar: “las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”. De esta forma, la extensión del concepto de delito político tendría un sustento internacional y constitucional, por ser parte de los Convenios de Ginebra y del Bloque de Constitucionalidad. Es decir, el delito político debe plantearse como el cometido por una persona que “haya tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.” De esta forma, las amnistías y los indultos se pueden conceder con mayor facilidad a los miembros de los grupos al margen de la ley, evitando el calificativo del móvil noble o altruista, para utilizar el más apropiado que es el de participar en el conflicto armado colombiano.

Así entonces, la tensión inicial entre los principios de la paz y la seguridad del mundo entero, con los deberes internacionales del Estado de investigar y castigar a los autores de crímenes internacionales, presenta grandes componentes políticos que en última instancia serían resueltos

⁷³ **Artículo 72. SEDICIÓN.** Adiciónase al artículo 468 del Código Penal un inciso del siguiente tenor: “También incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión.

Mantendrá plena vigencia el numeral 10 del artículo 3º de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988 e incorporado a la legislación nacional mediante Ley 67 de 1993”.

a través de mecanismos legales creados desde los órganos democráticos competentes que, como se dijo anteriormente, deben permitir las negociaciones de paz, sin vulnerar los derechos fundamentales de las víctimas, para así poder plantear ante los organismos internacionales que los hechos regulados por un instrumento legal con esas características, que se adecuen a algún crimen de competencia de la CPI no podrían ser sometidos a una investigación por ésta, pues redundaría con los fines de la justicia⁷⁴.

Aquí se introduce el tema que se desarrollará a continuación, que tiene por objeto de estudio la descripción de los crímenes de competencia de la CPI y el respeto del principio de legalidad.

4. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA CPI

El principio de legalidad, una de las garantías más importantes que se consiguieron a partir de la Revolución Francesa de 1789, es otro de los principios que está siendo erosionado con la incorporación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En nuestra Constitución Nacional, el principio de legalidad se encuentra consagrado en el artículo 29 de la siguiente forma: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”

Igualmente, el artículo 6° del Código Penal colombiano definió el principio de legalidad de la siguiente manera:

Artículo 6o. LEGALIDAD. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

⁷⁴ Literal c, del numeral 2 del artículo 53 del Estatuto de Roma:

“El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen.”

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.

En desarrollo del artículo anteriormente citado, la doctrina⁷⁵ ha desarrollado los presupuestos mínimos de una ley en materia penal. De acuerdo con las construcciones dogmáticas la ley penal debe ser escrita, estricta, cierta y previa. Deber ser escrita, ése es un requisito que elimina la posibilidad de crear tipos penales a partir de la costumbre. Deber ser estricta oponiéndose a la aplicación analógica; por tanto, no le es posible al juez sancionar a una persona con fundamento en un análisis mental en el cual termine asimilando una conducta no tipificada a una que sí lo está, puesto que estaría creando tipos penales nuevos a partir de la analogía, aspecto que en una democracia liberal se encuentra prohibido, toda vez que la función de crear tipos penales se encuentra sometida de manera exclusiva al poder legislativo, auténtico representante del pueblo para elegir qué conductas deben ser definidas en los tipos penales creados por una ley; e incluso se afirma por parte de la doctrina colombiana, entre ellos el profesor Fernando Velásquez⁷⁶, que dada la intensidad en la afectación de derechos fundamentales que formula la ley penal, se afirma que ésta debe tramitarse mediante el procedimiento que establece la Constitución para una ley estatutaria, pese a que la Corte Constitucional en la sentencia C-319 de 2006⁷⁷ haya dejado sentado la

⁷⁵ Por ejemplo, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *op. cit.*, p. 192-199; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de derecho penal, op. cit.*, p. 56-59.

⁷⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *op. cit.*, p. 99.

⁷⁷ "Cabe recordar que en dicha sentencia C-319 de 2006 la Corte reiteró los criterios jurisprudenciales para determinar cuándo una ley que se refiere a derechos fundamentales o a aspectos que tocan con la administración de justicia, debe surtir el trámite establecido en el artículo 153 de la Constitución para las leyes estatutarias. En el referido fallo se puso de presente que no toda regulación legal de los derechos fundamentales tiene naturaleza de ley estatutaria, sino sólo aquella que de alguna manera toca su núcleo esencial, esto es, el conjunto de atribuciones y potestades sin las cuales el derecho no sería reconocido, o mediante la cual se regula en forma "íntegra, estructural o completa" el derecho correspondiente. Explicó que dado que ninguno de los dos supuestos tiene lugar en relación con la ley acusada, el trámite que debía surtir no era el de una ley estatutaria. En la misma sentencia la Corporación reafirmó que la regulación del procedimiento penal no tiene reserva de ley estatutaria, como tampoco la tipificación de los delitos ni el establecimiento de sanciones." Reafirmación del contenido de la Sentencia C-319 de 2006, realizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-370-2006.

tesis que las leyes de contenido penal puedan ser tramitados mediante ley ordinaria. Debe ser cierta, puesto que todo lo establecido en la ley debe ser comprensible para cualquier ciudadano, de manera que pueda diferenciar lo que es lícito de lo que es ilícito. Y por último, la ley debe ser previa, en cuanto la conducta debe existir tipificada en la ley, en el momento en que se cometa el hecho, garantizando así también que la persona pudiera conocer sobre ilicitud de su hecho en el momento en que lo cometió, presumiéndose a partir de la existencia previa de la ley.

El principio de legalidad se encuentra consagrado en los artículos 22, 23 y 24 del Estatuto de Roma⁷⁸. En el artículo 21⁷⁹ se establece qué normas

⁷⁸ PARTE III. DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO PENAL

Artículo 22

Nullum crimen sine lege

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte.

2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.

3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.

Artículo 23

Nulla poena sine lege

Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

Artículo 24

Irretroactividad ratione personae

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.

2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.

⁷⁹ **Artículo 21**

Derecho aplicable

1. La Corte aplicará:

a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos del Crimen y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;

c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho

puede aplicar la CPI cuando ejerza su competencia, ampliando así los márgenes de aplicación e interpretación del derecho a los elementos de los crímenes, las reglas de procedimiento, a los principios y normas del derecho internacional, dentro de los cuales se incluyen los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados, lo cual plantea la idea de introducir todos los principios creados con los juicios de Nuremberg y los demás surgidos a partir de los otros tribunales internacionales, de los cuales se debe tener precaución respecto de dos puntos sustanciales. El primero es que la naturaleza de los tribunales de Nuremberg, Tokio, Ruanda y Yugoslavia es diversa de la de la Corte Penal Internacional, pues esta última es el resultado de la necesidad de no seguir legitimando juicios de vencedores sobre vencidos de conformidad con lo establecido por el Preámbulo del Estatuto de Roma⁸⁰ cuando define a la Corte Penal Internacional como un organismo de carácter permanente e independiente. Por tanto, en ejercicio de sus funciones, la Corte Penal Internacional debe hacer un análisis sobre los principios que va a aplicar para efectos de no degenerar su naturaleza concebida como el ejercicio de una justicia permanente e independiente, contraria a la justicia de vencedores sobre vencidos que se ejerce luego de culminar una guerra que tiene carácter temporal y que es aplicada con todo el peso moral que implica juzgar a su oponente.

Uno de los efectos que la Corte Penal Internacional debe evitar es precisamente no vulnerar el principio de legalidad, que se convierte “en una garantía contra el abuso y la arbitrariedad que podrían transformar

interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

⁸⁰ “Decididos, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad

la justicia penal en un instrumento de opresión o de venganza y como expresión de la igualdad ante la ley”⁸¹. La importancia del principio de legalidad ha llevado a consagrarlo en los instrumentos nacionales⁸² e internacionales⁸³ más importantes, lo cual garantiza su carácter de derecho humano y proscribire su inobservancia. Durante los juicios de Nuremberg y Tokio⁸⁴ se pretendió desconocer el principio de legalidad y en su defecto se buscó el apoyo en los principios generales del derecho internacional como fundamento de la punición de los actos que no se encontraban señalados como delitos en el derecho positivo⁸⁵, toda vez

internacional en su conjunto”.

⁸¹ GIL GIL, Alicia (1999). *Derecho penal Internacional* (p. 72). Madrid: Tecnos.

⁸² Constitución, Artículo 29.

⁸³ Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, en el artículo 7 de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950, y en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969.

