

Colombia

A. Introducción

I. *La particularidad del caso colombiano: de la guerra como un problema jurídico*

El caso colombiano es muy particular en el contexto de los países que hoy incorporan el denominado Estatuto de Roma a su ordenamiento jurídico interno. A este país, es sobre todo la situación de conflicto armado crónico la que le ha dado una especificidad incluso en el contexto de los países latinoamericanos, países con los cuales Colombia comparte problemas comunes.

En razón de la situación reseñada, y en razón además del hecho de que en Colombia desde el siglo XIX, en el cual se independizó de la dominación española, se ha vivido en situación permanente de guerras civiles, la discusión jurídico-política ha estado condicionada por los conflictos armados. Para la racionalidad de Occidente, la guerra, el conflicto armado, es un hecho que se encuentra de plano desconocido por el orden jurídico. En la vieja fórmula de Hobbes, el Estado es concebido como negación de la guerra. Así, donde hay guerra no hay Estado, y donde existe Estado no puede existir la guerra.¹

No obstante, en el caso colombiano, la guerra como una constante ha tenido que ser tematizada como un problema relevante para el derecho. En esta lógica se encuentran situadas múltiples figuras del derecho público que han sido incorporadas por las Constituciones Políticas desde el siglo XIX, y que han tematizado específicamente la situación de conflicto armado. Es el caso, por ejemplo, de la incorporación del denominado *derecho de gentes* en el ordenamiento jurídico interno. La consagración hoy del derecho internacional humanitario como estatuto regulador de los estados de excepción es una herencia genuina de la tradición de incorporar el lenguaje de la confrontación armada al lenguaje civil del derecho.

¹ Thomas Hobbes, *Leviatán*, 1993 (1651), p. 107.

En este contexto en extremo problemático y muy particular es que se debe mover la reflexión en torno a la adopción del Estatuto de Roma en el caso colombiano. La comparación entre el derecho público interno y las normas del Estatuto está necesariamente condicionada por esta relación. Así, por ejemplo, el nuevo Código Penal se halla precisamente inscrito en la situación de ambigüedad entre la guerra y la paz que vive el país. Al mismo tiempo que se han incorporado en él normas propias para regular situaciones, por decirlo así, cuyo contexto es la paz consolidada, como es el caso de un hurto normal o, incluso, como es el caso de normas penales novedosas como la manipulación biológica, se han incorporado normas que se colocan en las fronteras entre la paz y la guerra: es el caso de las denominadas *infracciones al derecho internacional humanitario*. Mientras que en otros países se han requerido legislaciones especiales para incorporar normas que, por ejemplo, defiendan bienes protegidos por el derecho humanitario, en el caso colombiano estas normas —y desde luego, aquellas que se refieren a las personas protegidas— son incorporadas al derecho penal ordinario.

II. *Reforma constitucional para la adopción del Estatuto de Roma*

El Estatuto de Roma ha sido incorporado a la legislación interna mediante reforma constitucional. Ello ha sido necesario en razón de la normatividad propia del Estatuto, que en algunas cuestiones fundamentales es distinta y contradice normas de carácter interno. El artículo modificado es el 93. Decía la norma en su texto original:

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.

Durante los primeros años de vigencia de la Carta Política, tuvieron lugar arduas discusiones alrededor del sentido de la norma. Se ha discutido si los tratados prevalecen al orden interno, o si deben ser solo instrumentos fundamentales de interpretación jurídica. Cualquiera que sea el caso, en la Carta Política ya existía una norma que era propicia para la incorporación de preceptos normativos, aun muy especiales, como aquellos que componen el Estatuto de Roma. Así, entonces, en virtud de la reforma constitucional, al tenor reseñado se le ha agregado el siguiente texto normativo:

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 las 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.

En el proceso de reforma constitucional han participado todas las ramas del poder público. En primer lugar, intervino el órgano legislativo. Mediante el acto legislativo n° 02 de 2001, el Congreso de la República reformó el artículo 93 de la

Carta Política y allanó de esta forma el terreno para la posterior ratificación del Estatuto de Roma. Luego de ello, y después de ciertas discusiones de carácter técnico y de algunas diferencias iniciales entre el Congreso y el Gobierno, se estableció que este debía presentar un proyecto de ley aprobatoria del Estatuto de Roma. Se expidió entonces la ley n° 742 del cinco de junio de 2002, “por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma, el diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”.

Finalmente, por disposición constitucional, esta ley, aprobatoria de un tratado, debió ser revisada en su constitucionalidad por la Corte Constitucional. En extensa providencia, la n° C-578 de 2002, elaborada durante los meses de junio y julio de 2002, la Corte declaró la exequibilidad de la ley 742 de 2002. La sentencia de la Corte contiene múltiples elementos relevantes para la discusión y constituye uno de los documentos más importantes para evaluar cómo ha sido el proceso de incorporación del Estatuto de Roma al ordenamiento interno de Colombia. La Corte busca aclarar, fundamentalmente, los límites estrictos dentro de los cuales se deben interpretar y aplicar las normas del Estatuto de Roma. De esta forma, la Corte no se limita tan solo a declarar la constitucionalidad del Estatuto y a dejar libre al intérprete en relación con los alcances de su normatividad.²

Ahora bien, lo importante para un informe en una perspectiva comparada, en el cual se hace énfasis en la manera como la legislación penal interna se adecua históricamente a las tendencias de persecución de crímenes de derecho internacional, es aclarar que en el caso colombiano, además de la incorporación del Estatuto de Roma y de la reforma constitucional necesaria para ello, existe una compleja legislación interna que contiene delitos comprendidos en esta lógica general de persecución de los crímenes a los cuales se refiere el Estatuto de Roma. Por esta razón, en el presente informe se hace referencia, tanto a ciertos aspectos de armonización de la legislación constitucional interna con la reforma constitucional indicada, como a la legislación penal que contiene delitos que constituyen la base del Estatuto de Roma. Incluso, el énfasis mayor se hace en lo segundo, en la medida en que muestra de qué manera se ha organizado concretamente la legislación interna en función de la tendencia internacional de persecución de delitos de la mayor gravedad.³ Teniendo en cuenta lo ante-

² A partir del texto de la reforma constitucional, en el cual se hace referencia a los efectos causados “exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada” en el tratado, la Corte reseña en detalle los aspectos más complejos del Estatuto, para buscar una armonía, basada en los límites de los alcances de sus normas, con el resto de las normas constitucionales. El juez constitucional habría podido, una vez reformada la Carta por vía del acto legislativo, adelantar un control meramente formal. Al contrario, lo que pretendió, con acierto, fue dejar establecidas aquellas bases jurisprudenciales necesarias para la interpretación posterior de las normas del Estatuto de Roma, cuando estas sean implementadas. Ello, en consonancia, además, con el literal *c* del artículo 21 del “derecho aplicable” del Estatuto de Roma, que se refiere a los principios desarrollados por el derecho interno de los respectivos países.

³ El proceso de interpretación y aplicación de las normas penales debe tener en cuenta hoy el denominado “bloque de constitucionalidad”. Este ha estado presente, de hecho, en todo el proceso de

rior, se hace necesario, antes de desarrollar el índice previsto, reseñar aspectos fundamentales relacionados con la legislación penal interna, sin los cuales no se entiende correctamente el proceso de incorporación al cual se ha hecho referencia.

III. *El nuevo Código Penal y los crímenes internacionales*

El nuevo Código Penal, expedido en julio de 1999 mediante la ley 599 de 2000, y cuya vigencia se consagró a partir de julio de 2001, sirve de base para la elaboración de este informe. Mientras en otras naciones se han diseñado legislaciones especiales, o se busca dar aplicación automática de las normas del Estatuto de Roma, tanto las que se refieren a los delitos en particular, como las que condicionan su aplicación o interpretación dogmática, en Colombia existe un Código Penal que contiene delitos concebidos por el Estatuto de Roma como delitos de *lesa humanidad*, o aquellos definidos como crímenes de guerra. La nueva legislación penal es anterior a la entrada en vigencia del Estatuto.

En el país hubo intentos, anteriores o concomitantes al nuevo Código Penal, de adaptación de la legislación penal interna a las tendencias en el ámbito internacional. Por ejemplo, la ley 589 del 7 de julio de 2000, “por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura y se dictan otras disposiciones”. Es importante destacar que el trámite que se dio a esta ley en el Congreso es prácticamente simultáneo al trámite y discusión del proyecto de ley del nuevo Código Penal, y su promulgación se efectuó apenas 20 días antes de este último. El verdadero debate sobre la tipificación de los delitos más graves dentro de los denominados, en el contexto internacional, de *lesa humanidad* tuvo lugar en el proceso legislativo de la mencionada ley 589, incorporada y ampliada en el nuevo Código Penal.

En los debates legislativos se percibió siempre la ambivalencia surgida por la pretensión de adelantar una protección nacional de los derechos humanos, acorde con las tendencias internacionales, y de hacerlo empero a través de normas penales que obedecen por principio a una lógica distinta de la del derecho internacional de los derechos humanos. Se recalcó, en múltiples ocasiones, que la tipificación en el ámbito interno de aquellas conductas rechazadas por la comunidad internacional pretende “lograr la plena vigencia de los Derechos Humanos en nuestro país y adecuar nuestra normatividad a los postulados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.⁴

adopción del Estatuto de Roma, al mismo tiempo que ha sido fundamental en la expedición del Código Penal. En su artículo 2 hace referencia al *principio de integración*. Dice la norma en relación con dicho principio: “las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código”.

⁴Senado de la República, “Proyecto de ley n° 20 de 1998”, en *Gaceta del Congreso* n° 126, 22 de julio de 1998, p. 26.

Se recalca el fin último de la adaptación del derecho público interno a las demandas internacionales. Así, se establece, que “todas las normas están orientadas a un mismo fin: el logro de la protección de los derechos fundamentales en nuestro país”.⁵

Cuando se hace referencia aquí a la situación de ambivalencia, es en razón de que en las discusiones, y sin duda también en la práctica, el lenguaje del derecho penal, en relación por ejemplo con el bien jurídico a proteger, se sustituye por el lenguaje de los derechos humanos. Así, para citar un caso, en la discusión legislativa en torno a la ley 389, al hacerse referencia a las conductas tipificadas en el proyecto, se subraya que estas son “violatorias de los derechos humanos fundamentales”.⁶ Se trata, entonces, según los legisladores, de “conductas gravísimas que lesionan derechos tan sentidos [...], por el conjunto de los países del mundo”.⁷ Como lo afirma un estudio reciente: “estos tipos penales garantizan derechos antes que tutelar bienes jurídicos. Así por ejemplo, si bien la vida ha constituido siempre un bien jurídico protegido por el derecho penal, en relación con tipos como el de genocidio, es común emplear la expresión ‘derecho a la vida’ para referirse al bien cuya protección se persigue”.⁸ Los mismos legisladores han reconocido que “los conceptos de crímenes de lesa humanidad y genocidio son propios del derecho penal internacional y no del derecho penal interno de los Estados”.⁹

En la discusión en torno a la ley 589 de 2000, prevaleció la idea de incorporar delitos como el genocidio o la desaparición forzada al nuevo Código Penal, como delitos de *lesa humanidad*. Dentro de la Comisión y en la Plenaria del Senado, se

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*, p. 27.

⁷ Senado de la República, “Comisión primera, acta n° 12 de 1998, octubre 20”, en *Gaceta del Congreso* n° 369, 23 de diciembre de 1998, p. 29.

⁸ Claudia Medina, *Derecho penal*, 2002, p. 146. El estudio destaca que la doctrina también se mueve en esta posición intermedia entre el discurso del derecho penal y el discurso de los derechos humanos: “La doctrina nacional, por ejemplo, al referirse a los bienes que son lesionados con el delito de genocidio, afirma que ‘los bienes o derechos humanos afectados son los más fundamentales y esenciales’”. De allí por qué el uso de los términos es indistinto. “En lugar de hacer referencia a los múltiples bienes jurídicos que se protegen, se habla de que el genocidio ‘lesiona y ofende una diversidad de derechos humanos’, los cuales, en consecuencia, se enuncian en términos de derechos (derecho a la vida, derecho a la integridad física y psíquica, derecho a la libertad, etc.)”. Jesús López, citado por Claudia Medina, o. cit., 2002, p. 147.

⁹ Congreso de la República, *Gaceta* n° 37, 7 de abril de 1999, p. 2. La situación de ambigüedad descrita produce consecuencias en la manera como la comunidad jurídica interpreta y aplica las normas penales. Con frecuencia, en la práctica cotidiana se tiende a confundir lo que es *delito* con aquello que constituye una *violación* de derechos humanos. Las fronteras, de hecho, son tenues, tanto más en un contexto en el cual se han generalizado acciones en contra de los derechos humanos. Pero las diferencias hay que preservarlas, porque de ello depende, además, que el funcionamiento de la norma penal sea consecuente y no se queden escritas las normas como meros propósitos sin opción de eficacia. La consistencia dogmática ayuda a despolitizar el discurso penal de los derechos humanos, discurso exacerbado tradicionalmente por posturas meramente ideológicas o políticas de coyuntura.

presentó la propuesta de expedir una norma, el artículo 1º, que haría introducción de un nuevo título en el Código Penal denominado “Delitos de lesa humanidad”. Este título contendría, en principio, los tipos de desaparición forzada, genocidio y tortura, y luego se incluirían también el desplazamiento forzado y la denominada “masacre”. Esta última se eliminaría más tarde.¹⁰

En momentos posteriores, los legisladores se dieron cuenta de la dificultad que acarrearía, desde el punto de vista de la racionalidad dogmático-penal, la consagración de nuevos delitos bajo la idea de *lesa humanidad*, flexible en derecho internacional pero impropia en el caso del derecho penal interno, para ser dispuesta como bien jurídico tutelable. La tensión y, muchas veces, confusión, entre bien jurídico tutelado por el derecho penal y protección de derechos humanos como política estatal se hace aquí evidente. Por ello, en la ponencia para segundo debate y como parte del pliego de modificaciones introducidas al proyecto de ley n° 142 de 1998, en la Cámara de Representantes se propuso eliminar el título de “Delitos de lesa humanidad”, pues se reconoció la gran dificultad que ello generaría en el momento de ser aplicado en el orden interno.¹¹ A continuación, se reseñarán las normas de Código Penal que sirven de base para ilustrar cómo opera en el país la persecución nacional de crímenes internacionales.

B. Los crímenes del derecho penal internacional y su recepción por el poder punitivo nacional

I. Genocidio

Es el primer artículo de la parte especial del nuevo Código Penal. Se encuentra ubicado dentro de los “delitos contra la vida y la integridad personal”. Es muy dicente, desde el punto de vista de la política criminal, que sea este el primer delito de la parte especial del Código Penal. Sin duda, la perpetración permanente de masacres indiscriminadas, en cuyo trasfondo se encuentra la intolerancia, ha impulsado en la conciencia jurídica colombiana la necesidad de que se castigue severamente este tipo de conductas. El artículo 101 del nuevo Código Penal establece lo siguiente:

¹⁰ Así lo consideraron los legisladores: “Los delitos de Lesa Humanidad, con su ejecución no sólo vulneran los bienes jurídicos de las víctimas, sino que afectan a todo el género humano en su conjunto, por desconocer el respeto universal de los derechos humanos. Se les da tal nombre porque agravian, lastiman y ofenden a la universalidad de los hombres”. “Ponencia para primer debate al proyecto de Ley n° 20 de 1998”, Senado, en *Gaceta del Congreso* 185 del 17 de septiembre de 1998, p. 6.

¹¹ En última instancia, el peligro de la consagración de tipos penales extremadamente indeterminados, en blanco y, por ello mismo, con la obligación de remisión permanente al contexto internacional condujo a los legisladores a incorporar las conductas dentro de aquellos títulos que consagran bienes jurídicos tradicionales. Al fin y al cabo, con base en el principio de integración, los instrumentos internacionales están presentes, de hecho, en la interpretación y aplicación de las normas. Cámara de Representantes, en *Gaceta del Congreso*, n° 450, 18 de noviembre de 1999, p. 6.