⁸⁴ Al respecto se ha argumentado a favor de la inobservancia del principio de legalidad en el derecho internacional lo siguiente: “el principio de legalidad no es aplicable en el ámbito internacional por cuanto este ámbito la protección al individuo se convierte en protección al Estado, perdiendo, en consecuencia, su generoso y progresivo significado liberal para pasar a ser todo lo contrario. QUIJANO, citado por GIL GIL, Alicia *op. cit.*, p. 69, pie de página: “Las potencias aliadas no estaban jurídicamente –aunque sí moralmente– obligadas a respetar el principio de legalidad pues, lamentablemente hasta 1945 este principio no pertenecía al Derecho Internacional ni como norma consuetudinaria, ni como principio general de Derecho reconocido por los países civilizados.” Hoffmann, citado por GIL GIL, Alicia *op. cit.*, p. 69, pie de página. “Exigie para justificar el abandono del principio de legalidad, que el acto sea no solo contrario a la moral sino digno y necesitado de castigo, de manera que su impunidad aparezca como insoportable; el hecho debe ser no solo un injusto material objetivo, sino que además debe ser reconocible como tal para el autor en el momento de su comisión, y también justifica el abandono del principio en aquellos casos en que la seguridad jurídica se ve más gravemente dañada por la observancia del mismo que por su violación, es decir, cuando la impunidad conmoviera gravemente la autoridad del propio ordenamiento jurídico en la conciencia jurídica en general.” LANGE, citado por GIL GIL, Alicia *op. cit.*, p. 69, pie de página: “Que el principio *nullum crimen* está diseñado para proteger sólo a personas de ser castigadas por un acto que razonablemente creían lícito cuando lo cometieron, aunque posteriormente añade que en todo caso no hay violación del principio, pues la ley aplicable forma parte del Derecho internacional consuetudinario sin duda alguna, y además los crímenes en ella previstos se encuentran también castigados en el Código Federal yugoslavo.” Caso No IT94 I-T (Dusko Tadic), 10 de agosto de 1995, citado por GIL GIL, Alicia, *op. cit.*, p. 69, pie de página.

⁸⁵ GIL GIL, Alicia, *op. cit.*, p.76.

que según los jueces de estos tribunales dichos principios expresaban ciertos valores fundamentales, derechos humanos, que informaban el sistema jurídico en su totalidad o en un determinado sector del mismo.⁸⁶ Conforme a lo anteriormente expuesto, le es imposible a la CPI pretender utilizar los principios generales del Derecho como fundamento para crear delitos, como lo hicieron los tribunales internacionales precedentes (Nuremberg, Tokio, Ruanda, Yugoslavia), cuando aplicaron el Derecho penal internacional, tal como lo expresa la doctora en comentario: “debido precisamente a su dudosa legitimidad, bien por no ser órganos de la Comunidad Internacional –caso de Nuremberg y Tokio–, bien por su carácter no permanente, sino ad hoc y con jurisdicción limitada a una determinada situación –caso de Yugoslavia y Ruanda– han buscado siempre su legitimación en el Derecho que aplicaban, pretendiendo, en todo momento, no ser creadores de un Derecho nuevo, sino meros aplicadores de un Derecho existente y reconocido por la Comunidad Internacional.”⁸⁷

La concepción del principio de legalidad que aparece en la sección de los principios generales del derecho, que trata de imponer una serie de exigencias en la consagración de las conductas punibles, como lo expusimos brevemente, debemos decir que tal intención se diluye en la parte especial, es decir, en la descripción de los crímenes de competencia de la CPI. A continuación analizaremos las disposiciones especiales del Estatuto de Roma y su conformidad o no con el principio de taxatividad.

Para iniciar debemos decir que algunas de las conductas descritas en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma son bastante abiertas, es decir, no desarrollan todos los elementos de la conducta ilícita; por ejemplo, en el genocidio (art. 6 ER) cuando dice: “c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo”. En los eventos citados, las palabras “condiciones” y “medidas” son ingredientes normativos que no ofrecen la determinación requerida para un tipo penal, pues son tan abstractas y generales que cualquier conducta que tenga potencialidad para producir el resultado puede encuadrarse dentro de estos dos términos.

⁸⁶ *Op. cit.*, p. 76.

⁸⁷ *Op. cit.*, pp. 82-83.

Igualmente encontramos otras expresiones que provocan la indeterminación en los crímenes de lesa humanidad, y en los crímenes de guerra enunciados en el Estatuto de Roma en los artículos 7 y 8 se refleja un alto grado de indeterminación donde no existe la presencia de circunstancias objetivas que sirvan de límite de lo prohibido. Son expresiones como:

h) **Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;**

k) **Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.**

xxi) **Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes;**

xxii) **Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra;**

Al respecto la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

4.1.4.2. La indeterminación de la definición de ciertas conductas y el principio de legalidad

“... encuentra la Corte que algunas de las conductas descritas en los artículos 6, 7 y 8, tienen un grado de imprecisión que parece sugerir que éstas responden a un estándar diferente del principio de legalidad que orienta el derecho penal tanto en el ámbito nacional como en el contexto internacional. Tal imprecisión se detecta en las expresiones “otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional” (artículo 6.1. literal h), ER), y “o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable” (artículo 6.1. lite-

ral g), ER), así como los literales b) ordinal xxii) y e) ordinal vi) del artículo 8.2., por el empleo de la expresión “o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra”.

Si bien el principio de legalidad en el derecho penal internacional se ha expresado de manera menos rigurosa que en los órdenes nacionales, según el término *nullum crimen sine iure* en lugar de *sine lege*, esta Corte constata que en el Estatuto de Roma se ha buscado avanzar en la determinación de las conductas punibles acudiendo al derecho positivo escrito, por contraposición a la confianza en la certeza del derecho penal internacional consuetudinario.

Sin embargo, las expresiones “otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional” (artículo 6.1. literal h), ER) y “o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable” (artículo 6.1. literal g), ER), siguen siendo demasiado amplias y ambiguas.

Si bien constitucionalmente es necesario que las conductas punibles sean definidas con precisión, en derecho penal internacional se ha admitido un **grado de precisión menor** en la descripción de las conductas que constituyen crímenes internacionales, básicamente por razones históricas y dada la gravedad de los hechos enjuiciados utilizando estas cuatro categorías.

Sin embargo, como quiera que el Acto Legislativo N° 02 de 2001 admitió la constitucionalidad de un tratamiento diferente para aquellos asuntos que sean de competencia de la Corte Penal Internacional, aplicable única y exclusivamente cuando se trate del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Estatuto de Roma, la Corte se limitará a constatar la existencia de esa diferencia. Subraya la Corte que los Estados reunidos en Roma postergaron el desarrollo de los elementos de cada crimen para su incorporación a un instrumento denominado “Elementos del Crimen” (artículo 9, ER), aspecto al cual se hará referencia en el apartado 4.17. (...) (Las negrillas son nuestras).

Las manifestaciones resaltadas de la Corte en la Sentencia citada son sin duda desafortunadas, en el entendido que al admitir grados de precisión menor legitiman la vulneración de una garantía derivada

del principio de legalidad que es la taxatividad, que al ser parte de un derecho fundamental consagrado en la Constitución y en tratados internacionales, entre ellos La Convención Interamericana de Derechos Humanos, no es susceptible de suspensión ni siquiera en estados de excepción.

En todo caso, cabe mencionar que la Corte Constitucional ha avalado la flexibilización del principio de legalidad en algunos casos particulares, como ocurrió con el delito del terrorismo, en la sentencia C-123 de 1993. En la referida sentencia la Corte dijo que la indeterminación de este delito no vulnera el principio de igualdad, pues no se podría confundir la comisión de un delito común con un hecho terrorista, y esto debido a finalidad expresada por el autor; la Corte expuso una tesis sobre la necesidad de que el tipo de terrorismo sea un tipo abierto, diciendo lo siguiente:

Frente a delitos “estáticos” o tradicionales, deben consagrarse tipos penales cerrados. Pero frente a delitos “dinámicos” o fruto de las nuevas y sofisticadas organizaciones y medios delincuenciales, deben consagrarse tipos penales abiertos. Así pues, el “terrorismo” es un delito dinámico y se diferencia por tanto de los demás tipos. Como conducta responde a unas características diferentes de cualquier tipo penal, por lo siguiente: Primero, es pluriofensivo, pues afecta o puede llegar a afectar varios bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal. Segundo, obedece a organizaciones delincuenciales sofisticadas. Tercero, el terrorista demuestra con su actitud una insensibilidad frente a los valores superiores de la Constitución Política, que son un mínimo ético, al atentar indiscriminadamente contra la vida y dignidad de las personas. Es de tal gravedad la conducta terrorista que los beneficios constitucionalmente consagrados para el delito político no pueden extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechando la situación de indefensión de la víctima. El delito político es diferente al delito común y recibe en consecuencia un trato distinto. Pero, a su vez, los delitos, aun políticos, cuando son atroces, pierden la posibilidad de beneficiarse de la amnistía o indulto.”⁸⁸

En el mismo sentido, la Corte sacó igualmente como argumento para aceptar la indeterminación de las conductas tipificadas como terrorismo, la necesidad de dotar al Gobierno de medios mas dinámicos para abarcar

⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-127-93. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

la mayor parte de manifestaciones de las organizaciones terroristas con el propósito de proteger la vida, integridad y bienes de sus asociados, partiendo de la base de la ciencia dinámica de Albert Einstein y de una regla que infirió de los instrumentos internacionales que con objeto de producir mayor protección a la comunidad también han ampliado el marco de acción del delito del terrorismo con principios generales del derecho.