Genocidio. El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional étnico, racial, religioso o político *que actúe dentro del marco de la ley*, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años; en multa de dos mil (2.000) a diez mil (10.000), salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años. [Cursivas añadidas.]

Enseguida, la norma consagra una serie de acciones que pueden tener lugar cuando resultados distintos de los enunciados en el primer inciso se produzcan, siempre y cuando se den con base en el mismo elemento subjetivo del tipo penal descrito. Dispone entonces la norma:

La pena será de prisión de diez (10) a veinticinco años (25), la multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos:

1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo.
2. Embarazo forzado.
3. Sometimientos de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Lo primero que es necesario aclarar en relación con este tipo penal es que la Corte Constitucional, a través de la sentencia n° C-17 de febrero de 2001, luego de estudiar una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo, declaró inconstitucional la frase que se ha colocado aquí en cursivas: *que actúe dentro del marco de la ley*. Es decir, con muy buen criterio, la Corte reconoció que, tal como estaba redactado, el artículo propiciaba, legalmente, que se pudiera cometer genocidio contra grupos ilegales. Se permitiría, por ejemplo, que miembros de un grupo guerrillero ocasionaran la muerte a miembros de un grupo de paramilitares o viceversa. Con ello, desde luego, quedaría desvirtuado el sentido de la norma. Este hecho se enmarca en el contexto general de un aspecto especialmente problemático en relación con el tipo penal. Se trata de la inclusión, en el caso colombiano, del denominado “genocidio político”. Como se sabe, este no se encuentra reconocido a escala internacional. Su inclusión fue arduamente discutida. También algunos autores tienen una postura crítica frente a ello, y llegan a afirmar que se ha distorsionado el contenido del tipo penal respecto de su desarrollo internacional, ya “que en el marco internacional, aunque existen debates sobre el ‘genocidio político’ y el ‘genocidio cultural’, sus fórmulas no han sido recogidas”.¹²

En el primer debate legislativo del proyecto de ley 142 de 1988, se estableció que era necesario darle al genocidio una tipificación independiente de los delitos de

¹² Augusto Ibáñez, “*El sistema penal*”, Bogotá, 2002, p. 43.

lesa humanidad, tal como se hacía en el plano internacional, y que no debía contener el genocidio político. En relación con este, se decía, por ejemplo, que ello generaría confusión en un país en conflicto armado, entre otras razones porque sería “posible concluir que los actos estatales violentos contra los grupos guerrilleros o de autodefensa serían actos de genocidio”.¹³ Ello era ilógico, en la medida en que las fuerzas armadas tienen el deber de combatir estos grupos.

También el gobierno presentó objeciones a la inclusión de esta modalidad de genocidio. A su juicio, los grupos políticos carecen de identidad, no son homogéneos ni estables, ni fácilmente identificables. Además, según su criterio, ello dificultaría la acción de las autoridades en la persecución de grupos insurgentes, dado el reconocimiento de carácter político que el Estado les ha dado, con fines de negociación política. No obstante —y esta ha sido la posición dominante en el ámbito interno y, especialmente, en la Corte Constitucional—, se aceptó su inclusión, en la medida en que se concibe que los tratados internacionales contienen mínimos que pueden ser, sin embargo, ampliados en la legislación interna. Es decir, se establece que en el nivel interno se debe conservar el núcleo fundamental de un tratado o instrumento internacional, pero desde allí es dable expandir sus efectos, teniendo en cuenta la realidad nacional. Tiene sentido, en todo caso, la consagración de una forma de genocidio como esta, en un país en el cual grupos políticos, no armados pero situados en una especie de “zona gris” entre la sociedad civil y grupos insurgentes, han sido sistemáticamente perseguidos y violentados en sus derechos. En relación con las circunstancias de agravación, estas recogen de manera general las acciones que hacen parte de aquellas consideradas en el Estatuto de Roma como integrantes del genocidio.¹⁴

En relación con la norma señalada, es importante destacar que en el país se ha expedido recientemente el Código Disciplinario Único, con el objeto de sancionar las conductas de los servidores públicos o de aquellos particulares que en algún momento obren como tales. Varios sectores han criticado el hecho de que dicho Código abra un gran espectro criminalizante y obre en la práctica casi como una suerte de orden jurídico-penal. No obstante, para efectos de esta exposición, interesa destacar que en la parte especial del Código se consagran conductas, concebidas como *faltas gravísi-*

¹³“Ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes a la Ley 142 de 1998”, *Gaceta del Congreso* n° 37, 7 de abril de 1999, pp. 3-4.

¹⁴Desde ahora se aclara que, en la reseña que a continuación se hace de cada una de las normas, no se detalla exhaustivamente la diferencia o similitud con las normas del Estatuto. En el caso de los crímenes de guerra, por ejemplo, este ejercicio demandaría un espacio mayor que el previsto para este informe. Las normas del Estatuto se entienden conocidas, de manera que el lector puede hacer la comparación en detalle. Tampoco se hace un análisis dogmático exhaustivo de cada norma, pues ello sería propio de un trabajo dedicado a capítulos de la parte especial del Código Penal. Aquí se destacan las similitudes y diferencias fundamentales de las normas del Código Penal con las del Estatuto de Roma, de tal manera que el lector tenga una visión clara y macro de dichas similitudes y diferencias, y pueda detectar tendencias concretas en el plano político criminal que existen en Colombia.

mas, que se asemejan a aquellas normas que en el Código Penal pueden ser reseñadas como integrantes del núcleo duro de derechos humanos. Así, en el caso del genocidio, el numeral 5° del artículo 48 del Código Disciplinario Único consagra como falta gravísima la siguiente:

Realizar cualquiera de los actos mencionados a continuación con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o social:

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

Nótese la similitud existente entre las circunstancias de agravación contenidas en el artículo 101 del Código Penal y las conductas castigadas como faltas gravísimas por el Código Disciplinario. Llamam la atención, desde luego, los cambios semánticos introducidos. Luego, en el mismo Código Disciplinario, en el numeral 6° del artículo 48, se consagra como falta gravísima una especie de genocidio:

Ocasionar, con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, por razón de su pertenencia al mismo, la muerte de uno de sus miembros.

Extraña es la redacción del artículo, sobre todo en relación con esa noción de “colectividad fundada en motivos políticos”. Esto es un añadido, digamos, al texto del Código Penal. Ya se trató aquí el aspecto relacionado con el genocidio político, al cual hace referencia, como se ve, no solo la legislación penal, sino la legislación disciplinaria. En cualquier caso, hay que tener en cuenta la realidad concreta del país. Por eso se puede decir, de manera general, que a través de la tipificación del genocidio, a pesar de su redacción complicada, se trata de dar curso a la intención legislativa de perseguir tipos similares de conductas, cuando estas son cometidas no solo por funcionarios públicos, sino por particulares, y en el caso del Código Disciplinario, por funcionarios públicos. (Debe entenderse, además, que numerosas conductas que constituyen violaciones a derechos humanos generan consecuencias, tanto en el ámbito disciplinario como en el ámbito propiamente penal.)

Mucho se ha discutido en torno del bien protegido por el genocidio. Se dice, sobre todo en el ámbito internacional, que con esta norma se protegería especialmente la diversidad y se castigaría por ello la intolerancia. Pero ello genera sin dudas dificultades dogmáticas cuando se trata de la legislación penal interna. Lo mismo que ha sido anotado en relación con la noción de *lesa humanidad*. Por dicha razón, en el Código Penal colombiano se consagra el genocidio, dentro de las normas que protegen la vida y la integridad personal. No obstante, el fenómeno de la intolerancia sí se ha tenido en cuenta de una manera muy coherente en dicho Código, por la vía por ejemplo de las circunstancias de mayor punibilidad. Así, el artículo 58 establece, en el

numeral 3º, que constituye una circunstancia de agravación el hecho de que “la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima”.

De esta forma, la consagración de causales de agravación articuladas sobre la idea de la intolerancia, relacionadas con acciones situadas en la lógica de los derechos humanos, como es el caso del tipo penal del genocidio, aumenta el espectro de interpretación de conductas dentro del nuevo Código Penal, que si bien en principio pueden situarse en una frontera no muy clara entre meros delitos y violaciones de derechos humanos, si se logra demostrar el móvil de la intolerancia o la discriminación, entran a ser parte de aquellas conductas que constituyen verdaderas violaciones.

De acuerdo con lo anterior, el caso mismo del homicidio sufre cambios importantes cuando constituye una violación de derechos humanos. Es claro que un homicidio simple no lo es: constituye un delito. Pero, cuando se trate de un homicidio agravado por haber sido cometido por móviles de intolerancia, sí puede serlo. Lo que sucede es que no toda forma de la intolerancia se sitúa necesariamente en el contexto de las violaciones. Así, por ejemplo, si se trata de un homicidio que se comente contra un homosexual o contra una prostituta, en principio no se trataría de una violación de derechos humanos. Pero si se trata, por ejemplo, de campañas generalizadas de exterminio, de aquellas llamadas de “limpieza social”, entonces el acto sí adquiere claridad en cuanto a violación de derechos humanos se refiere.¹⁵

El fenómeno del homicidio sufre otras variantes fundamentales. Es el caso, por ejemplo, del homicidio o de las lesiones personales consagrados en los artículos 135 y 136 del Código Penal, que se refieren a personas protegidas por el derecho internacional humanitario. Aunque en otro aparte se hará relación a las infracciones al derecho humanitario, se debe destacar aquí que, cuando se trate de un homicidio en persona protegida, necesariamente se estará ante un hecho con relevancia para el discurso de derechos humanos. Se trata de crímenes de guerra. De la misma forma, el numeral 9º del artículo 104 se refiere al homicidio agravado cuando el sujeto pasivo sea *persona protegida distinta a la contemplada en el título II del código*. Es decir, además de las normas que propiamente castigan las infracciones al derecho humanitario, se consagran otras que, como en este caso, a pesar de referirse ellas de manera general al

¹⁵ En casos de violaciones de derechos humanos, es frecuente que uno de los criterios que se tienen en cuenta para considerar un hecho como tal es el tipo de sujeto contra el cual se adelanta la conducta. Hay una decisión política que asigna especial vulnerabilidad a ciertos sujetos y les otorga un estatus especial de protección. Pero más allá de la decisión política, con los nuevos tipos penales introducidos por el Código Penal se gana en cuanto a la precisión, desde el punto de vista penal, en el tratamiento de ciertos hechos como violaciones de derechos humanos. El estrecho ámbito de la mera decisión política en torno a sujetos especialmente vulnerables se abre en función de la generalidad del precepto penal.

homicidio agravado, también hacen relación a la persona protegida. Se busca de manera sistemática proteger a personas que se hallan en una especial situación de vulnerabilidad. Tanto más importante es ello cuando se trata del caso colombiano, país que vive un conflicto armado interno endémico. La importancia de la noción de persona protegida estriba, además, en el hecho de que esa persona, a diferencia de lo que sucede con dinámicas tradicionales en la política de derechos humanos, se coloca más allá de toda decisión política en torno a su especial vulnerabilidad.

Por último, en relación con el homicidio, que se ha destacado aquí de manera especial porque puede situarse en algunos casos en una lógica similar al genocidio, se debe destacar que, en el mismo artículo 104 señalado, se consagra otra causal de agravación importante. El numeral 10° agrava la conducta cuando esta se “comete en persona que sea o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, dirigente sindical, político o religioso en razón de ello”. Coincide este precepto con lo dicho anteriormente: en situaciones de conflicto generalizado, surgen personas contra quienes de manera permanente se ejercen distintos actos de violencia por el hecho de ser quienes son: periodistas, sindicalistas, etc. Se trata de personas que de manera general son sujetos de una especial protección. Lo interesante de la disposición reseñada es que, independientemente de la decisión política que se adopte en función de ciertos sujetos especiales de protección, siempre que un homicidio se cometa contra estas personas se tratará de un homicidio agravado. El derecho penal toma entonces conciencia de su vulnerabilidad y les otorga un estatus especial de protección. El derecho penal se sitúa, en este caso también, más allá de la mera decisión política.

Para finalizar este aparte, relacionado con el genocidio, se destaca el artículo 102 que se refiere a la “Apología al genocidio”. Dice la norma:

El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien o justifiquen las conductas constitutivas de genocidio, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

II. Crímenes contra la humanidad

Es necesario aclarar que la estructura del Código Penal es diversa de la estructura del Estatuto de Roma. No existen delitos en la legislación penal ubicados bajo la denominación de delitos de lesa humanidad. Existen, no obstante, conductas que pueden ser ubicadas en el contexto general de *núcleo duro de derechos humanos*. Con base en diversas normas del Código Penal, se puede establecer que dicho núcleo estaría conformado por el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura. Desde aquí se puede hacer un balance y una comparación en relación con aquellos crímenes que son consagrados en el Estatuto como crímenes contra la humanidad.

Debe aclararse, además, que los delitos que se reseñan a continuación hacen parte de acciones individuales y, por esta razón, en ellos no se configura el denominado “elemento contextual”. Es decir, no están condicionados al hecho de que se cometan “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”, tal como lo establece el artículo 7 del Estatuto de Roma. En el caso del desplazamiento forzado, en Colombia se exige que no se trate de un traslado de población propio de una acción militar necesaria. De allí se podría inferir que, cuando dicho desplazamiento no tenga lugar en virtud de dicha necesidad militar, sí se configuraría el elemento contextual. Pero, aun en este caso, ello no debe interpretarse de una manera tan extensiva.

Desaparición forzada

Está consagrada en el artículo 165 del nuevo Código Penal. La norma está llena de elementos normativos, jurídicos y extrajurídicos, además de tener una redacción muy compleja. Se trata de una norma que representa el producto de muchos años de discusión y de oportunidades fallidas para ser incorporada a la legislación penal. El artículo establece lo siguiente:

El particular *que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley* someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y de interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años [...] [Cursivas añadidas.]

Como en el caso del genocidio, la Corte declaró inconstitucional la alusión al “grupo armado al margen de la ley” (sentencia C-317 del 2 de mayo de 2002). También aclaró que basta con que se concrete la falta de información sobre el paradero de una persona para configurarse la conducta. Como se ve, la norma queda, en esta primera parte, referida de manera general al particular. De todos modos, respecto del servidor público, la norma se refiere a él enseguida:

[...] a la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

Como se ve, se trata de una redacción problemática, pues no se entiende muy bien por qué razón se divide la norma en dos incisos, cuando el segundo, que se refiere al servidor público, no contiene por ejemplo una sanción más grave. En cualquier caso, se trata de una conducta que puede ser cometida por cualquiera. Para diferenciarse, por ejemplo, del secuestro o de otros delitos contra la libertad, se subraya en la norma la protección de la personalidad humana como constructo jurídico: el derecho a *ser persona* y ser tratado como tal en el contexto de un orden jurídico. La conducta sustrae precisamente a la persona del amparo de la ley.

Respecto de las normas que protegen la libertad, puede decirse que se encuentran ciertas similitudes —aunque se subraya la carencia absoluta del “elemento contextual”— entre las normas del Código Penal contenidas en los artículos 174 al 177 y las acciones previstas en el artículo 7, *e*, del Estatuto de Roma. Son normas que regulan la detención arbitraria, la prolongación ilícita de privación de la libertad, la detención arbitraria especial y el desconocimiento del hábeas corpus, todas ellas caracterizadas en el Código Penal por el hecho de que el sujeto activo es siempre el servidor público.

El artículo 166 consagra diversas y complejas circunstancias de agravación de la desaparición forzada. En primer lugar, la desaparición se agrava “cuando la conducta se cometa por quien ejerza autoridad o jurisdicción”. Es decir, si bien el inciso segundo del artículo 165 se refiere al servidor público de manera genérica, la conducta se agrava en el caso específico de ciertos funcionarios con calidades especiales. (Todo esto puede generar mucha confusión porque se trata de “escalas”, por decirlo así, de personas que pueden ser sujetos activos de la conducta. Se pudo aclarar de una vez en la redacción inicial del texto.)