De la misma forma como acogió entonces una posición flexible del principio de legalidad en el delito del terrorismo, igualmente le encargó a los jueces la labor de complementar en cada caso en concreto las disposiciones legales.⁸⁹

En la referida sentencia la Corte argumentó a favor de una posición extensiva del derecho penal a partir de los tratados internacionales que buscan proteger los derechos humanos con la consagración de conductas prohibidas indeterminadas que vulneran la dignidad del ser humano. Con esa argumentación, la Corte se compromete en una gran contradicción en el campo del derecho internacional, puesto que si bien en los protocolos de Ginebra se han establecido conductas prohibidas indeterminadas con el objetivo de proteger la dignidad humana, también existen otros tratados o convenios que establecen como garantía fundamental de los procesados o imputados el principio de legalidad y retroactividad, que según la misma Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 27 de la Suspensión de Garantías) no pueden ser suspendidos por el Estado ni siquiera en estados de excepción.

⁸⁹ Frente a esta sentencia cabe mencionar en principio la delegación de la determinación del delito de terrorismo vulnera el principio de separación de las ramas del poder, puesto que le delega al órgano jurisdiccional una competencia que tiene de manera exclusiva el legislativo (Ver al respecto ROXIN, Claus (2001). *Derecho penal Parte general*, tomo I, 2ª edición, pp. 169-171. Traducción Diego Manuel Luzón Peña. Reimpresión. Madrid: Civitas). Además rompe con el principio democrático que le impone la responsabilidad de determinar lo lícito de lo ilícito, al máximo órgano democrático que representa la mayoría de la población. (Al respecto SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime (1999). "Límites materiales de los tipos penales en blanco; visión garantista. Revista *Nuevo Foro Penal* (p. 102-103). Medellín: Temis - Centro de Estudios Penales de Antioquia). Y por último expone una tesis expansiva del derecho penal que vulnera una garantía constitucional establecida para el imputado o al procesado, en contra del *ius puniendi* del Estado, lo cual elimina un rasgo del propio Estado de ser Liberal, para ser autoritario y sin límites precisos, en las facultades para limitar derechos fundamentales tan importantes como la libertad.

De esta interpretación podríamos sacar como conclusión que en cabeza del procesado o imputado se encuentran derechos fundamentales que no le es dado al Estado suspender ni siquiera en una situación anormal; por tanto, la flexibilización del principio de legalidad que hizo la Corte a favor de la ampliación de la penalización del delito del terrorismo no se encuentra avalada por el derecho internacional y parecería que da pie al resquebrajamiento de esta importante garantía para el ciudadano.

Siguiendo con las expresiones subrayadas en la cita del Estatuto de Roma, hay que aceptar, como lo dijo la Corte Constitucional, que muestran un alto grado de indeterminación, pues no se puede determinar qué conductas con exactitud se encuentran prohibidas. Aunque se puede pensar que la determinación de tales conductas irá apareciendo en la medida en que la CPI vaya estableciendo criterios delimitadores de cada una de esas expresiones.

El principio de legalidad es uno de los pilares esenciales que define el grado de libertad que concede un Estado a un ciudadano. El principio de *nulla poena sine lege* es la garantía que tiene todo ser humano de no ser privado de la libertad o de ser objeto de alguna sanción gubernamental sin una ley que haya establecido la pena, y la circunstancia que le da origen a la sanción.

Del principio de taxatividad han dicho por parte de los profesores Cobo del Rosal y Vives Antón:

El problema crucial de la formulación típica no radica en la naturaleza de sus términos como en la precisión y claridad con que pueda delimitarse su contenido...⁹⁰

Las exigencias de taxatividad en la determinación del ámbito de lo punible, dimanantes del significado esencial del principio de legalidad, requieren que la formulación de los tipos se lleve a cabo mediante términos rígidos, en los que la discrecionalidad del intérprete quede reducida al mínimo. El injusto penal es un injusto tipificado. Y no cabe hablar de tipicidad allí donde una defectuosa técnica legislativa o una manipulación más o menos

⁹⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTON, Tomás S. (1999). *Derecho Penal*, parte general, 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 334-335.

enmascarada dejan al arbitrio del intérprete y, en su caso, del juzgador, la determinación del contenido de las posiciones legales.⁹¹

También hay teorías que consideran que la precisión esta íntimamente ligada con la gravedad de la sanción de una disposición, y que la concreción de determinado precepto legal oscuro puede recaer sobre la jurisprudencia. Para Roxin tales afirmaciones no son convincentes en el sentido que "... el principio de legalidad rige por igual para todas las normas penales y no autoriza ciertas indulgencias en caso de delitos leves; y, por otra parte, si se encomienda a los tribunales la producción de la necesaria precisión, de ese modo precisamente se está renunciando a la división de poderes...."⁹²

Con respecto a la utilización del Derecho Cosuetudinario Roxin considera que "Del tenor literal y del sentido del principio de legalidad se sigue necesariamente que en Derecho penal esta prohibida la aplicación del derecho consuetudinario en perjuicio del reo:"⁹³

Lo único que es cierto es que a menudo el legislador ha dejado abiertos amplios campos de las teorías generales del Derecho penal y los ha encomendado a la decisión de la jurisprudencia; en parte por las dificultades que en muchos casos se oponen a una codificación de tales materias, y en parte por los loables deseos de no bloquear la evolución científica mediante la fijación escrita de un estadio del conocimiento que después va a quedar superado. Pero lo que los tribunales deciden en esos campos y en otros similares, siempre y sólo es un resultado de la interpretación y no tiene nunca – aunque haya una jurisprudencia constante– el carácter normativo vinculante del derecho consuetudinario.

(...) Pues aunque es verdad que en la praxis algunos resultados de la interpretación se aplican "como si fueran leyes", lo cierto es que siempre se diferencian de ellas en que los tribunales no están vinculados a los mismos como a las leyes, sino que en todo momento pueden discrepar de esos resultados y acoger una opinión mejor fundada.⁹⁴

De esta manera queda demostrado que tal grado de indeterminación en el Estatuto de Roma es muy peligroso, por lo que deja en el limbo

⁹¹ *Ibíd.*, p.335.

⁹² ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 171.

⁹³ *Op. cit.*, p. 159.

⁹⁴ *Op. cit.*, p.160.

moral el límite entre lo prohibido y lo permitido. La garantía del principio de legalidad consiste en poder establecer previamente a la realización del hecho qué se encuentra prohibido y qué no, para que todo individuo pueda determinarse conforme a las prescripciones legales para no ser sancionado; es decir, para que exista culpabilidad es necesario que el individuo pueda comprender su ilícito, pero para que exista algo ilícito debe ser establecido como tal primero en la ley.

Así pues, se ha avanzado mucho en la determinación de las conductas que constituyen crímenes en contra de la humanidad, pero al mismo tiempo se han dejado ventanas abiertas para la arbitrariedad. No se le puede pedir a un ser humano que comprenda la ilicitud de su hecho en el momento de su juicio, ni tampoco se le puede decir que debido a la fluidez de la retórica de la justicia y basándose en la argumentación lógica del fiscal es que será sentenciado. La idea es avanzar en el principio de determinación, que es lo que se está buscando con el proyecto de los elementos de los crímenes, para abandonar el carácter descriptivo que presentan los crímenes del Estatuto de Roma.

De igual forma, hay que mirar con cuidado las fuentes de derecho que puede usar la CPI, que además de los crímenes tipificados en el Estatuto se puedan utilizar principios, normas y tratados aplicables, debido a que esta aplicación ampliaría aún más los elementos típicos, así que pueden ser utilizados tanto para ampliar la competencia como para disminuirla. Las normas internacionales que tienen que ver con derechos humanos son tan amplias para su protección, que pueden ser utilizadas de forma peligrosa, de ahí que sea necesario acudir al pensamiento liberal para limitar el *ius puniendi* y preservar la efectividad de los derechos humanos tanto para las víctimas como para los procesados.