Luego se agrava la conducta si se comete contra discapacitados o contra personas especialmente indefensas. Así, de la misma forma que en el caso del homicidio, en la desaparición también se consagran ciertos sujetos pasivos respecto de los cuales se agrava la conducta. En el caso del numeral 4°, no solo se consagran como sujetos pasivos los mismos que en el caso de ciertos homicidios agravados —como por ejemplo, jueces de paz, sindicalistas, religiosos, testigos de crímenes—, sino que también se destaca, para ser clara la alusión al contexto general de derechos humanos en el cual se mueve la norma, a “defensores de derechos humanos”. De nuevo, la norma subraya la intención general del Código en función de la protección de la diferencia: es agravada la conducta si se comete contra cualquier persona, “por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia”. En el numeral 6° se agrava la conducta cuando esta se “cometa utilizando bienes del Estado”. Por su parte, el numeral 7° lo hace cuando “se somete a la víctima a tratos crueles, inhumanos o degradantes durante el tiempo en que permanezca desaparecida, siempre y cuando la conducta no configure otro delito”.

La norma reseñada consagra además un caso que puede ser típico de imputación al tipo objetivo. Esta teoría del nexo causal puede tener una aplicación interesante en la causal 8ª del artículo 166: se agrava la conducta cuando, por causa de la desaparición, sobrevenga a la víctima muerte o lesiones de diversa índole. Quiere decir que no es necesario indagar sobre el problema del dolo, de la intención del sujeto activo, y no se trataría de la preterintención como forma de la culpabilidad; se trata de una imputación, desde el ámbito de la tipicidad, al tipo objetivo. Es decir, se resuelve el problema simplemente verificando el nexo causal. El Código es coherente aquí con disposiciones de la parte especial que deben ser bien leídas a partir de la parte general (artículo 9 del código). A propósito de este artículo, debe reseñarse que el procedimiento de

imputación propio de estas conductas debe seguir, por disposición legal, los presupuestos de la norma. Aquí se perciben diferencias con las normas del Estatuto de Roma. En el caso colombiano, el artículo 9 establece en el primer inciso: “Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”.

De la misma forma que en el caso del homicidio, en los delitos que, como la desaparición, están situados en el ámbito de la protección de la libertad, es necesario ser cautos en su interpretación en el contexto de la persecución nacional de crímenes hoy rechazados por la comunidad internacional. Es el caso del secuestro y, a partir de normas especialmente complejas como las situadas en el capítulo 4° de este mismo título, el caso de la detención arbitraria. En este caso es necesario hacer lecturas sistemáticas de las normas, aplicar el principio de integración y actuar en consonancia con criterios señalados. En el Código Disciplinario también se sanciona esta conducta, a través del numeral 8° del artículo 48, que se refiere a las “faltas gravísimas”.

Tortura

Artículo 178. En este caso se produce, desde el punto de vista del principio de integración, un hecho interesante: la norma penal es más amplia en sus alcances, sobre todo en relación con el sujeto activo, que las convenciones o instrumentos tradicionales que tematizan este tipo de violación. Ellas se refieren, en general, a sujetos activos cualificados como funcionarios, mientras que en el caso del nuevo Código, el sujeto activo es indeterminado. Incluso en el caso del Estatuto, el literal *e* del artículo 7, numeral 2, se refiere al hecho de causar intencionalmente sufrimientos a “una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control”. La redacción, en el caso colombiano, hace más compleja la interpretación, particularmente en relación con las fronteras entre las acciones que constituyen los verbos rectores de las normas y aquellas que constituyen lesiones personales u otras conductas. Al mismo tiempo, su redacción imposibilita de antemano reconocer cuándo se trata de crímenes tematizados en el ámbito internacional y cuándo se trata de acciones que, aunque puedan ser constitutivas de tortura, no entran, se podría decir, en el ámbito de las violaciones a derechos humanos.

Desde el punto de vista de la comparación entre el Código Penal interno y las normas del Estatuto, como en todos los delitos de lesa humanidad, un aspecto clave radica en la redacción del numeral 1 del artículo 7 del Estatuto: como crímenes de lesa humanidad se entenderán los diversos actos señalados por la norma, “cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Muchos casos de tortura, de acuerdo con la legislación penal, no entrarían en esta condición señalada. De allí por qué en este informe se insiste en la diferencia, que es necesario ir desarrollando con especial cuidado, entre meros delitos y violaciones de derechos humanos. En el caso concreto de la tortura, desde el punto de vista dogmático, es necesario tener en cuenta claves dogmáticas como, por ejemplo, la correcta adecuación típica en función de los ele-

mentos normativos, o reglas de imputación objetiva que aclaren el problema de la tipicidad. También debe tenerse en cuenta, por supuesto, si la tortura se comete contra persona protegida. La norma reseñada establece lo siguiente:

El que inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años.

La norma establece multas y penas accesorias. Enseguida, en el numeral segundo, aparece una alusión críptica: “En la misma pena incurrirá el que cometa la conducta con fines distintos a los descritos en el inciso anterior”. ¿Por qué se establecen primero unos fines concretos y luego se hace alusión genérica a cualquier tipo de fin? Ya la norma es suficientemente compleja como para desestructurarla dogmáticamente con alusiones genéricas. De esta forma, las fronteras entre las acciones constitutivas de tortura y las meras lesiones, por ejemplo, se hacen más tenues y todo ello conspira con una verdadera eficacia del precepto normativo. Al final, la norma establece una condición similar a la señalada en el Estatuto: “no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones ilícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas”. Debe tenerse muy en cuenta la noción de *única-mente*: ella condiciona, como parte fundamental del modelo descriptivo de la conducta, la posibilidad de la excepción.

El artículo 179 consagra causales de agravación punitiva. En este caso, a través del numeral 2° de la norma, sí se hace relación al servidor público. De esta forma, la tortura es un tipo penal con sujeto activo indeterminado, pero, cuando se trate de un sujeto calificado, se agrava la conducta. Además, el mismo numeral se refiere al “particular que actúe bajo la determinación o con la aquiescencia” del servidor público.

Por su parte, de la misma forma en que lo hace el Código en las normas que hacen parte del aquí llamado *núcleo duro de derechos humanos*, se agrava la conducta cuando se trate de sujetos especialmente vulnerables. En este sentido, por vía de la agravación, se hallan más semejanzas entre la redacción del artículo 7 del Estatuto de Roma, en cuanto a ataques sistemáticos o generalizados contra inocentes, y las normas del Código Penal. Incluso, ello no es claro tan solo respecto de los sujetos vulnerables que pueden ser objeto de persecución sistemática, sino que lo es también en relación, por ejemplo, con otra causal de agravación que también se repite en las normas mencionadas. Se trata de la comisión de las conductas “utilizando bienes del Estado”. También se agrava, desde luego, como lo establece en este caso el numeral 6°, cuando la tortura se cometa “para preparar, facilitar, ocultar o asegurar el producto o la impunidad de otro delito; o para impedir que la persona intervenga en actuaciones judiciales o disciplinarias”.

El Código Disciplinario hace relación a conductas constitutivas de tortura en el numeral 9° del artículo 48, sobre faltas gravísimas. Se subraya también, en este caso,

tal como lo hace el Código Penal, el castigo por intolerancia. La norma se refiere a la coacción “por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación”.

Desplazamiento forzado

Está regulado en el artículo 180, modificado por el decreto 2667 de 2001, artículo 1. Es un tipo penal muy complejo, que debe leerse en consonancia con el mismo hecho, ocasionado empero en desarrollo del conflicto armado (artículo 159). Establece la norma lo siguiente:

El que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de residencia, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años. [También se penaliza la conducta con multas.]

Por su parte, el segundo inciso establece:

No se entenderá por desplazamiento forzado, el movimiento de la población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional.

Como se observa, este inciso debe leerse de manera restrictiva, tal como lo dice la norma al referirse no solo a cualquier razón militar, sino a aquellas que sean absolutamente imperiosas. Así, la norma debe leerse de manera sistemática con el artículo 159, y de conformidad con la condición que trae el artículo 180, segundo inciso.

La lectura sistemática de la norma sobre desplazamiento no solo debe hacerse en función de aquellos preceptos que dentro de la legislación penal se refieren al desplazamiento estrictamente, sino en relación con otras normas. La víctima de esta conducta, en la medida en que se trata de un tipo penal de aquellos denominados pluriofensivos, es en general víctima de otras conductas que atentan o amenazan su vida o integridad, por ejemplo. Pero al mismo tiempo puede ser víctima del mismo Código Penal. Es por eso que frente al desplazamiento se debe evitar lo que puede denominarse aquí el proceso de *doble victimización* del desplazado: de un lado, es víctima de la conducta como tal y, del otro, recibe en general un reproche social en el lugar donde le toca por fuerza mayor acomodarse. Ese reproche no solo obra desde aquel ámbito que la criminología ha denominado *control social informal*, sino que alcanza incluso la reacción penal o en todo caso, la reacción institucional. En casos de violaciones que, como el desplazamiento, comprometen acciones múltiples, la acción criminalizante para castigar la conducta debe acompañarse de un esfuerzo serio de política social y de prevención, no solo para apoyar al desplazado, sino para evitar que sea incriminado a través de normas del Código Penal mismo.¹⁶

¹⁶ En el mes de octubre de 2002, un desplazado, desesperado por su situación familiar, tomó como rehenes, con una pequeña arma cortopunzante, a unas personas en una institución. Se hizo un operativo enorme para desarmarlo, se le dio tratamiento del más violento secuestrador y se dijo, en

Finalmente, en relación con el desplazamiento, debe reseñarse que el Código Disciplinario, en el numeral 10° del artículo 48, consagra como falta gravísima el ocasionar, “mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia”.

Apartheid

El artículo 147 del Código Penal se inscribe en una lógica similar al crimen de *apartheid* consagrado en el artículo 7, j, del Estatuto de Roma. Pero, mientras que en el Estatuto la norma se refiere a crímenes de *lesa humanidad*, en el caso colombiano su alusión indirecta se encuentra dentro de las normas que protegen el derecho internacional humanitario. No existe una norma en el caso colombiano con el sentido que se le ha dado en el Estatuto de Roma: la persecución institucionalizada, a la manera como la vivió Sudáfrica, por ejemplo, desde un régimen que convierte dicha persecución en política estatal. No obstante, esta norma, con ocasión del conflicto armado, castiga a quien “realice prácticas de segregación racial o ejerza tratos inhumanos o degradantes basados en otras distinciones de carácter desfavorable que entrañen ultraje contra la dignidad personal, respecto de cualquier persona protegida”. La pena que se impone es de cinco (5) a diez (10) años de prisión.¹⁷

III. Crímenes de guerra

1. El concepto de persona protegida

Una de las reformas más complejas que se han introducido a la parte especial del nuevo Código Penal es el conjunto de normas que componen el título II y que están enmarcadas dentro de los “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”. Quizá en ningún otro conjunto de normas se expresa con tanta claridad el carácter específico del caso colombiano, la peculiaridad de encontrarse este país situado en los límites entre la guerra y derecho. Dentro del Código Penal, que en principio debe funcionar sobre el presupuesto fáctico de la paz, se consagran normas que reconocen, al contrario, la existencia fáctica de la guerra.

Desde el punto de vista técnico, se debe leer o indagar, en el caso de un homicidio, por ejemplo, si este es un homicidio simple, cometido por cualquier ciudadano

primera instancia, que sería procesado como terrorista. Por fortuna, con un mínimo de racionalidad, la fiscalía general reconoció su situación extrema y evitó una incriminación absurda.

¹⁷ Tal como se indicó previamente, el Código Penal ha sido especialmente sensible al problema de la intolerancia. Desde este punto de vista, se podría decir que existe en el país una normatividad que de alguna forma puede tematizar lo que en el Estatuto constituye el *apartheid*. Tal como fue señalado, todas las conductas pueden ser agravadas si han sido cometidas bajo el móvil de la intolerancia. Además, en delitos especiales, como el homicidio o la desaparición forzada, se agrava directamente si se ha cometido contra ciertas personas por móviles de intolerancia de cualquier tipo. Es necesario, en estos casos, adelantar lecturas sistemáticas de la legislación penal.

contra otro cualquiera en condiciones “normales” de funcionamiento de la norma, o si, en cambio, se trata de un homicidio ocurrido dentro del mismo Estado y de la misma sociedad, pero en el marco de la confrontación armada. Particularmente, como ocurre en el caso colombiano, de la confrontación armada entre particulares. En este caso es necesario, entonces, cambiar de perspectiva dentro del mismo Código Penal. Una en función de la paz, digamos, y otra en función de la guerra, aunque se reconoce que las fronteras, particularmente en casos de derechos humanos, tienden a diluirse muchas veces en la práctica.

La clave de entrada, por decirlo así, al ámbito de la tipicidad de estas conductas está dada de alguna forma por un elemento normativo jurídico: la noción de *persona protegida* (además de la noción de *bienes protegidos*). Esta noción de persona protegida exige su interpretación de acuerdo con el derecho internacional. Aquí se aplica el principio de integración consagrado en el artículo 2° del Código Penal. El artículo 135, por ejemplo, que ya ha sido visto de manera sistemática cuando se hizo referencia al homicidio, consagra el homicidio en persona protegida. Así, entonces, en el proceso de adecuación típica, se debe constatar la conducta, siempre y cuando sea cometida contra persona protegida. De esta forma se entra en el título de las infracciones al derecho humanitario.

Además del criterio de persona protegida, se debe tener en cuenta, como base para la interpretación y aplicación de las normas, la cuestión, puramente fáctica, de la existencia de un conflicto. Es decir, el caso del conflicto mismo no constituye, como se desprende claramente del artículo 3 común de los convenios de Ginebra y de los protocolos adicionales del 77, un ingrediente normativo. No se trata de una concepción necesariamente normativa: la normatividad surge precisamente luego de la constatación fáctica del conflicto. Así, entonces, en la aplicación de estas normas entran en juego dos aspectos sustanciales, uno de carácter normativo y el otro de carácter fáctico: la noción de persona protegida y la existencia de un conflicto armado interno. Los artículos que componen este título van desde el 135, sobre homicidio en persona protegida, hasta el 164, que se refiere a la “destrucción del medio ambiente” con ocasión del conflicto armado.

Artículo 135, homicidio en persona protegida. La conducta tiene una sanción de treinta (30) a cuarenta años (40). En el nuevo Código Penal, la sanción máxima para la pena de prisión es de 40 años. El artículo contiene un parágrafo en el cual se aclara quiénes son personas protegidas. Son éstas:

1. Los integrantes de la población civil.
2. Las personas que no participan de las hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.
3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.
4. El personal sanitario o religioso.
5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.
6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.

7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueron considerados como apátridas o refugiados.
8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los protocolos adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

Se observa que el Código Penal consagra las normas que existen en el ámbito internacional y, además, aquellas que, como los protocolos adicionales del 77, están dispuestas para los conflictos armados de carácter interno. Asimismo, deja abierta la posibilidad de obedecer otros instrumentos que sean adoptados en el futuro. De igual forma, como se ha señalado en el caso de las circunstancias de mayor punibilidad en el homicidio, se abre todavía más el margen de interpretación respecto de la noción de persona protegida, en la medida en que en el numeral 9° del artículo 104 se agrava la conducta cometida contra aquellas personas protegidas que no estén previamente definidas en el título segundo del Código. (De la misma manera ocurre con otras conductas, como la desaparición forzada, por ejemplo.)