Esta prevención tiene que ver con el antecedente de Nüremberg, según el cual el postulado de *nullum crime sine lege* fue restringido en dos premisas:

La primera consistente en la limitación al error a través del concepto de Weizsacker y Von Leeb: “El que conociendo se ligó o implementó,

⁹⁵ GERRERO, Oscar Julián. *Justicia Penal y Paz Hacia el derecho penal Internacional*. AMBOS, Kai y GUERRERO, Oscar Julián (1999). *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (p. 56). Reimpresión 2003. Bogotá: Universidad el Externado de Colombsia.

ayudó, colaboró (...) no puede decir que no conocía que los actos en cuestión eran criminales. Medidas que tienen como resultado la muerte, el maltrato, la esclavitud son actos que repugnan a la conciencia de cualquier hombre decente. Ellos son criminales per se.”⁹⁵ Con este planteamiento se supone el conocimiento a partir de la connotación que se le da al acto.

Y la segunda premisa consistía en lo siguiente: “No obstante, el derecho no legislado podía convertirse en presupuesto de normas penales, siempre y cuando desde allí se desprendieran en forma determinada posibilidades de intervención penal en la esfera individual.”⁹⁶

Lo anterior se puede corroborar en el art. 32 del ER, donde se dice que el error en cuanto a la intencionalidad se excluye de los casos de genocidio y crímenes de lesa humanidad, puesto que se asume que desde el inicio de la ejecución de la conducta la persona tiene capacidad para entender la bajeza del acto que va a realizar, o en palabras del ER, cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.

De esta manera, se corrobora el hecho reseñado por el profesor Jaime Sandoval Fernández: “A nombre de la lucha contra el narcotráfico, el terrorismo, y ahora contra la corrupción (...), se montan regulaciones excepcionales y se rompen las garantías como límite a la intervención estatal.”⁹⁷ De acuerdo con la tesis planteada por el profesor en el artículo citado, al combatir la legitimidad de los tipos penales en blanco, estableció que en la elaboración de la Constitución de 1991 la garantía en materia penal de que el Congreso tenga la exclusiva producción legislativa en materia penal debe restringir en lo máximo formas de reenvío en las que la prohibición contenida dentro del tipo penal sea complementada a través de técnicas explícitas como los tipos en blanco⁹⁸

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 59.

⁹⁷ SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime. “Límites materiales de los tipos penales en blanco”, *op. cit.*, p., 84.

⁹⁸ Que permiten la complementación del injusto penal a través de una norma de menor jerarquía como un decreto, permitiendo la intromisión del ejecutivo en la materia penal.

⁹⁹ Que son conceptos valorativos, cuyo sentido y alcance en últimas es dado por la interpretación judicial. Esta es la técnica utilizada en el Estatuto de Roma.

¹⁰⁰ *Op. cit.* p. 70.

o mediante técnicas implícitas como los elementos normativos⁹⁹, pues de acuerdo con la finalidad del constituyente de excluir el autoritarismo que históricamente representaba en Colombia la intromisión del poder ejecutivo en los asuntos legislativos, “acudir a la representación popular no es sólo el apego al origen histórico del principio, sino la garantía política para restablecer el concepto de la división de poderes, destrozado en un largo período de autoritarismo desbordado.”¹⁰⁰ La labor que nos queda es, según el mismo autor, “Recobrar los valores centrales de la Democracia y la convivencia, las reglas de juego en la solución de conflictos, ...”¹⁰¹ para contribuir con un granito de arena en la construcción de democracia y el respeto por las pautas establecidas.

La gran problemática de buscar respuestas por el camino de la democracia se presenta cuando en la actualidad nos encontramos en un contexto de globalización. “La globalización es un proceso principalmente económico que ha ido imponiendo relaciones sistémicas en el mundo entero, al mismo tiempo que ha ido restándoles atribuciones políticas a los estados nacionales. En este contexto, resulta cada vez más problemático el principio (o el derecho) de la participación democrática en las decisiones políticas.”¹⁰² Es decir que a partir del proceso de globalización se pretende despojar del derecho a participar de los pueblos y defender sus derechos fundamentales, puesto que en el mundo se gestan otro tipo de interpretaciones que no tienen en cuenta los intereses de países mal llamados en desarrollo.

Las normas internacionales incorporadas a un ordenamiento jurídico interno mediante una ley aprobatoria y que modifican en gran parte el mundo jurídico, como dice el profesor Agustín Ruiz Robledo¹⁰³, no son normas elaboradas por los órganos legislativos, sino por los representantes de los gobiernos reunidos en una conferencia internacional de la cual surge el texto del tratado, lo cual conduciría a una situación extrema de “déficit democrático”, que aprueba en el caso del Estatuto de Roma por la finalidad de combatir la impunidad, contribuir a la seguridad jurídica y garantizar los derechos a las víctimas, pero que en el caso de la Comunidad Europea observa la necesidad de crear una Constitución para la Comunidad, para legitimar la estructura del Parlamento Europeo.

⁹⁹ *Op. cit.*, p. 84.

¹⁰⁰ GIUSTI, Miguel, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰³ RUIZ ROBLEDO, Agustín (2003). *El derecho fundamental a la legalidad punitiva* (pp. 130-134). Valencia: Tiranta lo Blanch.

En este orden de ideas, es contrario a los planteamientos de un Estado Social y Democrático de Derecho vulnerar garantías (como el principio de legalidad) constitucionales reforzadas por tratados internacionales que tratan sobre derechos humanos, a fin de prevenir la realización de crímenes internacionales. Por ello es necesario que el Estado colombiano a partir de su poder soberano derivado de su Constitución determine a través de la Ley los crímenes internacionales, así como se hizo con el capítulo referente a la protección de los Derechos y Bienes protegidos por el DIH, pues dado el principio de complementariedad contemplado en los artículos 17 y 20 del Estatuto de Roma, mientras no se promueva la impunidad respecto de los crímenes de competencia de la CPI, no le está vedado al Estado parte del tratado seguir ejerciendo su soberanía en relación con el aparato punitivo, esto es, la facultad de configuración de tipos penales que respeten el principio de legalidad.

5. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN LA CPI

El principio de culpabilidad se encuentra consagrado en la Constitución Nacional en el artículo 29: “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.” De conformidad con lo anterior, y como lo establece el Código penal de 2000 en su artículo 9: “La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”; por tanto, tampoco es posible una mera comprobación objetiva en que una acción y su resultado conseguido por un sujeto se encuentren previamente tipificados como delitos en la Ley Penal, sino que además debe existir culpabilidad del individuo que realizó la acción.

Igualmente, la Convención Americana de Derechos Humanos se pronuncia en el mismo sentido en su artículo 8.2, que trata sobre las garantías judiciales –que hacen parte de la cláusula de salvaguarda de que habla el artículo 27, sobre garantías no susceptibles de suspensión ni siquiera en estados de excepción– y establece igualmente el principio de culpabilidad: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”

En el Código Penal en su artículo 12 se establece: “Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradi-

¹⁰⁴ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal*, op. cit. p. 56.

cada toda forma de responsabilidad objetiva.” Sin embargo, aquí viene una aclaración que la doctrina nacional, entre ellos el profesor Fernando Velásquez¹⁰⁴, ha hecho respecto a que en el Código Penal de 2000, el artículo 12 habla más del principio de culpabilidad como prohibición de la responsabilidad objetiva y no del principio de culpabilidad como categoría dogmática, que tiene mayores implicaciones según la concepción de culpabilidad que se adopte.

El concepto de culpabilidad tiene varias acepciones que varían de acuerdo con la corriente dogmática que se acoja, sin embargo, para el objetivo de este trabajo el referente de la culpabilidad contiene lo siguiente: 1) La culpabilidad como principio, que excluye la responsabilidad objetiva: la irresponsabilidad por el caso fortuito y la fuerza mayor¹⁰⁵, y la responsabilidad individual. 2) La culpabilidad como garantía de proporcionalidad entre la pena y el daño realizado: principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad¹⁰⁶. 3) La culpabilidad como graduación del tratamiento punitivo respecto de modalidad de la conducta: dolo, culpa, preterintención.¹⁰⁷ 4) Culpabilidad como categoría dogmática: juicio de reproche sobre el autor¹⁰⁸, que contiene la imputabilidad, la conciencia de antijuridicidad y el juicio de exigibilidad.¹⁰⁹

De acuerdo con esta concepción de culpabilidad, en el Estatuto de Roma existen varias consagraciones que presentan una tensión con la

¹⁰⁵ Entendidos el Caso Fortuito y la Fuerza Mayor como situaciones en las que hay ausencia absoluta de una conducta humana consciente, de donde se deduce la ausencia de responsabilidad por la proscripción de la responsabilidad objetiva, que castiga el mero nexo causal sin importar la existencia o no de la existencia de la culpabilidad del individuo. Al respecto, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho Penal*, op. cit., p. 55. También PÉREZ MANZANO, Mercedes (1986). *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena* (p. 56). Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid. SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime (2005). “Causales de ausencia de Responsabilidad Penal. En *Dogmática y Criminología. Libro Homenaje a Alfoso Reyes Echandía* (p. 541-566). Bogotá: Legis.