El artículo 136 se refiere a “lesiones personales ocasionadas contra persona protegida”. La pena es la misma establecida para el delito de lesiones, en su configuración ordinaria, pero incrementada hasta en una tercera parte. Como se ve, aquí opera el sistema de interpretación de la ley penal, al cual se ha hecho referencia: para casos ordinarios, se aplica el Código en sus artículos sobre delitos contra la vida y la integridad. Pero, una vez que tenga lugar el conflicto armado, entonces el intérprete deberá buscar las normas del título II y, en este caso, incrementar la pena.

El artículo 137 se refiere a la tortura en persona protegida; la pena es de diez (10) a veinte (20) años. El artículo 138 se refiere al caso del “acceso carnal violento en persona protegida”; la pena prevista es de diez (10) a dieciocho (18) años. El artículo 139 se refiere a los “actos sexuales violentos en persona protegida”; la pena prevista para la comisión del delito es de cuatro (4) a nueve (9) años. El artículo 140 establece circunstancias de agravación comunes a los dos artículos anteriores. La norma se refiere a las mismas circunstancias y a la punibilidad contenida en el artículo 211 del Código Penal, que hace referencia a la comisión de la conducta en concurso con otras personas, cuando se comete contra menores de 12 años, además de otras circunstancias. Por su parte, el artículo 141 se refiere a “la prostitución forzada o esclavitud sexual” (también en persona protegida). La pena prevista por la norma es de diez (10) a dieciocho (18) años de prisión.

El artículo 143 se refiere a la “perfidia”. Se trata de una denominación que desde el lenguaje común indica un engaño, una acción dirigida a desconcertar y confundir al otro. Ha sido adaptada al caso del conflicto armado y contiene un ingrediente subjetivo: el que “con el propósito de dañar o atacar al adversario, simule la condición de persona protegida o utilice indebidamente signos de la cruz roja...”. La norma destaca toda suerte de signos. La pena prevista es de tres (3) a ocho (8) años.

En otro lugar, en el artículo 153, el Código hace referencia a la “obstaculización de tareas sanitarias”. Se trata de castigar a quien obstaculice la ayuda que en conflictos

armados brindan los médicos y, en general, el personal de salud. La pena prevista es de tres (3) a seis (6) años. También, en otro lugar, en el artículo 158, el Código se refiere a las “represalias”. Con ello entiende el llevar a cabo represalias o actos de hostilidad contra personas o bienes protegidos. La pena prevista es de dos (2) a cinco (5) años.

Por su parte, el artículo 159 se refiere a la “deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil”. La pena prevista es de diez (10) a veinte (20) años. Tal como se señaló en su momento, esta norma hace parte del conjunto de disposiciones que pretenden, en el contexto de la paz y desde la guerra —el problema del desplazamiento interno en Colombia está directamente relacionado con el conflicto armado—, regular un problema que hoy en día tiene cifras descomunales: más de 2.500.000 personas en un país con 42 millones.

El artículo 160 se refiere a los “atentados a la subsistencia y devastación”. La pena prevista es de cinco (5) a diez (10) años. El artículo 152 se refiere a la “omisión de medidas de socorro y asistencia alimentaria”. La norma se refiere a medidas a favor de persona protegida. La pena prevista es de tres (3) a cinco (5) años. Es interesante el análisis y sus consecuencias, desde el punto de vista de la posición de garante, por ejemplo, de las exigencias de protección de población civil en escenarios de conflicto. La figura debe leerse con base en la tecnificación que en el nuevo Código Penal se ha hecho del delito de omisión. El punto de partida para la interpretación deber ser siempre y en todo caso el de la existencia del conflicto armado. Ello ocurre, de la misma forma, con el artículo 161, que se refiere a la “omisión de medidas de protección de la población civil”. La pena prevista para este delito es de cuatro (4) a ocho (8) años.

El artículo 148 se refiere a la denominada “toma de rehenes”. La pena es muy alta: oscila entre veinte (20) y treinta (30) años. Además, conlleva una serie de penas accesorias. El artículo 149 se refiere a la “detención ilegal y privación del debido proceso”. Es una norma que guarda similitudes con la que castiga la desaparición forzada, pero el acento se marca en el hecho, reconocido también por el Estatuto de Roma, de la sustracción de la persona a “su derecho a ser juzgada de manera legítima e imparcial”. La pena prevista es de diez (10) a quince (15) años.

El artículo 150 se refiere al “constreñimiento a apoyo bélico”; la pena prevista es de tres (3) a seis (6) años. El artículo 151 se refiere al “despojo en el campo de batalla” —se trata del “despojo de sus efectos a un cadáver o a persona protegida”—; la pena prevista es de tres (3) a diez (10) años.

Hay un grupo de tres normas que se reseñan aquí separadamente, porque ayudan a interpretar con acierto el problema suscitado por la adopción, por el Estado colombiano, de la salvedad prevista en la disposición transitoria contenida en el artículo 124 del Estatuto de Roma. Se trata de los artículos 144, 145 y 146. El artículo 144 se refiere a “actos de terrorismo” adelantados con ocasión del conflicto armado. (En el contexto de la reflexión sobre el terrorismo, se reseñará en detalle.) La pena prevista

es de quince (15) a veinticinco (25) años. El artículo 145 se refiere a los “actos de barbarie” cometidos con ocasión del conflicto armado. Se trata de aquellos actos que, fuera de los casos previstos expresamente como conductas punibles y sancionados con pena mayor, consistan en “no dar cuartel, atacar a persona fuera de combate”, en “abandonar a heridos o enfermos”, o en realizar “actos dirigidos a no dejar sobrevivientes o a rematar a los heridos y enfermos u otro tipo de actos de barbarie prohibidos en los tratados internacionales”. La pena prevista es de diez (10) a quince (15) años.

La norma, como se ve, está llena de elementos normativos jurídicos y extrajurídicos y es, en general, un tipo penal en blanco. Se trata de normas que contienen varios verbos rectores y luego se remiten de manera general a tratados internacionales. Es muy discutible —y no solo frente a esta norma, sino frente a muchas otras— su tipificación. El grado de indeterminación de este tipo de preceptos es muy grande, y el reproche claro que contra ellos se puede hacer no se adelanta tan solo desde el punto de vista garantista en función del principio de legalidad, sino que se hace en función de la posible eficacia de las normas. La norma penal, cuanto más precisa, más eficaz.¹⁸

El artículo 146 hace referencia a los “tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida”. Se trata, como en el artículo anterior, de conductas que se castigan, siempre y cuando no constituyan otro delito. La norma hace referencia a quien “inflija a persona protegida tratos o le realice prácticas inhumanas o degradantes o le cause grandes sufrimientos o practique con ella experimentos biológicos, o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado conforme a las normas médicas generalmente reconocidas”.

Las tres normas anteriores se han reseñado en un acápite especial, pues ellas sirven para entender los límites tradicionales que legislativamente se le han impuesto al delito de rebelión —incorporado en los códigos penales colombianos en la lógica de la guerra— en cuanto hace a la conexidad de ciertas conductas con el mismo delito. Como se verá más adelante, ello es importante porque del factor de la conexidad depende, técnicamente, la concesión de amnistías e indultos.

El artículo 162 hace referencia al “reclutamiento ilícito”. Se trata de un problema especialmente grave en el caso colombiano. La norma se refiere a menores de 18 años —en el Estatuto de Roma la edad es de 15 años—. La pena prevista es de seis (6)

¹⁸ El problema de fondo que tiene lugar aquí es que la indeterminación de los tipos penales es un fenómeno recurrente en relación con aquellas conductas que, en el ámbito de derecho interno, pretenden incorporar convenciones internacionales sobre determinados temas, como por ejemplo la tortura, el uso de minas, etc. En las convenciones se utilizan, y ello es adecuado porque el sentido y la intención de la convención es otro, múltiples verbos alrededor de una conducta. Luego, con buena intención, el legislador tiende a transcribir todas las conductas y, de manera automática, los convierte en verbos rectores. Piensa que cuanto más alto el número de conductas reseñadas en el tipo penal, mayor será el alcance de la protección. Pero en la práctica ello no sucede así.

a diez (10) años. El artículo 163 se refiere a la “exacción o contribuciones arbitrarias”. Es otro caso especialmente complejo en la realidad colombiana, ya que la norma reconoce el hecho de que el Estado es sustituido por diversos actores en su tarea de recoger contribuciones ciudadanas. Debe recordarse aquí que, como lo señala por ejemplo Norbert Elias, el Estado moderno se caracteriza no solo por el proceso de monopolización de la violencia, sino por el de la recolección de los impuestos.¹⁹ En este sentido es crítica la situación del precario Estado colombiano.

Como se ha señalado previamente, en el contexto de las normas que se refieren al derecho internacional humanitario, el artículo 179 hace referencia a conductas eventualmente consideradas en el contexto del *apartheid*. Se castiga a quien “realice prácticas de segregación racial o ejerza tratos inhumanos o degradantes basados en otras distinciones de carácter desfavorable que entrañen ultraje contra la dignidad personal, respecto de cualquier persona protegida”.

2. El concepto de bien protegido

En relación con los bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, se encuentra el siguiente grupo de normas. El artículo 154 se refiere a la “destrucción y apropiación de bienes protegidos”. La norma sanciona aquella apropiación o destrucción de bienes —siempre y cuando estas acciones no constituyan otros delitos— “por medios ilegales o excesivos” y en “relación con la ventaja militar concreta prevista”. Así como lo hace el artículo 135 en relación con la noción de *persona protegida*, esta norma también aclara la noción de *bien protegido*. (La pena prevista en la norma es de cinco [5] a diez [10] años de prisión.) De acuerdo con la ley, son bienes protegidos los siguientes:

1. Aquellos bienes que son de carácter civil que no sean objetivos militares.
2. Los culturales y los lugares destinados al culto.
3. Los indispensables para la supervivencia de la población civil.
4. Los elementos que integran el medio ambiente natural.
5. Las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

Como se observa en esta y otras normas ya reseñadas, el Código Penal no insiste solamente en la noción de *humanidad*, como referencia genérica cuando se trata de las personas protegidas, sino que se hace también relación al *exceso* en el conflicto armado. Desde los convenios de La Haya que hacen parte del derecho internacional de los conflictos armados, sobre todo en la regulación de las armas de la guerra, este problema es fundamental: el exceso en el uso de armas o el exceso en el uso de las ventajas de la guerra. Son elementos claros de la tipicidad de la conducta, que exigen del fiscal y del juez un conocimiento minucioso de las leyes de la guerra.

¹⁹Norbert Elias, *El Proceso*, 1977, pp. 344 y ss.

El artículo 155 se refiere a la “destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario”. La norma concierne a toda la constelación de instalaciones y medios de transporte sanitario. Incluye una condición: la destrucción de dichos bienes o instalaciones se castigará siempre y cuando no se justifique bajo “imperiosas necesidades militares”. Así como en la norma que se refiere al desplazamiento de poblaciones que obedece a imperiosas necesidades militares, en este caso el intérprete debe ser muy cuidadoso para saber evaluar cuándo se trata estrictamente de acciones militares imperiosas. La pena prevista es de cinco (5) a diez (10) años.

El artículo 156 se refiere a la “destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto”. Ya está reseñado este hecho en el artículo 154, numeral 2°, pero el artículo 156 amplía los alcances de la conducta a lugares históricos, obras de arte, instalaciones educativas, etc. La pena prevista en la norma es de cinco (5) a diez (10) años de prisión.

El artículo 157 se refiere al “ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas”. Con esta noción de *fuerzas peligrosas* se hace referencia a “presas” de agua, a “diques, centrales de energía eléctrica, nucleares u otras”. La norma también se refiere a la salvedad de tratarse de imperiosas necesidades militares, así como a la necesidad de que dichas fuerzas se encuentren debidamente señaladas con los signos convencionales. La pena prevista para estas acciones es de diez (10) a quince (15) años. La norma contiene una alusión a una consecuencia que perfectamente puede ser tematizada bajo la figura de la imputación objetiva: “si del ataque se deriva la liberación de fuerzas con pérdidas o daños en bienes o elementos importantes para la subsistencia de la población civil, la pena será de quince (15) a veinte (20) años”. Finalmente, el artículo 164 se refiere a la “destrucción del medio ambiente”. Así, se castiga a quien, con ocasión del conflicto armado, “emplee métodos o medios concebidos para causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”. La pena es de diez (10) a quince (15) años.

IV. Sobre el crimen de agresión

No está tipificado el crimen de agresión.

V. Otros tipos criminales de derecho penal internacional dentro del derecho nacional: el caso del terrorismo

En el Código Penal de 1980 fue incorporada, por primera vez en el ordenamiento colombiano, la figura del terrorismo. Al lado del delito político, cuyo centro es el delito de *rebelión*, pero que está conformado igualmente por los delitos de *asonada* y *sedición*, dentro de la pretensión por regular hechos ligados a la conflictividad del país, se reguló el delito de terrorismo. Se trató del artículo 187, que establecía: “El que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra o de perturbar el orden público, emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva, incurrirá

en prisión de diez (10) a veinte (20) años, sin perjuicio de las penas que corresponda por los demás delitos que ocasionen este hecho”.

En 1988, a través de un estatuto especial expedido a instancia del estado de sitio, se reformó la redacción de la norma. Se agregó, a los fines previstos, la pretensión de mantener en “terror a la población”, y se agregaron una serie de elementos normativos y de circunstancias fácticas que lo hicieron más complejo: la noción de bienes se amplió a “transportes, medios de comunicación, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices”. También se agregaron múltiples circunstancias de agravación.²⁰ En 1990, con la creación del denominado Estatuto para la Defensa de la Justicia, se recogieron, otra vez por vía del estado de sitio, numerosas normas del estatuto de 1988 y, hasta ahora, con algunas variantes, se mantiene una legislación especial antiterrorista. Al mismo tiempo, el nuevo Código Penal, en el artículo 343, consagra la figura del terrorismo, con una redacción similar al precepto contenido en el artículo 1° del decreto 180 de 1988, pero rebaja la pena, que va de 10 a 15 años. Cuando se trate de terrorismo usando medio telefónico o similares, la pena es de dos a cinco años. También, como lo hacía el estatuto del 88, el nuevo Código consagra circunstancias de agravación en el artículo 344.²¹

En relación con aquello que puede denominarse *terrorismo internacional*, es motivo hoy de discusión permanente un endurecimiento mayor de las normas antiterroristas para enfrentar nuevos fenómenos. No se ve posible, en todo caso, por lo menos desde el punto de vista dogmático, un mayor endurecimiento: toda la legislación penal está saturada de normas, ordinarias y de excepción, encaminadas a combatir el terrorismo. En cualquier caso, tratándose concretamente del terrorismo internacional, dentro de las normas existentes hay preceptos que pueden aplicarse a casos concebidos hoy como esa forma de terrorismo. Por ejemplo, el numeral 2° del artículo 344 del Código Penal, que se refiere a circunstancias de agravación para el terrorismo, establece una mayor pena cuando “se asalten o se tomen instalaciones de la fuerza pública, de los cuerpos de seguridad del Estado, o sedes diplomáticas o consulares”. Luego, el numeral 3° agrava la pena cuando “la conducta se ejecute para impedir o alterar el normal desarrollo de certámenes democráticos”. Por su parte, más clara puede ser la oportunidad de castigar conductas a través del numeral 5°, que establece lo siguiente: “Cuando la conducta recaiga sobre persona

²⁰ El decreto 180 de 1988, llamado “Estatuto antiterrorista”, consistió en un verdadero código especial de orden público y no se trató solo de una norma, sino de muy diversas normas que contenían todas las variantes posibles de la lucha contra el terrorismo.

²¹ Además de lo anterior, que se refiere de manera general al terrorismo en cualquier circunstancia, el Código Penal, tal como se vio en su momento, introduce una norma referida a actos de terrorismo en ocasión del conflicto armado interno. Se trata del artículo 144, que se refiere a quien “realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en prisión de quince (15) a veinticinco (25) años...”.

internacionalmente protegida diferente de las señaladas en el título II de este libro, o agentes diplomáticos de conformidad con los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, o se afecten edificaciones de países amigos o se perturben las relaciones internacionales”.

C. Principios para la aplicación del poder punitivo nacional

I. Principios de conexión para el poder punitivo nacional

En Colombia ha prevalecido históricamente el denominado principio o estatuto territorial. Ello es así, aunque la legislación penal consagra el estatuto real o de defensa, el personal y el universal, que cada vez adquiere mayor importancia.²² En otras naciones, por vía de la prelación de los tratados internacionales sobre el orden interno —en relación con crímenes de guerra, por ejemplo— o, en todo caso, en función del bloque de constitucionalidad, es posible aplicar el estatuto universal contenido en los mismos tratados. En el caso colombiano, en el cual las normas se encuentran tipificadas en el Código Penal, se aplican directamente los principios sobre validez espacial y temporal contenidos en el mismo Código.

El artículo 14 consagra el principio de territorialidad: “La ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional”. (La norma consagra expresamente la posibilidad de excepciones en función del derecho internacional, lo cual significa una cierta flexibilidad en relación con exigencias internacionales.) Luego la norma establece que la conducta se entiende realizada en el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción, en el lugar donde debió realizarse la acción omitida y en el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado. El artículo 15 consagra la territorialidad por extensión, que se refiere a las aeronaves o naves del Estado.

Por su parte, el artículo 16 —que es un artículo complejo que mezcla múltiples opciones y en el cual se entremezclan el estatuto real o de defensa, el personal y el universal— consagra en general las posibilidades de extraterritorialidad. El numeral 6° de dicho artículo, como expresión del estatuto universal o el también llamado principio de jurisdicción mundial, establece que se puede castigar al “extranjero que haya cometido en el exterior un delito en perjuicio de extranjero”, siempre y cuando se den las siguientes condiciones: que el actor se halle en territorio colombiano, que el delito tenga señalada en Colombia pena privativa de libertad cuyo mínimo no sea inferior a tres años, que no se trate de delito político y que, solicitada la extradición,

²² Aunque, como se señala en un informe de derecho comparado, “los desarrollos jurisprudenciales son pocos. No se conoce ningún caso de la Corte Suprema en el cual se vislumbre la aplicación del principio de jurisdicción mundial a cualquiera de los hechos punibles que motivan su indagación”. Kai Ambos, en *Revista Penal* (colaboración de Fernando Velásquez y Deryl Guerrero), p. 143.

esta no haya sido concedida por el gobierno de Colombia. Cuando la extradición no es aceptada, la norma consagra que habrá lugar al proceso penal. (Nótese la alusión a delitos políticos, que debe leerse en función de lo escrito hasta ahora en relación con estos delitos.) Finalmente, debe reseñarse que el artículo 17 del nuevo Código Penal se refiere a la sentencia extranjera y señala que, cuando ella sea absolutoria o condenatoria, “tendrá valor de cosa juzgada para todos los efectos legales”.

II. Obligación de persecución o discrecionalidad de persecución

En Colombia no existe una regulación formal del principio de oportunidad. Por esa razón, rige el principio de legalidad. La ley impone a la Fiscalía General la investigación de todos los delitos. Es posible que, desde el punto de vista fáctico, por ciertas razones de la coyuntura y como de hecho ha ocurrido, de acuerdo con ciertas directrices, se enfatice la persecución de determinadas conductas, pero no se trata de una definición legal. En el acto legislativo de finales de 2002, reformativo de la Fiscalía General de la Nación, se allana la posibilidad de incorporar este principio en el futuro. No obstante, más allá de toda discusión en torno a su lugar desde el punto de vista de la técnica dogmática procesal, él no podría funcionar en relación con los delitos materia de este informe. Precisamente, el sustrato esencial del principio de oportunidad es “descargar” al ente acusador de la obligación de perseguir bagatelas y de concentrarse en lo esencial. Y dentro de lo esencial se encuentran las conductas materia de este informe. En todo caso, se trata de un principio que debe estar ligado a la idea del derecho penal mínimo, y no a meras decisiones político-coyunturales.

D. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena

I. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena en comparación con el Estatuto de Roma

En los apartes siguientes se hará mención a las normas de la parte general del Código Penal colombiano que condicionan las conductas de la parte especial que han sido reseñadas. Al mismo tiempo, se hará referencia a los aspectos más importantes destacados por la Corte Constitucional en relación con estos puntos. Se desarrollará una exposición sintética, haciendo hincapié en aquellos aspectos que merecen especial atención, más allá de discusiones dogmáticas y atendiendo a las posibilidades de aplicación práctica de las normas. A efectos de la exposición se efectuarán algunos cambios en el índice del punto D. Se destacarán aquellos aspectos que más lo ameriten y otros, como el dolo o la tentativa, se reagruparán sintéticamente.

En relación con aspectos dogmáticos de la parte general del Estatuto, la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente:

Todos los principios generales de derecho penal antes mencionados tienen gran relevancia para la vigencia de los derechos humanos y para la lucha contra la impunidad por delitos de enorme gravedad para la humanidad. Para efectos del control de

constitucionalidad del Estatuto, sin embargo, sólo algunos de ellos ameritan una consideración detallada respecto de su consonancia con los preceptos constitucionales, marco a partir del cual esta Corte debe realizar el examen de su constitucionalidad.²³

De esta manera, según la Corte, “los principios de legalidad de la conducta punible y de la exclusión de la analogía (artículo 22), de legalidad de la pena (artículo 23), de irretroactividad (artículo 24), de responsabilidad penal individual (artículo 25) y de exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte Penal Internacional (artículo 26) no presentan problemas de compatibilidad con el orden constitucional colombiano”.²⁴ Se trata de principios caros al derecho penal que deben conservarse también en el derecho público interno.²⁵ Ellos están recogidos en las siguientes normas del Código Penal colombiano:

El artículo 6°, expresión legal del artículo 29 de la Constitución política, recoge el principio de legalidad de la sanción y el de la legalidad de la pena: “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”. Enseguida, la norma trae una referencia a los tipos penales en blanco, con el objeto de condicionarlos también, desde la parte general, al principio de legalidad: “La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco”. Luego, la norma consagra el principio de favorabilidad: “La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. Al mismo tiempo, la norma recoge una tendencia jurisprudencial en el caso colombiano, en el cual prevalece la idea de la libertad sobre la seguridad jurídica: “Ello también rige para los condenados”. Al final, el artículo excluye la aplicación analógica y solo da cabida a la denominada analogía *in bonam partem*: “La analogía sólo se aplicará en materias permisivas”.

En relación con la responsabilidad penal, ella es, en el caso colombiano, individual. No existe responsabilidad penal de personas jurídicas. El artículo 29, inciso 2°, hace referencia, en cuanto a la sanción penal de los autores, a situaciones relacionadas con las personas jurídicas. En una redacción un poco confusa, dice el inciso:

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

En cuanto a las normas que regulan la edad, las disposiciones del Estatuto, como lo dice la Corte Constitucional, son compatibles con las leyes colombianas. El artículo

²³ Corte Constitucional, sentencia n° C.578 de julio de 2002, p. 107.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Véase, al respecto, Kai Ambos, en Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero (eds.), *El Estatuto...*, 1999, pp. 114 y ss. Un esfuerzo significativo por construir una parte general para el derecho penal internacional es el escrito de “Habilitation” de Kai Ambos, *Der Allgemeine...*, 2002.

lo 33 del Código Penal, cuando hace referencia a una situación específica de inimputabilidad, dispone que “los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil”.

En relación con el principio de irretroactividad de la ley penal, la Corte Constitucional hace consideraciones interesantes. A su juicio, “El principio de ‘irretroactividad *ratione personae*’ consagrado en el artículo 24, más que una prohibición a la retroactividad de la ley respecto de conductas realizadas antes de su consagración como crímenes, es en realidad una norma que limita la competencia de la Corte Penal Internacional a los delitos consagrados en el Estatuto de Roma por conductas posteriores a su entrada en vigor”.²⁶

Así, la Corte lo entiende más como límite a la competencia de la Corte Penal Internacional que como posibilidad abierta para la impunidad: “La irretroactividad del Estatuto no supone la impunidad de tales conductas. Éstas, de todas maneras, pueden ser investigadas y sancionadas por las jurisdicciones nacionales o por otros tribunales internacionales, si se tiene en cuenta que el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra se encontraban proscritos en el derecho internacional de los derechos humanos y por el derecho internacional humanitario antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, así como por la existencia de un compromiso internacional para su represión y del reconocimiento de una jurisdicción universal para su juzgamiento por cualquier Estado”.²⁷ En todo caso, y esto es fundamental, se debe preservar el núcleo intocable del artículo 29 de la Carta Política: “la Corte encuentra que el artículo 24, numeral 1º, que limita la competencia de la Corte a los crímenes cometidos después de su entrada en vigor, y el numeral 2º, que consagra el principio de favorabilidad en beneficio del investigado, procesado o condenado cuando se modifica el derecho aplicable antes de haberse proferido sentencia definitiva por la Corte Penal Internacional, consagran principios que están en consonancia con el artículo 29, inciso 2º de la Constitución”.²⁸

El juez constitucional encontró necesidad de aclarar otros aspectos de la parte general del Estatuto, en conformidad con las disposiciones constitucionales. A continuación, a la par que se reseñan las normas del Código Penal, se hará referencia a la decisión del tribunal constitucional, en aquellos temas que lo ameriten.

Los tipos penales reseñados con anterioridad se encuentran tipificados en la parte especial del Código Penal. No hacen parte, tal como se anotó, de un estatuto o ley especial. Por lo tanto, cada una de ellos debe ser interpretado con base en las fórmulas dogmáticas establecidas en la parte general. El nuevo Código Penal conserva, aunque de una manera asistemática, las categorías que componen la teoría general del delito. Entre ellas, desde luego, la culpabilidad.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia n° C.578 de julio de 2002, p. 108.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

1. En el título II, capítulo único, que regula la *conducta punible*—tal como hoy se concibe aquello que en el Código Penal del 80 se entendía como *hecho punible*—, el artículo 21 hace relación a las “modalidades de la conducta punible”. De esta forma, “la conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención solo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley”. Por su parte, el artículo 22 se refiere al *dolo*.

De esta manera entonces, desde la parte general, quedan establecidas las bases para la deducción del dolo en las conductas señaladas. Por esa razón, dichas conductas, a diferencia de como lo hace el Estatuto de Roma, no subrayan dentro de su tenor el elemento de la *intencionalidad*. Por ejemplo, en el caso del genocidio, según el Estatuto en el artículo 7, numeral 2, *b*, el “‘Exterminio’ comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas...”. La norma aclara la noción de intencionalidad. En el Código Penal colombiano, este elemento intencional está implícito en la conducta y debe ser deducido con base en la parte general. (Ahora bien, en la legislación colombiana, la norma que se refiere al genocidio, para continuar con el ejemplo, está condicionada por un *ingrediente o elemento subjetivo* que hace parte de la descripción típica de la conducta y sin el cual la conducta no es entonces típica. Se trata, como se ha visto, del “propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional étnico, racial, religioso o político...”.)

El intérprete, en cada caso concreto, debe revisar el principio de culpabilidad. Para ello, no solo debe tener en cuenta la consagración genérica del dolo que se hace en la parte general, sino que debe, a su vez, deducir el tipo de dolo de que se trata en relación con la conducta concreta que juzga. Por ejemplo, en el caso del artículo 144, referido a actos de terrorismo en ocasión del conflicto armado, la norma se refiere al hecho de ordenar llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos contra la población civil. Luego aclara que el agente será penalizado por “esa sola conducta”. Así, con independencia de que el ataque masivo haya producido resultados, se castiga el mero hecho de ordenar llevarlo a cabo. De la misma forma, el artículo 145, al reseñar los actos de barbarie, los actos de no dar cuartel o los actos dirigidos a no dejar sobrevivientes, también castiga al agente por ese solo hecho, de tal forma que no se requiere que efectivamente no se hayan dejado sobrevivientes. En estos casos, el intérprete debe reconocer la diferencia entre el denominado *dolo de lesión* y *dolo de peligro*. Al mismo tiempo debe —lo cual constituye un gran problema en toda la legislación antiterrorista e incluso, como se ve, en la legislación que pretende castigar violaciones de derechos humanos o derecho humanitario— ser cuidadoso en cuanto a la responsabilidad objetiva. Cuando se habla de castigo por “esa sola conducta”, se corre el peligro de violar la prohibición expresa del artículo 12 sobre el castigo con base en dicha forma de responsabilidad.²⁹

²⁹ En la revisión de la figura del dolo que hace la Corte Constitucional, esta encuentra que el artículo 30 del Estatuto es coherente con el ordenamiento interno, en la medida en que los alcances del

2. En el Estatuto de Roma se conserva la tradicional diferenciación entre error de hecho y error de derecho. En el nuevo Código Penal colombiano la figura del error se interpreta en función de las categorías de *error de prohibición* —directo e indirecto— y *error de tipo*, al mismo tiempo que se incorpora la noción de vencibilidad e invencibilidad del error. El error está contenido en el artículo 32, que se refiere genéricamente a las causales de exclusión de la responsabilidad (numerales 10, 11 y 12). Interesante y polémico es el enunciado final del numeral 11: “Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”. El juez debe aplicar en este caso un juicio de razonabilidad.
3. Tal como lo dice la Corte Constitucional, “examinadas las causales *eximientes de responsabilidad penal* consagradas en el Estatuto de Roma, se tiene que solo las causales referidas a la legítima defensa de la propiedad en casos de crímenes de guerra (artículo 31.1 literal *c* del ER) y de obediencia debida (artículo 33 del ER) parecen establecer un tratamiento de estas materias diferente del que consagra nuestro ordenamiento constitucional, por lo cual deben ser analizadas con mayor detalle”.³⁰

El juez constitucional hace un análisis detallado, especialmente de la figura de la obediencia debida, para ajustarla a las diversas decisiones jurisprudenciales que han descartado esta figura en caso de violaciones de derechos humanos. Antes de reseñar la sentencia de la Corte Constitucional, se aclara que los numerales 4, 6 y 7 del artículo 32 del Código Penal se refieren a causales de exclusión de la responsabilidad, que son relevantes para el tema tratado. La legítima defensa se consagra en el numeral 6, el estado de necesidad se consagra en el numeral 7°, mientras que el numeral 4° se refiere a la orden entre militares. (Enseguida se volverá sobre él.)

Como se ha dicho, la Corte constitucional se ocupa de la figura de la obediencia debida. El artículo 91 de la Carta Política se refiere a dicha figura: “En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares

dolo pueden ser fijados legislativamente y no existe un único parámetro dogmático para hacerlo. También encuentra coherente algunas excepciones al principio, consagradas en el Estatuto de Roma, de acuerdo con fenómenos específicos regulados por dicho Estatuto que, como todo, debe leerse en función del principio de complementariedad: “Algunas de las excepciones al *mens rea* del artículo 30 y que colocan un parámetro de culpabilidad menos exigente son precisamente las referidas a la responsabilidad de los jefes y otros superiores” (artículo 28), o, en los crímenes de guerra, la responsabilidad penal por “utilizar de *modo indebido* [se subraya] la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves” (artículo 8.2 literal *b*, vii, ER). También las hay ajustadas a la carta, de acuerdo con los límites establecidos por el artículo 93.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia n° C.578 de julio de 2002, p. 123.

en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden”. Según la Corte, “la anterior disposición parece establecer un tratamiento diferente al previsto en el artículo 91”. No obstante, “a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la obediencia debida, tal diferencia se diluye, ya que precisamente la Corte ha interpretado la eximente de responsabilidad penal contenida en el inciso 2º del artículo 91 de la Constitución cuando la actuación se realiza en cumplimiento de órdenes superiores, en el sentido de excluir la obediencia como causal de exoneración penal cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo para el agente que la ejecuta, puesto que causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible”.³¹

Lo importante para destacar en este punto, en relación con el derecho penal, es lo siguiente: el numeral 4º del artículo 32 del Código Penal excluye la responsabilidad cuando “se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales”. No obstante, la norma en su inciso segundo establece, en conformidad con el precepto constitucional y la interpretación jurisprudencial, que “no se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura”.³²

4. El artículo 27 del Código Penal consagra la figura de la *tentativa*. Se castiga a quien “iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjera por circunstancias ajenas a su voluntad”. Luego, la norma consagra, con cierta confusión, una especie de tentativa desistida, pero la castiga. Parece ser un rezago peligrosista de legislaciones ya superadas: “Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos para impedirla”. Como se ve, esta figura tiene un tratamiento diferente en el Estatuto de Roma.
5. El Código Penal tiene varias normas dedicadas al *concurso de personas en la conducta punible*. Con esta denominación, el artículo 28 establece que “concurrer en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes”. Luego, el artículo 29 define quiénes son los autores y designa una misma pena para ellos, mientras que el artículo 30 se refiere a los partícipes, a

³¹ *Ibidem*, p. 125.