¹⁰⁶ Op. cit., p. 56.

¹⁰⁷ Op. cit., p. 55.

¹⁰⁸ Entendiendo el juicio de reproche sobre el individuo no como un reproche moral, sino el análisis de circunstancias concomitantes al hecho que disminuyen la capacidad de comprensión del autor, o la capacidad para adecuarse al comportamiento exigido por las Leyes penales.

¹⁰⁹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, op. cit., p. 397-398.

garantía que representa el principio de culpabilidad como son los artículos 15, 28 y 30 del Estatuto de Roma.¹¹⁰

¹¹⁰ **Artículo 25.**

Responsabilidad penal individual

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común.

La contribución deberá ser intencional y se hará:

- i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
- ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

Artículo 28

Responsabilidad de los jefes y otros superiores

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Artículo 30

Elemento de intencionalidad

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

- a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

De esta manera, los artículos anteriormente citados contienen una serie de expresiones que considero problemáticas, como: *conocimiento, a sabiendas y con conocimiento, en relación con la falta de acción para la prevención de la comisión o tentativa de comisión de los crímenes de competencia de la CPI, y que se han podido prever*". Estas expresiones crean una serie de problemas en relación con el principio de culpabilidad, pues, como se dijo anteriormente, la aplicación de estos criterios puede variar de acuerdo con la corriente dogmática adoptada. Además, las expresiones reseñadas son tan amplias que los criterios de aplicación pueden variar de acuerdo con la importancia del caso y el impacto social de la conducta, lo cual entonces quedaría a merced de la necesidad de prevención, que no en pocas ocasiones ignora la garantía de la culpabilidad como categoría dogmática¹¹¹. En el mismo sentido, un planteamiento que exponga una responsabilidad basado en la finalidad de prevención tiende a desconocer el principio de responsabilidad individual –y, en consecuencia, el principio de culpabilidad–, en tanto que descontextualiza al individuo de su entorno social, para crear un modelo ideal estándar de hombre, como dice el profesor Juan Bustos¹¹², olvidando las particularidades y condiciones especiales en las que habita, para aplicarle una pena que sirva de prevención con crímenes similares en el futuro, lo cual, sin duda, va en desacorde de la responsabilidad individual.

En relación con lo anterior mostraremos varios puntos de choque en relación con la teoría de la culpabilidad.

El primer problema se presenta con la confrontación de dos sistemas jurídicos diversos: el *Civil Law* y el *common Law*. Al respecto Schunemann hace la siguiente explicación para el sistema del *Civil Law* en términos generales, la culpabilidad como categoría dogmática del delito representa el principio de que "el hecho debe ser reprochable al autor individual,

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por "conocimiento" se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras "a sabiendas" y "con conocimiento" se entenderán en el mismo sentido.

¹¹¹ Al respecto SOTOMAYOR, Juan Oberto (1996). *Inimputabilidad y sistema Penal* (p. 152-154). Bogotá: Temis, y GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1990). "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?". En *Estudios de Derecho Penal* (p. 151). Bogotá: Tecnos.

¹¹² Ver BUSTOS RAMIREZ, Juan, *op. cit.*, pp. 533-535.

por el que podemos calificar como justa la imposición del mal de la pena frente al autor culpable por razones preventivo-generales para la protección del bien jurídico. Por el contrario, en el pensamiento jurídico angloamericano el principio de culpabilidad nunca ha poseído un papel tan fundamental, como lo demuestra la figura jurídica de la *strict liability* y numerosas reglas de prueba que le adjudican al inculpado la carga de la prueba y de ese modo acaban en una presunción de culpabilidad, que sería desde un principio inadmisibles en un derecho penal fundado estrictamente en el principio de culpabilidad.”¹¹³ A pesar de las grandes diferencias que se presentan entre los dos sistemas respecto del principio de culpabilidad, en el Estatuto de Roma de la CPI, la confluencia de los dos sistemas ha determinado ciertas figuras jurídicas que obedecen al *Common Law* y que vulneran el principio de culpabilidad elaborado por la dogmática continental, y así lo resalta el profesor Schunemann:

Como prueba de ello elijo tres ejemplos del Estatuto de Roma de creación de una Corte Penal Internacional. Conforme a la regulación del estado de necesidad en la letra d del aparte 1 del artículo 31, se hace depender el efecto excluyente de la culpabilidad de las coacciones provocadas mediante amenaza inminente, de una ponderación de bienes en la persona del autor. Con esto son mezclados el estado de necesidad justificante y el disculpante en una forma desafortunada y superada en la ciencia penal alemana desde hace 70 años. Por otra parte, en el ámbito de la teoría del error, el artículo 32 del Estatuto de Roma utiliza la distinción anticuada entre error de hecho y de derecho y declara al error de derecho sólo relevante en tanto excluya el dolo regulado en el artículo 30. Esto significa que el error inevitable de Derecho no es reconocido como causa de exclusión de la culpabilidad, lesionándose así el principio de culpabilidad y quedando esto incluso a la zaga de la sección 2.04 del Código Penal Modelo norteamericano. Finalmente conforme al artículo 28 del Estatuto de Roma, los superiores que de modo imprudente no impidieran un delito doloso de sus subordinados serán penados por delito doloso, lo cual igualmente constituye una clara lesión del principio de culpabilidad.¹¹⁴

Lo anterior es prueba de que no todo lo establecido en el Estatuto de Roma se encuentra acorde con la tradición jurídica de la cual nosotros hacemos parte, y que por este motivo, existen garantías mejor desa-

¹¹³ SCHUNEMANN, Bernd. *La significación del principio penal de culpabilidad en la época de la globalización*, p. 217.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 217-218.

rrolladas¹¹⁵ en nuestros sistemas, como ocurre con el principio de culpabilidad. Este principio, según nuestra tradición jurídica, toma una connotación y significado específico en las consagraciones contenidas en nuestra Carta Política y en la Convención Americana de Derechos Humanos y se enriquece de los postulados desarrollados por la ciencia penal. Por esta razón se ha desconocido el principio de culpabilidad cuando en el Estatuto de Roma se han incluido figuras jurídicas que contravienen nuestra concepción jurídica del mismo. La pregunta aquí sería: ¿Vale la pena aceptar un trato diferente en la materia regulada en el Estatuto de Roma, de acuerdo con el artículo 93 de la Carta Política, en detrimento del principio de culpabilidad que se erige como garantía judicial no susceptible de suspensión de acuerdo con la Convención Americana de Derechos Humanos?

El segundo problema se presenta con el choque de concepciones deterministas y las que aceptan el libre albedrío. Para Luigi Ferrajolli¹¹⁶, los modelos deterministas vulneran la garantía que implica la culpabilidad. Los modelos deterministas parten del hecho de que el criminal al realizar un delito tuvo un impulso insuperable, de manera que no tuvo otra opción; según dichos modelos, todo fenómeno (el delito por ejemplo) es efecto necesario de causas absolutamente condicionantes. En cambio, las concepciones que aceptan el libre albedrío conciben la voluntad humana como libre e incondicionada, y parten de la idea que todos los seres humanos tienen la facultad de autodeterminar su comportamiento¹¹⁷. Una gran diferencia entre las dos concepciones es que el libre albedrío parte de una teoría normativa de la culpabilidad que acepta el principio de la ignorancia de la ley si excusa¹¹⁸, mientras que las deterministas casi siempre se fundamentan en una teoría psicológica para la cual la ignorancia de ley no es excusa. Para Ferrajolli, la presunción de

¹¹⁵ Al respecto SCHUNEMANN dijo: "Ahora bien, aunque el derecho penal anglo-americano, justamente por su desarrollo insuficiente del principio de culpabilidad, se muestra atrasado desde la perspectiva de la ciencia penal continental europea, y aunque los países que pertenecen al círculo jurídico del common Law son internacionalmente una pequeña minoría, justamente esa minoría ha determinado decisivamente los contenidos del Derecho penal global, lo que se muestra entre otras cosas en numerosas limitaciones al principio de culpabilidad." Ver SCHUNEMANN, Bernd, *op. cit.*, p. 217.

¹¹⁶ FERRAJOLLI, Luigi. *Derecho y Razón*, *op. cit.*, p. 492- 499.

¹¹⁷ Ver *Ibid.*, p. 492-493.

¹¹⁸ Ver *op. cit.*, p. 495.

conocimiento de la ley es explicable sólo de dos maneras antiliberales: “o como forma de responsabilidad objetiva en obsequio a la certeza del derecho o como resultado de la confusión entre derecho y moral y, por ello, de la idea de que el delito es, también, pecado, de modo que la ignorancia de la ley penal equivale a ignorancia de ley moral, esto es, a a-moralidad o a in-moralidad, en todo caso inexcusables.”¹¹⁹

Ferrajolli menciona dos modelos deterministas de los cuales hay que tener mucho cuidado: a) El modelo objetivo puro, en el que el daño prevalece sobre el resto de circunstancias subjetivas, propiciando una ventana abierta para la responsabilidad objetiva, toda vez que el elemento psíquico se concibe como indemostrable. En esta teoría, “la conciencia y voluntad de antijuridicidad son condición no ya sólo necesaria sino suficiente de la culpabilidad”¹²⁰, constituyéndose en culpable quien le sea infiel a la norma, o sea considerado como desviado por su modo de ser antijurídico.¹²¹ Un ejemplo de este modelo fue el ruso durante la época de Stalin. b) El modelo subjetivo puro o el derecho penal de autor, en el cual prevalece la peligrosidad del sujeto, y la acción es sólo relevante en “cuanto expresión de las intenciones y de la personalidad del autor.”¹²² Aquí la responsabilidad se da por culpa por la conducción de vida de esta forma, la maldad interna del reo es sólo descubierta por la intuición del juez, a lo largo del juicio. Un ejemplo de este sistema fue el régimen nazi.¹²³

En su defecto, el modelo de culpabilidad basada en el libre albedrío hace una mezcla entre subjetivismo y objetivismo, en el cual se realice una valoración normativa de ambos aspectos respecto de la acción, de forma que se acepte que una persona “tiene la posibilidad, y por ello el deber, de actuar de modo distinto a como actúa, pero no de ser distinta de como es.”¹²⁴ De acuerdo con esto, serían inadmisibles conceptos como la capacidad criminal, la reincidencia, la tendencia a delinquir, la inmoralidad o la deslealtad. Pero incluso la teoría del libre albedrío rechaza las elucubraciones que se hacen en el campo de la omisión

¹¹⁹ *Op. cit.*, p. 495.

¹²⁰ *Op. cit.*, p. 495.

¹²¹ *Ver op. cit.*, p. 496.

¹²² *Op. cit.*, p. 493.

¹²³ *Ver op., cit.* p. 496.

¹²⁴ *Op. cit.*, p. 499.

impropia. Según Ferrajoli, “Ni la posibilidad ni la imposibilidad de la omisión son, sin embargo, predicables por razones filosóficas abstractas, como pretenden respectivamente las dos metafísicas opuestas del libre albedrío y del determinismo, sino solo conforme a los elementos y circunstancias empíricas constatables previa prueba”¹²⁵. Y respecto de las prohibiciones que impone el principio de culpabilidad en la materia dice: “a) que lo prohibido por éstas sea la comisión o la omisión de una acción, y no un status o una condición de vida del sujeto; y b) que, ex ante, sean posible la comisión o la omisión de la acción cuya comisión u omisión se prohíben.”¹²⁶ Estos dos últimos postulados son precisamente límites al derecho penal derivados del principio de culpabilidad, que son aplicables a la noción de responsabilidad de los comandantes y otros superiores de que habla el artículo 28 del Estatuto de Roma. En cuanto al primer límite, debe quedar claro que la responsabilidad de los comandantes y de otros superiores deviene de sus acciones o de sus omisiones culpables, pero no en virtud de ocupar un determinado cargo. Y en cuanto al segundo, el requisito de posibilidad de acción tiene que ver con la proscripción de la responsabilidad objetiva, pues el ordenamiento jurídico no puede establecer obligaciones imposibles de cumplir.

En su defecto, Gunther Jackobs plantea una noción diferente del principio de culpabilidad, fundamentado precisamente en la intolerabilidad a la infidelidad de la norma. Para este autor, la reprochabilidad no es sino “una vaga referencia a la necesidad de reaccionar contra la infracción de la norma.”¹²⁷ Y considera que “el concepto de culpabilidad “(...) ha de configurarse funcionalmente, es decir, como concepto que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena), para una sociedad de estructura determinada. El fin de la pena es, según la concepción aquí desarrollada, de tipo preventivo-general; se trata de mantener el reconocimiento general de la norma (no de intimidación o escarmiento).”¹²⁸ De acuerdo con esta concepción de culpabilidad, el concepto de exigibilidad también se adapta a las necesidades pre-

¹²⁵ *Op. cit.*, p. 500.

¹²⁶ *Op. cit.*, p. 498

¹²⁷ JACKOBS, Gunther (1995). *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (p. 584). Madrid: Marcial Pons - Ediciones jurídicas.

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 584.

ventivo-generales; de acuerdo con ello, toma fuerza la teoría de los roles para determinar las obligaciones y las expectativas de la sociedad frente al individuo. Y el profesor Jackobs justifica el cambio de fundamento así: “si nos limitamos al aseguramiento del orden social, en la culpabilidad ya no se trata de si el autor tiene realmente, y no sólo desde una determinación normativa, una alternativa de comportamiento realizable individualmente, sino de si hay, para la imputación al autor, una alternativa de organización que sea preferible en general. Si falta una alternativa de organización, se le asigna al autor una alternativa de comportamiento y se le reprocha que no la haya utilizado.”¹²⁹

De esta forma, la exigibilidad deja de tener como fundamento el libre albedrío, y la libertad que se valora en la culpabilidad según la teoría normativista de Jackobs se hace buscando obstáculos jurídicamente relevantes para los actos de organización (roles¹³⁰) de un individuo, lo cual se hace teniendo en cuenta el criterio de la persona media y el fundamento jurídico de la prohibición contenida en la norma, para asignar modelos de organización. Y se arguye: “Los defectos en la socialización sólo puede exonerar de responsabilidad al autor cuando están disponibles mejores condiciones de socialización o la socialización del autor está definida como de desertor en el sistema disponible. De otro modo, definir la vida (vita) del autor como fallo pondría en tela de juicio todo el orden. La disminución de la culpabilidad desautorizaría a la propia instancia que la disminuye; el sistema sería en sí contradictorio. Así pues, en la culpabilidad se trata de la distribución de la responsabilidad entre (sub-) sistemas; cada juicio de culpabilidad establece de nuevo la aportación que los (sub-) sistemas deben realizar para mantener el orden.”¹³¹

¹²⁹ *Op. cit.*, p. 585.

¹³⁰ El énfasis hacia el estudio material de las posiciones de garante es una tarea del siglo XX, que tuvo su máximo exponente en la llamada teoría de las funciones: es la posición que ocupe el sujeto en la sociedad, independientemente del reconocimiento expreso del deber de actuar en una ley, lo que fundamenta la obligación de evitar determinados resultados.

(...)

Actualmente, **el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia**: sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹³¹ *Op. cit.*, p. 588.

Sin embargo, esta normativización de la categoría dogmática de la culpabilidad causa mucha desazón. El profesor Fernando Velásquez, por ejemplo, considera que con la teoría normativa de Jakobs “se posibilita la ingerencia del Derecho Penal en la conciencia moral de los ciudadanos, lo que es intolerable desde una perspectiva de un Estado de Derecho Social y Democrático, máxime que dentro del concepto de prevención general positiva acuñado se acude a la idea del “ejercicio en la fidelidad al derecho”, que es tomada de las construcciones del Derecho Penal de la época del Nacionalsocialismo. Esta última idea es la base del concepto de culpabilidad que se postula al cual se le tilda de social, pues no se es “culpable” cuando el sistema lo trata a uno como tal y lo hace así cuando no tiene alternativa.”¹³² Y en su argumento cita a Zaffaroni y sus discípulos cuando advierten sobre el normativismo que “presupone la ficción de absoluta racionalidad del estado real, pues de lo contrario sería aberrante, dado que cualquier atrocidad sería legítima si fuese funcional al sistema.”¹³³

Para Schunemann, el concepto de culpabilidad que expone la concepción normativa, en el cual se “deja conscientemente de lado la cuestión del poder-ocurrir-de -otra-manera individual y reduce el juicio de culpabilidad a la comprobación de que el autor puede “responder normativamente”, es decir, que es motivable por las normas del modo habitual y que un hombre medio en su situación no habría cometido el hecho”¹³⁴, no es para nada satisfactorio, pues según él, “el derecho penal encuentra la libertad de voluntad como una parte previamente dada de la realidad social constituida por el lenguaje, y no sólo puede conectarse con ella, sino que sería incapaz de ignorar esta construcción de la realidad social. Esta libertad de voluntad no es una mera ficción, sino que debe ser señalada como una parte de la realidad social tan real como ésta, y, desde el punto de vista ontológico, como producto de la evolución, es decir, del desarrollo de la conciencia humana.”¹³⁵

El tercer punto está relacionado con la graduación de la modalidad de la conducta en el Estatuto de Roma, es decir, el dolo y la culpa. Hay

¹³² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, El funcionalismo Jakobsiano: una perspectiva latinoamericana, *op. cit.*, p. 207.