³² Ello se debe interpretar, desde luego, como un esfuerzo del legislador por ahondar en las reservas frente a conductas muy graves y no como una numeración taxativa. Es la misma lógica, y debe interpretarse en consonancia con él, del artículo 3º del Código Penal Militar, que excluye estos tres delitos del conocimiento de la justicia penal militar. Como se anotó, la Corte Constitucional, en sentencia nº C.878 de 2000, declaró constitucional esta norma, siempre y cuando se entienda que no se trata de una numeración excluyente.

los que divide en determinador y cómplice, pero al determinador le asigna la misma pena prevista para quien incurra en la infracción. Más adelante, el artículo 31 consagra las reglas para aplicar la pena en caso de concurso de conductas punibles.

Es importante destacar que diversas normas reseñadas en este informe presentan dificultades cuando se aplican a ellas los denominados dispositivos amplificadores del tipo penal. En diversas normas se observa una tendencia a la criminalización del *estadio previo* de la conducta. Expresiones que sugieren responsabilidad objetiva, como el castigo por “ese solo hecho”, etc., hacen difícil la aplicación de la tentativa. Por su parte, el fenómeno de la coparticipación sufre dificultades cuando se trata, por ejemplo, de casos de concurso necesario o de la confluencia de verbos rectores o de acciones múltiples, como es el caso del genocidio. Distinguir entre las conductas que constituyen los verbos rectores no es tarea fácil para el intérprete. Además, en su afán por perseguir el crimen organizado, el legislador, además de normas que lo castigan con severidad, ha consagrado como causal de agravación, “el obrar en coparticipación criminal” (numeral 10° del artículo 58). Aunque el juez es quien debe diferenciar, por ejemplo, si se trata de formas del concurso necesario —rebelión, por ejemplo, o concierto para delinquir— y que en este caso no debe aplicar el numeral citado, es una norma que puede prestarse para una agravación de las conductas no prevista legalmente. (En los casos que se reseñarán posteriormente, el problema del concurso ha sido fundamental en los fallos producidos por los jueces.)

6. El Código Penal establece, en el artículo 25, que “la conducta punible puede ser realizada por acción y por omisión”. De igual manera, consagra las *posiciones especiales de garantía*. De manera general: “Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley”.

Enseguida, la norma se refiere a distintas modalidades de posición de garante. Se trata de una disposición ligada a muchos casos en los cuales están involucrados agentes que cometen las conductas detalladas en este informe. En reciente decisión, la Corte Constitucional reconoce expresamente la posición especial de garantía, respecto de la fuerza pública. Dice al respecto: “Las fuerzas militares tienen la obligación —en tanto que garantes— de enfrentar las agresiones individuales o colectivas contra los derechos constitucionales de las personas, así como, de manera general, contra los derechos humanos. De ahí que no puedan abstenerse de iniciar acciones de salvamento, excepto que medie imposibilidad jurídica o fáctica, frente a la ocurrencia de hechos graves de violación de tales derechos, en particular conductas calificables de lesa

humanidad [...]”.³³ Además de estos delitos, la Corte señala las infracciones al derecho internacional humanitario. Al final, señala el juez constitucional: “La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o *imprudencia*). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; éstas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho”.³⁴ [Cursivas añadidas.]

Así, entonces, es claro que en la jurisprudencia constitucional nacional se da cabida a la *responsabilidad* del jefe o superior militar, oficial o de facto. De hecho, en este país se ha aplicado la responsabilidad del superior jerárquico, siguiendo los lineamientos generales del derecho internacional. La Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación ha vinculado procesalmente a jefes de grupos irregulares —ya que, como se sabe, no se trata solo de jefes de unidades armadas regulares— utilizando los alcances de la doctrina internacional. Si en el núcleo de las normas de derecho humanitario subyace la mera existencia fáctica de la confrontación, y no surgen valoraciones jurídicas sobre *justa causa* o motivos morales para dicha confrontación, entonces la responsabilidad del superior jerárquico se abre también a posiciones de mando, aunque sean de facto.

Finalmente, en relación con este tema, tal como lo ha reconocido el juez constitucional, “mediante el establecimiento de un tratamiento diferente al previsto en la Constitución, el Estatuto de Roma extiende la responsabilidad penal del comandante, ya sea de un ejército oficial o de fuerzas irregulares (artículo 28, literal *a*, ER), a superiores civiles respecto de los actos de sus subordinados en las circunstancias establecidas en el artículo 28 literal *b*)”.³⁵ A pesar de ello, se aclara que “dicho tratamiento diferente fue autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001. No sobra decir que, salvo por la oposición de China, la extensión de la responsabilidad penal del comandante a otros superiores civiles obtuvo amplio respaldo en las deliberaciones previas a la aprobación del Estatuto de Roma”.³⁶

7. Uno de los aspectos más interesantes del nuevo Código Penal colombiano es la regulación de la punibilidad. Allí, de manera especial, se hace más exigente para el juez el proceso de aplicación de la ley penal. El artículo 3 consagra

³³ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Se trata, además, de una sentencia que profundiza, como mucha claridad y con base en la literatura especializada, en el fenómeno de la omisión y en la figura jurídica de la posición de garante.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia n° C.578 de julio de 2002, p. 118.

³⁶ *Ibidem*.

la noción de *necesidad* de la pena, al lado de la *proporcionalidad* y la *razonabilidad*, como los principios orientadores de la sanción penal. Por su parte, el artículo 4° consagra, como es tradicional y no en pocos casos materia de confusión y debate, varias funciones de la pena: la prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. En el caso de normas que protegen derechos humanos, puede argumentarse en función de la prevención general, aunque hay voces desde luego que avalan la función de la retribución, por ejemplo. En cualquier caso, una vez que el juez penal haya adelantado los ejercicios aritméticos complejos que trae el nuevo Código Penal, debe motivar la sentencia. Ello se exige expresamente, lo cual es muy importante, por el Código en el artículo 59. Como parte de la motivación, el juez, de acuerdo con el artículo 61 y ponderando diversos criterios, debe aplicar en cada caso concreto la pena con base en una de las funciones establecidas para ella en el artículo 4. Es una exigencia legal.

8. El principio de *non bis in idem* está consagrado en el artículo 29 de la Carta Política y en el artículo 8° del Código Penal que prohíbe la *doble incriminación*. Este artículo, discutido al mismo tiempo en que se discutían normas propias del derecho penal internacional y en consonancia con el principio de *integración* consagrado en el artículo 2 del Código, establece una excepción importante en su inciso final: “A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales”. Es una norma que desde el Código Penal, y antes de la reforma al artículo 93 de la Carta, establecía la posibilidad de introducir excepciones, absolutamente limitadas, al principio de *non bis in idem*.

Se trata, como en otras materias tan polémicas como la imprescriptibilidad, la irretroactividad o, en general, el principio de legalidad, de normas que deben interpretarse de manera muy restrictiva. En función de la necesaria armonía con los arts. 17 y 20 del Estatuto de Roma, debe leerse muy bien en relación con las nociones de competencia y admisibilidad, y en función de las reglas sobre cosa juzgada. Deben observarse muy en detalle las condiciones exigidas por la Corte Penal para juzgar conductas previamente juzgadas, para evitar formas eventuales de uso arbitrario de su competencia.³⁷

9. En Colombia existe un complejo entramado de *fueros* especiales y de *inmunidades*. A manera de ejemplo, el artículo 185 de la Carta consagra la invio-

³⁷ En reciente decisión de la Corte Constitucional, que se reseñará posteriormente, se permite la acción de revisión contra sentencias absolutorias: se flexibilizó de alguna manera el principio de doble incriminación, en función de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

labilidad de los congresistas por las opiniones y votos que emitan en el ejercicio de su cargo; el artículo 186 establece que de los delitos que cometan los congresistas conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia; el artículo 199 consagra un fuero especial para el presidente de la República, que no puede ser perseguido ni juzgado por delitos sino en virtud de decisión de la Cámara de Representantes y cuando el Senado lo haya autorizado; por su parte, el artículo 221 establece el fuero militar (numeral 4). La ley desarrolla estos preceptos.

En su extenso estudio, la Corte Constitucional encuentra “que en esta materia el Estatuto de Roma establece un tratamiento diferente autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001”.³⁸ La Corte aplica el esquema de interpretación que se ha anunciado, reseña una a una las diferencias entre el Estatuto y las disposiciones constitucionales, y concluyen que aquellas diferencias no tornan inconstitucional sus normas, siempre y cuando se interpreten de manera restrictiva en función de la reforma constitucional del artículo 93. Así, en relación con los fueros e inmunidades, expresa: “las normas constitucionales no obstaculizan la competencia de la Corte para investigar o juzgar a las personas sindicadas de haber cometido uno de tales crímenes, siempre que se den las condiciones de admisibilidad del caso, ya analizadas”.³⁹

10. La *imprescriptibilidad* de conductas relacionadas con violaciones de derechos humanos ha sido siempre un aspecto de amplia discusión. Colombia, frente a tratados de derecho internacional, ha presentado reservas en relación con la imprescriptibilidad de ciertas conductas. Ello en virtud del artículo 28 de la Carta Política, que en su inciso último establece que “en ningún caso podrá haber detención, prisión y arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad prescriptibles”. Como expresión de ello, el artículo 83 del Código Penal regula la prescripción de todos los delitos, incluidos aquellos que componen lo que aquí se ha denominado *núcleo duro de derechos humanos*. Para estos cuatro delitos —genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado— se prevé un máximo término de prescripción de 30 años.

En relación con la imprescriptibilidad, señala la Corte Constitucional: “la Corte Penal Internacional sí puede —en razón del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de su competencia— llegar a investigar y juzgar conductas constitutivas de cualquiera de los mencionados crímenes, así la acción penal o la sanción penal para los mismos haya prescrito, según las normas jurídicas nacionales”.⁴⁰ Enseguida, aclara que ese “tratamiento diferente que hace el Estatuto de Roma respecto a la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional tiene

³⁸ Corte Constitucional, sentencia n° C.578 de julio de 2002. p. 113.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 120.

fundamento en el artículo 93 de la Constitución. Se trata de un tratamiento distinto respecto de una garantía constitucional que está expresamente autorizado a partir del Acto Legislativo 02 de 2001 y que opera exclusivamente dentro del ámbito regulado por dicho Estatuto”.⁴¹

11. Un aspecto especialmente relevante en el caso colombiano es el que se refiere a los indultos y amnistías. Existen historiadores que aseguran que la historia de Colombia se puede seguir a partir de las múltiples amnistías que han tenido lugar en el país. Así como la guerra ha sido fuente de derecho —diversas reformas constitucionales o nuevas Cartas Políticas se han originado en conflictos violentos—, las amnistías también han sido fuente de transformaciones jurídico-institucionales. Ellas, al igual que los indultos, han estado ligadas a búsquedas políticas de incorporación de actores rebeldes armados a la legalidad o institucionalidad estatal. Es por esta razón que las figuras deben entenderse, sin perjuicio de que en un momento sea discutida la posibilidad de que se concedan a actores distintos de los rebeldes guerrilleros, en el contexto del delito político. Esta figura ha existido desde el siglo XIX.

El artículo 125 del Código Penal de 1980, modificado por un decreto de estado de sitio, establecía: “Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de 5 a 9 años”. Por su parte, el artículo 127 consagraba la figura de la *exclusión de la pena*. La norma constataba la complejidad del delito de rebelión. Este no se da en estado puro: con él concurren otras conductas, ellas mismas tipificadas como delitos. La norma decía, en consecuencia: “los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo”.

De esta forma, en el delito de rebelión se subsumían dichas conductas y la pena que se aplicaba era aquella, en un sentido privilegiada —pues siempre ha sido cuantitativamente menor—, propia del delito político. Ello operaba siempre y cuando, y de acuerdo con la norma, no se tratase de aquellos actos de *terrorismo*, *ferocidad* o *barbarie*. Esta restricción ha sido, por su parte, la base para limitar los alcances de las figuras de las amnistías e indultos. Hoy se hablaría, por ejemplo, de aquellas conductas consideradas en el ámbito internacional como delitos de *lesa humanidad* y que han sido incorporadas en el nuevo Código Penal con las denominaciones ya reseñadas, como límites para la concesión de indultos y amnistías.⁴²

⁴¹ Ibidem.

⁴² El nuevo Código Penal conserva, pese a todas las variantes, la figura de la rebelión, en el artículo 467. Al lado del terrorismo, del concierto para delinquir y de otras figuras ligadas a la conflictividad del país, se conserva el tipo penal de la rebelión. Ya no existe, sin embargo, el artículo sobre exclusión de la pena. Existe, como es de suponer, con plena vigencia la aplicabilidad de las figu-

Lo anterior sirve para analizar la decisión adoptada por el gobierno saliente en el año 2002, y avalada por el gobierno entrante, en el sentido de adoptar la “salvedad” prevista en la disposición transitoria contenida en el artículo 124 del Estatuto de Roma. Así, no se aplicará el Estatuto a los crímenes de guerra en los próximos siete años. La noticia ocasionó una gran sorpresa y ha surgido una verdadera avalancha de críticas. El motivo de la sorpresa es que en ningún momento el gobierno saliente anunció que adoptaría dicha salvedad. Según se ha reseñado en los medios, apenas un par de días antes del fin del período de gobierno, el 5 de agosto, el Poder Ejecutivo optó por tal decisión.

Dichos planes no se discutieron ni se anunciaron a nadie: el país se sintió un poco asaltado por una decisión de última hora, ya que la posesión del nuevo presidente fue el 7 de agosto. El ministro de Relaciones Exteriores del gobierno anterior, al contestar las críticas, señaló que “la decisión fue consultada y avalada por el gobierno de Uribe, en el entendido de que no era conveniente dejar obstáculos para una eventual reanudación de los diálogos”.⁴³ Se refería el ministro a los diálogos de paz con la guerrilla, que fueron interrumpidos en marzo de 2002. De igual manera, el funcionario gubernamental encargado específicamente del tema de la paz afirmó: se trata de dejar una “ventana abierta” para un eventual proceso de paz.⁴⁴ Según el gobierno entonces, el motivo de la salvedad es que no exista la amenaza de castigo inmediato a crímenes de guerra cometidos por actores que pueden ser eventualmente amnistiados o indultados como consecuencia de procesos de paz exitosos.

El procurador general de Nación, “a nombre del pueblo”, de acuerdo con su mandato constitucional, rechazó la decisión y en enérgica carta dirigida al nuevo gobierno dijo lo siguiente: “Los colombianos recibieron con enorme sorpresa la noticia de la salvedad y se considera que con ello hemos mandado a la comunidad internacional el equívoco mensaje diciendo que nuestro Estado está dispuesto a no permitir que la CPI conozca, en forma residual, de las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que se cometan con motivo del conflicto armado interno”.⁴⁵

Las diversas instituciones que han intervenido en el complejo proceso de adopción del Estatuto arreciaron las críticas, pues, según sus miembros, en ningún momento se discutió con ellos sobre la salvedad. Un congresista, por ejemplo, reclamaba: “El Congreso tiene que conocer las causas que motivaron al gobierno para no informar su decisión al momento en que fue debatido el Estatuto en Senado y Cámara

ras de la amnistía y del indulto, a pesar de que cada día, por la realidad y por las variantes introducidas legal y jurisprudencialmente al delito de rebelión, se ha hecho más difícil precisar los alcances y límites de ese tipo penal.

⁴³ *El Tiempo*, martes 3 de septiembre de 2002, pp. 1-8.

⁴⁴ *El Tiempo*, miércoles 4 de septiembre de 2002, pp. 1-11.

⁴⁵ *El Tiempo*, martes 3 de septiembre de 2002, pp. 1-8.

de Representantes”.⁴⁶ De igual forma, un representante en la Cámara señalaba una gran contradicción en, de una parte, declarar el estado de conmoción interior para luchar contra actores armados y, de otra parte, negar la aplicación del Estatuto contra actos perpetrados por ellos.⁴⁷ Por su parte, la Corte Constitucional, que en ese momento se encontraba estudiando la constitucionalidad de la ley que aprobó la adopción del Estatuto, expidió un comunicado en el cual estableció que “no sabía que se adoptaría dicha decisión política por parte del gobierno”.

También en la sociedad civil se ha cuestionado severamente la adopción de la salvedad. En una carta enviada al presidente de la República electo, con fecha del 6 de septiembre, 27 ONG de derechos humanos manifiestan que “evidentemente, no hay razón alguna que impida al Estado colombiano adelantar y llevar a feliz término un proceso de paz bajo la vigencia plena del Estatuto de Roma; al contrario, uno de los objetivos de este instrumento es contribuir, por medio del juzgamiento de los delitos de competencia de la CPI, a ‘*la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad*’, como se expresa en el preámbulo del Estatuto”. Al contrario, dice la carta, “si el Gobierno está interesado en adelantar un proceso para poner fin al conflicto [...] debe asegurar el pleno respeto a los derechos humanos y al derecho humanitario, así como la justicia para las víctimas de las violaciones a tales derechos”.⁴⁸ De igual manera, diversos centros académicos emitieron comunicados pidiéndole al presidente de la República reconsiderar la decisión tomada.⁴⁹

Con base en el recuento histórico que se ha hecho en relación con el delito político y con la concesión de amnistías o indultos, es fácil comprender que siempre han existido límites muy claros, impuestos por la misma legislación penal, respecto de

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *El Tiempo*, palabras de Gustavo Petro, miércoles 4 de septiembre de 2002, pp.1-8.

⁴⁸ En esta posición insisten miembros de ONG. En una ponencia presentada a un seminario académico, Carlos Rodríguez, de la Comisión Colombiana de Juristas, reseña en detalle los límites y posibilidades de la concesión de amnistías e indultos, que son, a su juicio, previos a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma. Bogotá, 7 de noviembre de 2002.

⁴⁹ Debe agregarse que toda la discusión en torno de la salvedad se dio en el momento en que se hacía más arduo el debate en el país, y en Europa también, en torno a la petición de los Estados Unidos de agenciar tratados bilaterales para asegurar la inmunidad a los ciudadanos y combatientes de ese país frente a la Corte Penal Internacional. Se comprenderá que este tema es muy difícil para el Estado colombiano, dependiente en múltiples niveles de sus relaciones con Estados Unidos. Además, en Colombia existen funcionarios norteamericanos que apoyan a las autoridades judiciales colombianas en operaciones complejas contra el narcotráfico, por ejemplo, en selvas y territorios apartados. Hay todo un sistema y una estructura de apoyo militar en ciertas operaciones problemáticas; de allí por qué, como se ha dicho, este tema es especialmente complejo en el caso colombiano. Incluso, ha causado una división en países europeos. Se sabe, por ejemplo, que es un tema complicado en el marco de las relaciones entre Estados Unidos y Alemania. El viaje del ministro de Relaciones Exteriores alemán a los Estados Unidos en la última semana de octubre de 2002 tuvo como parte de la agenda la discusión en torno a la aplicación de Corte Penal Internacional.

aquellos actos que no pueden ser amnistiados. Dentro de la noción de *ferocidad* o *barbarie*, por ejemplo —aunque se ha advertido que el tenor del artículo 127 del Código del 80 no existe hoy, pero la lógica del problema es la misma—, se entienden actos que pueden ser desde aquellos relacionados con crímenes de guerra hasta aquellos concebidos como delitos de *lesa humanidad*. Es decir, más allá de una decisión política sobre los umbrales en torno a los actos que no pueden ser amnistiados, existe una vasta experiencia jurídica acumulada. La posibilidad de las amnistías e indultos no pasa por la salvedad adoptada de acuerdo con el artículo 124 del Estatuto de Roma. Por esta razón, la propia Corte Constitucional, en el comunicado ya reseñado, establece que no “se necesita de la salvedad para negociar con la guerrilla”.⁵⁰

La misma Corte constitucional se ocupa del problema de las amnistías e indultos y de la responsabilidad del Ejecutivo como director de las relaciones internacionales. Considera que en ningún caso el Estatuto de Roma “pretende restringir las potestades de los Estados ejercidas con el propósito de alcanzar los fines del Estatuto, en especial, impedir que continúen las violaciones al derecho internacional humanitario”.⁵¹ A su juicio, “las amnistías dictadas con el fin de consolidar la paz han sido consideradas como instrumentos compatibles con el respeto al derecho internacional humanitario. Así lo señala, por ejemplo, el artículo 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949”.⁵²

A juicio del autor de este informe, el debate suscitado por la salvedad, y la decepción social que ello ha causado, revelan que el principal elemento para tener en cuenta en relación con la aplicación efectiva del Estatuto de Roma en el caso colombiano es el problema de la guerra. En nuestra legislación penal, llena de normas que han sido expedidas en el marco de la confrontación armada, los cambios o reformas que se introducen no obedecen, en múltiples casos, a discusiones de técnica jurídica o de dogmática penal; son figuras que se incorporan a partir de razones de política criminal, o de simple política, o de la política de paz. Ello ha quedado demostrado, además, en el más reciente debate sobre la salvedad: el nuevo gobierno, a través de sus ministros, tuvo que responder ante el Congreso, el 25 de marzo de 2003, un cuestionario que se refería a su postura frente a la decisión adoptada por el gobierno anterior. El gobierno, a través del comisionado de paz, reafirmó la postura de mantener la

⁵⁰ *El Tiempo*, miércoles 4 de septiembre de 2002, pp. 1-11.

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia n° C.578 de julio de 2002, p. 81.

⁵² Todo ello, agrega la Corte, siempre y cuando se respeten los estándares mínimos de la normatividad internacional, de tal manera que “figuras como las leyes de punto final que impiden el acceso a la justicia, las amnistías en blanco para cualquier delito, las auto amnistías (es decir, los beneficios penales que los detentadores legítimos o ilegítimos del poder se conceden a sí mismos y a quienes fueron cómplices de los delitos cometidos), o cualquiera otra modalidad que tenga como propósito impedir a las víctimas un recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos, se han considerado violatorias del deber internacional de los Estados de proveer recursos judiciales para la protección de los derechos humanos”. *Ibidem*, p. 81.

salvedad, esta vez, según sostuvo, con el propósito de involucrar además a nuevos actores en los inciertos procesos de paz en el futuro. Es decir, se sigue pensando, como política de gobierno, que la aplicación del Estatuto en el caso de crímenes de guerra puede obstaculizar eventualmente un proceso de paz.

II. Otros presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena relevantes para el castigo de crímenes internacionales

No los hay.

E. Diferencias procesales en los crímenes internacionales con respecto al “procedimiento normal”

No existe en Colombia una legislación procesal penal para el juzgamiento de los delitos aquí reseñados. No obstante, en este país, sobre todo por el efecto perverso que ha causado el uso permanente de los estados de excepción, para expedir normas penales hay caos en la legislación, pues existen jurisdicciones penales paralelas. La confusión aparece cuando, más allá de la normatividad, se asume el conocimiento de casos específicos por parte, por ejemplo, de la hoy denominada “justicia especializada contra el crimen organizado”. Esta justicia, contenida en la ley 504 de 1999, constituye la permanencia de la antigua “justicia sin rostro” o denominada “justicia regional”, que rigió desde el año 1990 en el país, caracterizada por una severa restricción de garantías en el ámbito procesal, comenzando por el carácter secreto de fiscales, jueces y testigos. El carácter secreto se conservó en la nueva ley 504, pero la Corte Constitucional lo halló inconstitucional, además de otras restricciones al debido proceso.⁵³

En la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación se reconoce que, por virtud de la gran cantidad de procesos que llegan allí y en razón de la imposibilidad práctica de darles curso, algunos casos son asumidos directamente por la justicia especializada contra el crimen organizado. Además de la saturación de la Unidad, se advierte que algunos criterios de asignación de casos, es decir, en función de la competencia, no son absolutos ni únicos: hay una decisión pragmática en torno de ellos. Para citar un caso, un mismo agente, perteneciente a un grupo armado ilegal, puede cometer los mismos delitos, pero variando el sujeto pasivo. Esa variación hará que, en un momento determinado, la conducta sea definida como un caso de violación de derechos humanos, o como un caso de delitos relacionados, por ejemplo, con el terrorismo, o el crimen organizado, o con la legislación penal ordinaria.⁵⁴

⁵³ La ley en cuestión es anterior a la vigencia del nuevo Código Penal, pero contiene normas que, por su carácter de tipos abiertos y por la confusión de conductas propias de las normas de excepción, se pueden referir también a conductas reseñadas aquí bajo la denominación de núcleo duro de derechos humanos (con otra denominación típica, como por ejemplo cierto tipo de homicidio agravado o conductas con fines terroristas, etc.).

⁵⁴ Ya se verá más adelante, en los casos escogidos como ilustración, que el problema de la adecuación típica de las conductas es enorme en relación con acciones concebidas como violaciones de dere-

F. La práctica efectiva de persecución

A continuación se reseñarán algunos casos fallados por la justicia penal. Su reseña se aprovechará no solo desde el punto de vista estrictamente estadístico, sino en función de la ilustración de algunos problemas fundamentales tratados en el informe.

Primer caso

Se trata de caso fallado mediante sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, del 25 de octubre de 2001.⁵⁵ Se refiere a hechos ocurridos en el municipio de Segovia, departamento de Antioquia, en el mes de noviembre de 1988. En este municipio existía incertidumbre, ya que en la zona, en ese mismo año, había habido homicidios múltiples e indiscriminados contra civiles, en casos respecto de los cuales ha existido amplia atención y preocupación internacional. La atención se ha dado, entre otras razones, por hallarse entre las víctimas personas pertenecientes a un grupo político que ha sufrido una feroz persecución. Son los casos conocidos como las masacres de las fincas Honduras, La Negra y La Mejor Esquina.

Como se señala en la sentencia, los hostigamientos a la población civil recrudecieron “con el ingreso al casco urbano de Segovia, aproximadamente a las 6:30 de la tarde del viernes 11 de noviembre de 1988 [...] de un grupo de facinerosos en varios vehículos, quienes se dedicaron a disparar de manera indiscriminada contra personas, vehículos, casas, bares, etc., ocasionando la muerte de cuarenta y tres seres humanos, entre hombres, mujeres y niños, y lesionando a muchos otros, en número indeterminado”.⁵⁶

Según reza en la providencia, se denunció que ninguna autoridad acudió, por más de una hora, en auxilio de la población. Por dicha razón fueron vinculados a la investigación seis miembros de la fuerza pública, además de cinco civiles. Después de 10 años, y luego de cubrir todas las peripecias propias de la legislación antiterrorista, aplicada en este caso y que fue recogida por decretos especiales luego de la entrada en vigencia de la nueva Carta Política en 1991, fueron sentenciados diversos sujetos activos de las conductas. El juzgado regional, que en esa época hacía parte de la denominada “justicia sin rostro”, mediante fallo del 31 de marzo de 1998, condenó a

chos humanos. En todo caso, en este terreno, las tensiones entre política y derecho se hacen extremas. Uno de los retos al futuro es establecer bien la diferencia entre delito y violaciones de derechos humanos; no se puede hacer referencias genéricas a la noción de *lesa humanidad* y al mismo tiempo adecuar típicamente las conductas a toda suerte de delitos contenidos en normas que, incluso, se contradicen entre sí.

⁵⁵ Un caso de estos es importante en la medida en que refleja todo el recorrido que por años, hasta llegar por vía de casación ante la Corte Suprema, puede sufrir un proceso judicial relacionado con acciones contra derechos humanos. No es factible, para apenas constatar mínimos de duración, que un caso de estos llegue a ser fallado en un tiempo menor de diez años.

⁵⁶ Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, casación n° 18.499 del 25 de octubre de 2001, M. P. Nilson Pinilla, p. 3.

cinco sujetos como coautores del delito de terrorismo a 18 años de prisión, y a tres sindicados como coautores de terrorismo, concierto para delinquir, homicidio y lesiones personales con fines terroristas, a la pena de 30 años. La sentencia fue confirmada por el Tribunal Nacional.⁵⁷

Como se ve, la tipificación es compleja en la medida en que se aplican diversos tipos penales, incluido el terrorismo y otras acciones ligadas a él, en concurso con concierto para delinquir y otras conductas. Se trata, desde luego, de la aplicación de una normatividad anterior al nuevo Código Penal. En general, el homicidio agravado o con fines terroristas sirvió de marco de tipificación para conductas que hoy podrían ser enmarcadas dentro del genocidio. Es de aclarar que en el juzgamiento se aplicó la noción de terrorismo, en el caso concreto de la creación de zozobra, a acciones cometidas por sujetos que esparcían panfletos anunciando amenazas. Estos hechos fueron anteriores a la acción descrita del mes de noviembre. Tiene lógica esta interpretación, en cuanto a que el artículo 187 del anterior Código se refería también a la creación de zozobra mediante “llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, cassette o escrito anónimo”.

El caso llegó a la Corte, con argumentos múltiples, uno de los cuales fue fundamental: el de la competencia para el juzgamiento. La defensa, que instauró la demanda de casación, alegaba que era la justicia penal militar y no la ordinaria la encargada del juzgamiento de las conductas diversas de los distintos actores. La Corte Suprema desechó los argumentos y confirmó las sentencias condenatorias. Debe anotarse que en el caso de la vista fiscal, es decir, del escrito que envió a la Corte la delegada de la Procuraduría General de la Nación, se hacían alusiones interesantes a la ocurrencia de delitos de *lesa humanidad*. Ello a pesar de que los casos materia de juzgamiento se ventilaban con base en la legislación anterior al nuevo Código Penal, y antes, desde luego, de entrar en vigencia el Estatuto de Roma en el ordenamiento interno. La vista fiscal y la decisión de la Corte se adelantaron en un momento de transición y están influidas, sin duda, por las discusiones que en el ámbito interno tenían lugar respecto de la adaptación de la legislación nacional a las exigencias internacionales.⁵⁸

⁵⁷ Casos de este tipo son constantemente documentados por las agencias nacionales e internacionales y objeto de permanente investigación, tanto penal como disciplinaria. El 17 de noviembre de 2002 se anunció, por ejemplo, en un medio, que la Procuraduría General había ordenado la destitución de dos servidores públicos por conductas de omisión relacionadas con homicidios múltiples ocurridos en el departamento de Antioquia en 1997. *El Tiempo*, domingo 17 de noviembre de 2002, pp. 1-18.

⁵⁸ Debe agregarse que en el acto recordatorio de los hechos tristes del Palacio de Justicia, ocurridos en el mes de noviembre de 1985, el presidente de la Corte Suprema de Justicia, en noviembre de 2002, llamó la atención a los medios y a la comunidad jurídica en general por no haber hecho eco suficiente a la decisión que aquí se reseña. Ciertamente, se trata de una sentencia pionera en relación con casos de violaciones múltiples de derechos humanos.