¹³³ *Op. cit.*, p. 209.

¹³⁴ SCHUNEMANN, Bernd, *op. cit.*, p. 220.

¹³⁵ *Op. cit.*, p. 221.

una problemática presente en el artículo 28 del Estatuto de Roma y el resto de artículos citados, y que fue mencionado con anterioridad, y que trata sobre la confusión que puede darse entre el dolo y la culpa en la responsabilidad de los comandantes y otros jefes¹³⁶.

El fallo de la Corte Constitucional sobre el caso Mapiripán¹³⁷, del cual fue ponente el doctor Eduardo Montealegre, utilizó la teoría normativa de los roles para fundamentar la responsabilidad de los comandantes del Ejército colombiano en la comisión por omisión en una masacre realizada por los grupos armados al margen de la ley. En la mencionada sentencia se estableció lo siguiente:

Los peligros para los bienes jurídicos pueden surgir no sólo por la tenencia de objetos (una lámpara de gas, una teja deteriorada), armas (pistola, dinamita), animales (un perro desafiante), sino también de personas que se encuentran bajo nuestra inmediata subordinación. En efecto, en las relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando, tiene el deber de tomar medidas especiales (deberes de seguridad en el tráfico) para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales. Vg. Si el superior no evita –pudiendo hacerlo– que un soldado que se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito de lesa humanidad, por ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional.¹³⁸

Esta posición de la Corte Constitucional tomó como fundamento un precedente internacional en el caso Yamashita, en el cual un oficial del ejército japonés fue condenado por “haber fracasado en el efectivo control de sus tropas como lo requerían las circunstancias”.¹³⁹ Este precedente internacional ha permitido argumentar, como lo hizo la Corte

¹³⁶ Al Respecto: AMBOS, Kai (2001). *Temas del derecho penal internacional*, p. 117-209. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; AMBOS, Kai (2004). *El nuevo Derecho Penal Internacional* (p. 313-442). Perú: Ara Editores; AMBOS, Kai (2005). *La parte general del derecho penal internacional*, (p. 295-334). Kontsf srnsurt, oficina en Uruguay.

¹³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, *op. cit.*

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ *United Status v. Yamashita*, (1947) 4 Lrtwc (United Status Military Cmmission), p. 35. Citado por SCHABAS, William A., *Principios generales de derecho penal*. AMBOS, Kai y GUERRERO, Oscar Julián, *op. cit.*, p. 299.

Constitucional, sobre la obligación que tiene un miembro de la fuerza pública que ostenta autoridad o mando de “adoptar medidas especiales para evitar que las personas que se encuentren bajo su efectivo control o su subordinación, realicen conductas violatorias de los derechos humanos”.¹⁴⁰

Respecto de la responsabilidad penal internacional de los comandantes y otros jefes, el profesor William A. Echabas dijo lo siguiente:

En esencia, la responsabilidad por comando establece responsabilidad criminal por negligencia.¹⁴¹ Es del todo apropiado que un comandante militar, y tal vez aun un oficial civil, sea considerado responsable por negligencia en la ejecución de sus deberes, y castigado con arreglo a las leyes criminales disciplinarias en vigencia bajo la legislación doméstica. Es bastantes más dudoso, sin embargo, si el comportamiento negligente por dejar de ejercer la responsabilidad de mando puede reconciliarse con un delito que requiera el nivel más alto de intención. Como es obvio, es imposible cometer un crimen doloso por negligencia. Desde un punto de vista político, es también harto cuestionable si la justicia internacional debería preocuparse del comportamiento negligente. Sin embargo, en la actualidad el concepto está bien aceptado.

En realidad, la responsabilidad de mando facilita la persecución de un comandante cuando sus subordinados han cometido efectivamente crímenes y cuando es imposible establecer que ello obedeció a órdenes dadas por el comandante.”¹⁴²

De esta forma, el autor citado acepta que existe un peligro para la garantía establecida en el principio de culpabilidad como la graduación del tratamiento punitivo de acuerdo con la modalidad de la conducta, pues advierte que evidentemente la responsabilidad que se pretende endilgar a título de dolo es en su esencia una responsabilidad por negligencia¹⁴³, y sin embargo, considera a la figura útil desde el punto

¹⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, *op. cit.*

¹⁴¹ WIS, Edward M., citado por SCHABAS, William A., *op. cit.*, p. 298.

¹⁴² SCHABAS, William A., *op. cit.*, p. 298.

¹⁴³ Según el profesor Kai Ambos, la institución de la Responsabilidad del superior es proveniente de la tradición del *Common Law*, de un criterio que se explica con la siguiente frase: “Meter al cabeza debajo del ala”. Este criterio igualmente se presenta como “ciego voluntario”; de acuerdo con éste se plantea “una excepción en el requisito

de vista preventivo e instrumental¹⁴⁴, sin considerar la trasgresión a la garantía derivada del principio de culpabilidad. Esta situación es sin duda una presunción de dolo, que como lo dijo Ferrajolli, ataca al individuo no por el acto reprochable que realizó, sino por el estatus o cargo que desempeña. Sin duda, la distorsión de los elementos del dolo como el conocimiento y la voluntad, a la omisión de un deber objetivo de cuidado (culpa), debe ser inaceptable, visto esto desde el principio de culpabilidad con una valoración responsable de la intención dañosa y la desproporción en la reacción penal.

La responsabilidad penal de los comandantes determinada por medio de la teoría normativa implica una intromisión en la libertad del individuo asignándole roles muchas veces establecidos *ex post*. De igual manera, la realidad normativa planteada por los roles no puede prevalecer sobre la realidad material, pues estaríamos en presencia de una realidad inventada por el derecho de espaldas a la realidad material y al contexto social influyente. Un derecho penal de espaldas a la realidad es un derecho irracional y extraterrestre.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, considero que la responsabilidad de los comandantes y otros jefes debe ser determinada al interior del juicio, comprobándose plenamente la realización dolosa de la conducta, tomando en cuenta la intención dañosa y la posibilidad

del conocimiento positivo al considerarse que concurre este último –en relación con un hecho particular– “cuando una persona es conciente de la alta probabilidad de su existencia a menos que crea que no existe. El conocimiento no se presume aunque implique el resultado de la conducta defensiva. El ciego voluntario y, por tanto, el nuevo criterio del artículo 28 (2) (a) se encuentra entre el conocimiento y la imprudencia. En otras palabras, se está ante una exigencia mayor que la negligencia. De este modo, el Estatuto de Roma cambia la ley de responsabilidad del mando en relación con los superiores civiles y hace más difícil la acusación por no ejercer adecuadamente el control. AMBOS, Kai, *El nuevo derecho penal internacional*, *op. cit.*, pp. 292-293.

¹⁴⁴ Igualmente, expone el profesor Gerhard Werle: “La necesidad de esta ampliación de la responsabilidad penal de los superiores se fundamenta en la estructura marcadamente jerárquica de la organización que por lo general determina el escenario de los crímenes de derecho internacional. A través de este escenario, por una parte, se dificulta la prueba de la implicación directa en el hecho, aunque el grado de responsabilidad es, por lo general, indirectamente proporcional a la cercanía con la ejecución del hecho. La figura de la responsabilidad del superior funciona aquí en cierto modo como último recurso cuando fracasa la prueba de la responsabilidad directa del superior.” WERLE, Gerhard, *op. cit.*, p. 225.

“efectiva” –no la mera posibilidad que devendría a negligencia– de conocer la situación y la posibilidad *ex ante* de poder evitar la realización de los crímenes contemplados en la CPI. Pues si se rebaja la exigencia a sólo la posibilidad por negligencia, se aumentan las posibilidades de encubrimiento y de inacción de un comandante o jefe al tratar de ocultar su responsabilidad, no tomando las medidas necesarias para esclarecer la verdad y, en consecuencia, de no sancionar a los culpables. Y en todo caso, se estaría sacrificando una garantía fundamental del individuo derivada del principio de culpabilidad, que como se puede concluir, es un límite al poder punitivo del Estado y es una garantía que promulga el respeto por la conciencia individual no susceptible de intromisiones, ni siquiera desde el punto de vista democrático, como lo dice el profesor Luigi Ferrajolli en otras palabras, hay asuntos que son disponibles y decidibles a través de la democracia, pero los derechos fundamentales se encuentran por fuera de toda intromisión democrática porque son indisponibles, universales e inalienables, lo cual se configura como una garantía desde el punto de vista de la democracia política, que como lo menciona el mismo profesor Ferrajolli, genera “vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer”¹⁴⁵. El principio de culpabilidad, como se dijo, hace parte de los derechos fundamentales en la materia penal, no susceptible de suspensión ni siquiera en estados de excepción.

De esta manera, la definición de esta garantía debe limitar la interpretación y la aplicación del artículo 28 del Estatuto de Roma, toda vez que resulta inaceptable la punición de una conducta negligente, como si fuera una conducta intencional^[RD].

¹⁴⁵ Y continúa diciendo: “ni siquiera unanimidad puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado de la política, forman la esfera de lo indecible que y de lo indecible que no; y actúan como factores no solo de legitimación, sino también, y sobre todo, cómo factores de deslegitimación de las decisiones de las no decisiones.” FERRAJOLLI, Luigi, *Derecho como sistema de garantías*, *op. cit.*, pp. 66-67.

Referencias

- AGUDELOBETANCUR, Nódier (2002). *Jornadas Internacionales de derecho penal*. Bogotá: Universidad el Externado de Colombia.
- AMBOS, Kai (2004). *El nuevo derecho penal internacional*. Lima: Ara Editores.
- AMBOS, Kai (1997). *Impunidad y derecho penal internacional*. Konrad Ad naver stiftung.
- AMBOS, Kai (2001). *Temas del derecho penal internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- AMBOS, Kai (2005). *La parte general del derecho penal internacional*. Kontsf sfrnsurt, oficina en Uruguay.
- AMBOS, Kai (2005). *Estudios de derecho penal internacional*. Bogotá: Leyer.
- ALEXY, Robert (2000). *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Edisa.
- APONTE CARDONA, Alejandro David (2005). *Derecho Penal del Enemigo, Entre la Paz y la Guerra. Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana*. Libro homenaje al Doctor Hernando Londoño Jiménez. Bogotá: Temis.
- BARATTA, Alessandro (2004). *Política Criminal entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos*. En *Criminología y sistema penal: Compilación in memoriam /Alessandro Baratta*. Buenos Aires: B de F.
- BARATTA, Alessandro (2004). *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: Editorial IB de F.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1987). *Control Social y Sistema Penal*. Barcelona: Promoción Publicaciones Universitarias.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomás S. (1999). *Derecho penal parte general*, 5ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578-02. Magistrado ponente José Cepeda Espinosa.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-127-93. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 1184 de 2001. Magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. INFORME N° 1/99. CASO 10.480. 27 de enero de 1999. Lucio Parada Cea, Héctor Joaquín Miranda Marroquín, Fausto García Funes, y otros, contra el Estado de El Salvador.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1998.
- DÍEZ RIPOLLES, José Luis. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*. Congreso Internacional Facultada de Derecho de la UNED, Madrid, 6-10 de noviembre de 2000. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, pp. 107-130.
- ESTRADA ÁLVAREZ, Jairo (2002). *Plan Colombia y la intensificación de la guerra aspectos globales y locales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (2004). *Derecho Penal Fundamental I*, 3ª edición. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- FERRAJOLLI, Luigi (2001). *Derecho y Razón. Teoría*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLLI, Luigi (1999). El derecho como sistema de garantías. *Revista Nuevo Foro Penal*, N° 60. Temis - Centro de Estudios Penales - Universidad de Antioquia. Santa Fe de Bogotá.
- GAVIRIA LIÉVANO, Enrique (1998). *Derecho internacional público*. 5ª edición. Bogotá: Temis.
- GIL GIL, Alicia (1999). *Derecho penal Internacional*. Madrid: Tecnos.
- GILBERT SJ, Paul (2004, 16 de octubre). Justicia e indulto. *El Tiempo*, Lecturas Fin de Semana.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1990) “¿Tiene un futuro la dogmática jurídica-copenal?”. En *Estudios de Derecho Penal*. Tecnos.
- GIUSTI, Miguel. Derechos Humanos en un contexto intercultural. <http://www.campus-oei.org/valores/giusti2.htm>
- GONZALEZ AMADO, Iván (2005). *Criminología y política criminal oficiales en la Colombia actual. Dogmática y criminología. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*. Bogotá: Legis.
- JACKOBS, Gunther; MELIA, Cancio (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas.
- JACKOBS, Gunther (1995). *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons - Ediciones jurídicas.
- GERRERO, Oscar Julián (1999). *Justicia Penal y Paz Hacia el derecho penal Internacional*. AMBOS, Kai y GUERRERO, Oscar Julián, *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Reimpresión 2003. Bogotá: Universidad el Externado de Colombia.
- MONTERO, Abel (2003, 23 de marzo). Estados Unidos contra el Mundo. <http://www.fmmeduccion.com.ar/Historia/Irak2003/irakeeucontra-montero.htm>
- PÉREZ MANZANO, Mercedes (1986). *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. ONU CONDENA A FARC POR DESPLAZAMIENTO DE INDÍGENAS EMBERA KATÍOS <http://www.presidencia.gov.co/cne/octubre/18/01102002.htm>
- RAMELLI ARTEAGA, Alejandro, “El sistema de fuentes del derecho internacional público y el Bloque de constitucionalidad” Infojus Publicaciones Cuestiones Constitucionales. Contenido N° 11. www.Juridicas.unam.mx/publica/rev/const./cont/11/ard/ard5.htm
- RAMELLI ARTEAGA, Alejandro (2003). La función de la pena en el estatuto de roma de la Corte Penal Internacional. *XXV Jornadas Internacionales de derecho penal: homenaje a Fernando Hinestrosa*. Bogotá: Universidad. Externado de Colombia.

- RUIZ ROBLEDO, Agustín (2003). *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*. Valencia: Tiranta lo Blanc.
- SASSÖLI, Marco, OLSON, Laura M LL.M. *New horizons for international humanitarian and criminal law?* Received for publication: January 2000. www.icrc.org.
- ROXIN, Claus (2001). *Derecho penal Parte general*, tomo I, 2ª edición. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas.
- SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime (1999). "Límites materiales de los tipos penales en blanco: Visión garantista. Revista *Nuevo Foro Penal*. Temis. Medellín: Centro de Estudios Penales de Antioquia.
- SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime (2005). "Causales de ausencia de Responsabilidad Penal. *Dogmática y Criminología: Libro Homenaje a Alfoso Reyes Echandía*. Bogotá: Legis.
- SCHABAS, William A. (1999). *Principios generales de derecho penal*. AMBOS, Kai y GUERRERO, Oscar Julián, *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Reimpresión 2003. Bogotá: Universidad el Externado de Colombia.
- SCHUNEMANN, Bernd. *La significación del principio penal de culpabilidad en la época de la globalización*.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto (2001). *El debido proceso penal*. 2ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín (2003). *El derecho penal del Estado Constitucional de Derecho. Comentarios a los códigos Penal y Procedimiento Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (2002). *Manual de derecho penal*. Bogotá: Temis.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana. *Revista de derecho penal y criminología*, N° 15.
- WERLE, Gerhard (2005). *Tratado de derecho penal internacional*. Valencia: Tiranta lo Blanc.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR Alejandro; ALIAGA, Alejandro (2005). *Manual de derecho penal*. Parte general. Buenos Aires: Ediar.

Artículos de revistas

- "Colombia: indígenas en peligro". El Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados (ACNUR) expresó su preocupación sobre el futuro de las tribus indígenas en Colombia debido al conflicto armado que se desarrolla en ese país. http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_4877000/4877946.stm Martes, 4 de abril de 2006 - 22:57 GMT
- Colombia: tribu desplazada por FARC, por BBC MUNDO, *Saturday, Apr. 01, 2006 at 9:37 AM* news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_4864000/4864050.stm
- Entrevista realizada al profesor Fernando Hinestrosa, realizada por Enrique Posada Cano, publicada en Lecturas Fin de Semana, el diario *El Tiempo*, sábado 18 de marzo de 2006.
- MOLANO, Alfredo (2001). Portada del libro *Desterrados*. Bogotá: El Ancora.