Segundo caso

El 19 de mayo de 1977 ocurrió un homicidio múltiple contra miembros del centro de investigación CINEP, que tiene una oficina de derechos humanos, y familiares suyos. También fue un caso con repercusiones internacionales, sobre todo por tratarse de personas ligadas a la comunidad de derechos humanos. En octubre de 1997 se dictó medida de aseguramiento contra varios sindicatos. El 18 de septiembre de 1998 se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra algunos de ellos. Los delitos bajo los cuales se los llamó a juicio fueron: homicidio agravado en concurso homogéneo y simultáneo con los delitos de tentativa de homicidio, porte ilegal de armas, hurto agravado y utilización indebida de equipos de telecomunicaciones.

El juzgado segundo penal del circuito especializado de Bogotá dictó sentencia condenatoria de 60 años como autor de las conductas señaladas a uno de los sujetos juzgados, con 45 años de prisión a otro en calidad de autor de unos delitos y de cómplice de otros. Con una pena menor, de 55 meses de prisión, se condenó como cómplice a otro sujeto, del delito de uso ilícito de medios de comunicación. En esta muy breve descripción de los hechos se destaca la tipificación múltiple de conductas, la confluencia de distintas clases de delitos, y no solo de aquellos que estrictamente constituyen violaciones de derechos humanos. Se observa la gran dificultad que, por ejemplo en relación con los concursos, surge de estos casos de acciones pluriofensivas.

Los problemas de aplicación práctica de las normas penales comienzan por la dificultad de tipificación de las conductas. En un caso, como el primero señalado, en que desde el momento de la ocurrencia de los hechos hasta la sentencia de casación transcurren 12 años, los operadores se enfrentan a toda suerte de cambios en la legislación, a normas que están contenidas en decretos de estado de sitio que luego se convierten en normas de excepción recicladas en nuevos decretos, con tenores iguales pero en formas normativas diferentes, etc. Ello exacerba, tan solo desde el punto de vista jurídico y sin contar con los problemas extrajurídicos, la dificultad para llevar a buen recaudo los procesos penales.

Tercer caso

La justicia regional, antigua “justicia sin rostro”, produjo sentencia condenatoria contra numerosos sindicatos por hechos ocurridos en enero de 1994 en un barrio de la ciudad de Apartadó, Antioquia, denominado La Chinita. En una fiesta en el lugar se encontraban varios ex guerrilleros, reinsertados y desmovilizados, que fueron ultimados por sujetos que ingresaron al lugar armados y usando prendas de uso privativo de las fuerzas armadas. Se causó la muerte a 35 personas y 12 quedaron gravemente heridas. La Fiscalía llamó a juicio a distintas personas pertenecientes a otro grupo guerrillero, acusadas desde el principio de la comisión del homicidio múltiple, al parecer por disputas y dominios territoriales.

Los delitos por los cuales se los llamó a juicio fueron: homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo con tentativa de homicidio y con concurso heterogéneo con el concierto para delinquir con fines terroristas. En algunos casos, además, en concurso con el delito de rebelión. Cerca de 30 personas fueron vinculadas al proceso, en distintas calidades, como autores y cómplices. La tipificación se abrió hasta el delito, contenido en el antiguo decreto 1.194 de 1989, de conformación de grupos ilegales. La sentencia condenatoria se produjo el 22 de julio de 1997, por el juzgado regional de Medellín. Las condenas oscilaron entre los 6 años, en los cuales se mantuvo como centro de imputación el delito de rebelión, hasta 50 y 51 años para quienes directamente cometieron los homicidios y respecto de los cuales se tipificaron los delitos con agravaciones. En la resolución de acusación, recogida en el juicio, se recalca la “sevicia”, la indefensión de las víctimas, y los “motivos abyectos y fútiles”, contenidos en el Código Penal de 1980 como circunstancias genéricas de agravación de las penas.

Estas causales de agravación, por tradición jurisprudencial, hacen que las conductas no se incorporen al delito de rebelión. Por eso, en estas sentencias condenatorias, al contrario de haberse reconocido la complejidad del delito de rebelión y, de esta forma, haberse reconocido que las diversas acciones se incorporaban al combate como núcleo central de la rebelión, las penas se impusieron bajo la figura del concurso heterogéneo de múltiples conductas con el delito de rebelión. Si para este delito existe un tratamiento privilegiado, las exigencias enmarcadas en la noción de complejidad y, por lo mismo, de subsunción de ciertas conductas, en su núcleo central, son muy grandes: los umbrales son muy altos.

Cuarto caso

Caso recogido en la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, del 25 de agosto de 1999. El 2 de junio de 1992, en horas de la noche y estando un sector de la ciudad de Bogotá sin alumbrado eléctrico, miembros de una célula urbana de un grupo guerrillero, luego de disparar a un agente de policía, activaron un artefacto explosivo contra un Centro de Atención Inmediata de la Policía del lugar. Rápidamente se capturó a uno de los responsables, quien confesó su autoría y a quien se le decomisaron materiales de guerra. La defensa del acusado se basó en la comisión del delito de rebelión, contra la incriminación hecha por el fiscal, del delito de terrorismo. De acuerdo con la defensa, se trataba de una acción militar contra instalaciones del enemigo. En el pliego de cargos, en abril de 1995, se acusó al sindicato por rebelión, terrorismo y homicidio con fines terroristas, de acuerdo con el decreto 180 de 1988 denominado “Estatuto antiterrorista”. El juez regional condenó al acusado a 22 años de prisión por los delitos mencionados.

La demanda de casación se basó en cargo único, “violación directa de la ley sustancial”. A juicio de la defensa, se produjo una aplicación indebida del artículo 1 de decreto 180, ya que, a su juicio, debió aplicarse el delito de rebelión y no el delito de terrorismo.

El defensor alega que, desde el punto de vista fáctico, se pretendió causar reveses militares al enemigo, y no crear zozobra en la población. A juicio de la defensa, no se violaron normas del derecho humanitario. Nótese que aún se juzgaba el caso con base en el Código Penal anterior, pero a lo largo del proceso de juzgamiento se hicieron alusiones a preceptos internacionales. Aunque la legislación penal de entonces no reseñaba explícitamente las infracciones al derecho humanitario, el país era consciente de las leyes de la guerra. Durante la década de los noventa, en el país tuvieron lugar grandes discusiones sobre derecho humanitario, se interpretaron los alcances de su inclusión en la Carta Política del 91, se discutió la incorporación de los protocolos adicionales a los convenios de Ginebra, etc. La consagración de esta normatividad en el nuevo Código Penal es una consecuencia lógica de todos estos procesos.

Nótese que el caso que se analiza es típico de las fronteras entre el terrorismo y la rebelión, tema al cual se ha hecho referencia en este informe. El concepto de la Procuraduría está articulado sobre referencias al derecho humanitario. Concluye que la acción, a pesar de dirigirse contra un establecimiento de la policía, por su situación en la ciudad y las consecuencias, así como por “la perturbación de la tranquilidad de la ciudadanía a la que se sometió a un estado de transitorio terror”, es constitutiva del delito sancionado, es decir, de terrorismo.⁵⁹ Luego, en su sentencia, la Corte hizo referencias interesantes a la complejidad del delito de rebelión, en respuesta al casacionista, que alegó que el homicidio del agente hacía parte integrante de la complejidad de la rebelión. La Corte desechó el argumento del combate, articulado a la noción de complejidad, ya que a su juicio se trató de una acción de sorpresa en plena ciudad, sin los elementos fácticos que dan lugar al combate clásico. Asimismo, citó providencias anteriores (n° 11-837 de febrero de 1999, n° 12-661 de mayo 27 de 1999) en las cuales había definido la noción de combate: es una acción que “comporta un enfrentamiento armado de carácter militar, regular o irregular, colectivo, determinado en tiempo y espacio, con el propósito de someter al contrario y con el fin último de imponer un nuevo régimen constitucional. Es una confrontación que implica lucha de contrarios [...] que exige, además, la posibilidad de que se pueda repeler”.⁶⁰

La Sala Penal ahondó en los argumentos, hizo referencia a las leyes de la guerra y estableció que el derecho internacional humanitario no es un mecanismo de autorización de cualquier acto, sino un catálogo de mínimos. Es una decisión que hace parte de una interpretación tradicional de estatutos reguladores de las confrontaciones armadas. Desde el siglo XIX debió entenderse que el derecho de gentes era un estatuto que limitaba las acciones en virtud de la confrontación. Hoy, el derecho humanitario, como su heredero legítimo, es también un estatuto que pretende acotar los efectos de

⁵⁹ Vista fiscal, tomada de la sentencia de la Sala Penal de la Corte, n° 13-433 del 27 de agosto de 1999, p. 32.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 43.

la confrontación y no una carta a *lunga manus* para la ejecución de toda suerte de actos a nombre de la confrontación. Se trata, además, de un estatuto limitador de las acciones estatales en el marco de los estados de excepción. Como decisión final, la Sala Penal desechó los cargos de la demanda y confirmó la sentencia del tribunal de segunda instancia.⁶¹

Quinto caso

Se reseña a continuación un caso que ilustra un hecho fundamental en el contexto de la protección penal de derechos humanos y que la condiciona: se trata del conflicto de competencias entre la justicia penal militar y la justicia ordinaria. En un muy importante fallo de la Sala Penal de la Corte Suprema, del 6 de marzo de 2003, se falló un caso por vía de casación penal, en el cual el principal problema estaba relacionado con los alcances del fuero militar.

En una población del departamento del Valle del Cauca, en octubre de 1993, un grupo de hombres armados ingresó a una casa de pobladores del lugar, donde cometió toda suerte de abusos. Posteriormente, un grupo de militares se hizo presente en el lugar, adelantando una acción militar contundente contra dicha casa, y ocasionó en ella múltiples muertes civiles. La defensa alegó en su momento estar adelantando un operativo contra grupos insurgentes. Los funcionarios públicos fueron investigados por la justicia ordinaria, pero se generó conflicto de competencia y, en decisión del año 1995, su caso fue adscrito a la justicia penal militar, ya que se consideró que su actuación se dio en el marco del servicio y en la órbita de sus funciones. En 1998 el consejo verbal de guerra condenó con penas ínfimas a los servidores públicos, sentencia en la cual no se tuvieron en cuenta delitos de mayor gravedad, como es el caso de los homicidios múltiples.

En sede de casación penal, luego de ser presentada la demanda por la parte civil, la Corte planteó el problema jurídico central: “¿Puede anularse en sede de casación una actuación por falta de competencia del Juez al que se la asignó la autoridad encargada de dirimir los conflictos sobre tal materia? La respuesta a ese interrogante es: sí, en casos excepcionales”.⁶² De esta manera, la Corte casó la sentencia, estimó los argumentos de la parte civil, declaró la nulidad de lo actuado desde el año 1997 —fecha en la cual se declaró el cierre de investigación en la justicia penal militar— y ordenó la remisión del expediente a la justicia ordinaria, dando prelación a la investigación de los hechos de homicidio. Se resolvió de esta manera, en función del control de legali-

⁶¹ Los casos contenidos en las sentencias n° 12-661 del 99 y la 11-387 del mismo año son igualmente paradigmáticos e importantes para entender el desarrollo jurisprudencial sobre estos temas. De igual manera, se debe reseñar el caso en el cual la Corte actúa como juez de segunda instancia, en hechos similares al caso destacado. Casación n° 12-051 del 25 de septiembre de 1996.

⁶² Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, casación n° 17-550, del 6 de marzo de 2003, p. 24.

dad, el conflicto de competencia generado.⁶³ Quiere decir que, después de casi una década, el caso tiene que volver a investigarse y juzgarse.

Con estos casos se puede observar con claridad uno de los supuestos de este informe: la aplicación práctica de las normas sobre crímenes internacionales pasa por la dinámica de la confrontación armada en Colombia; nótese, además, que los intérpretes tienen que enfrentar casos en los cuales se mezcla el delito común, en algunos el delito de rebelión, el terrorismo, etc. En el último caso, el juzgador debe establecer los límites del fuero militar. Hay intersecciones muy complejas entre el derecho internacional y el derecho público, complejidad exacerbada por la existencia de una confrontación armada, pero de carácter interno.

Tensiones entre validez y eficacia de las normas penales que buscan proteger derechos humanos

Una vez reseñados los casos anteriores, se harán consideraciones relacionadas con el “déficit” en la incorporación de la normatividad del Estatuto de Roma en el ámbito interno. Dichas consideraciones serán generales y a manera de ilustración, además de adelantar algunas hipótesis en relación con el problema de la impunidad, teniendo en cuenta las limitaciones propias de este informe.

En relación con la práctica persecutoria, a manera de ilustración puede reseñarse lo siguiente: existe en Colombia el denominado Comité Especial de Impulso a las Investigaciones sobre Derechos Humanos, creado por el decreto n° 2.429 de 1998. En él tienen asiento miembros de las principales instituciones colombianas y, dentro de ellas, desde luego, aquellas encargadas de la investigación penal y disciplinaria de delitos relacionados con derechos humanos. El Comité, que aún hoy no tiene un funcionamiento regular e ideal, ha escogido un número de 132 casos que existe especial interés en impulsar y respecto de los cuales es permanente la preocupación internacional.⁶⁴

Es apenas, desde luego, una de las selecciones posibles. Hay centros de acopio de información en instituciones estatales, en organismos de derechos humanos, en las oficinas de las Naciones Unidas. Este número muestra apenas un monto al cual se ha llegado con ciertos consensos, por lo menos interinstitucionales, y con apoyo de organizaciones regionales de la sociedad civil e incluso del alto comisionado de las Naciones Unidas. Los casos se encuentran en todas las etapas posibles: algunos de ellos llevan años sin ningún tipo de decisión, otros están la etapa de investigación, otros en la etapa de juzgamiento.

Hay otros casos no incluidos en este listado de 132 y que se encuentran en proceso de definición acerca de la justicia competente para conocer de ellos. Tal como se vio en el primer caso reseñado, y muy especialmente en el quinto, en acciones que

⁶³ *Ibidem*, p. 43.

⁶⁴ Información obtenida del área de casos del Programa de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, de la Vicepresidencia de la República, octubre de 2002.

comprometen derechos humanos, y en las cuales hay miembros de las fuerzas estatales involucrados, los conflictos de competencia entre la justicia penal militar y la justicia ordinaria son comunes, y en su definición los procesos se retrasan años. La competencia es, en esencia, un problema político: los alcances dogmáticos, en su definición, están sometidos a una extrema presión política. En un oficio enviado por el Consejo Superior de la Judicatura a la Vicepresidencia de la República en el mes de agosto de 2002, en relación con conflictos de competencia entre la justicia penal militar y la justicia penal ordinaria, se registran, según el radicado al año 2001, cerca de 40 casos.⁶⁵

El número de casos escogido por el Comité es, además, un número global para identificar ciertos casos sobre los cuales hay especial interés, pero en la gran mayoría de ellos existen las más diversas acciones, de tal manera que la multiplicidad es enorme: cada uno se multiplica. Hay casos, especialmente de homicidios múltiples, que comprometen a decenas de sujetos activos, de manera que el problema de la adecuación típica de las conductas, de la conexidad procesal, los hace muy complejos. Incluso es frecuente la ruptura procesal en muchos de ellos. Se trata, además, de casos que se ventilan bajo el Código Penal anterior, de tal manera que la comunidad jurídica apenas se apresta a ventilar casos con base en los tipos penales recientemente incorporados. Algunos de los casos mencionados se encuentran en el sistema interamericano, y respecto de estos se han producido múltiples manifestaciones de los organismos de dicho sistema. Hay casos en los cuales, a pesar de la preocupación internacional permanente, dentro del país no se observa ningún avance en cuanto a la posibilidad de ser fallados.

G. Proyectos de reforma. Valoración jurídica. Debate jurídico-político

I. Proyectos de reforma

Aún no existen proyectos de reforma relacionados con la implementación legal del Estatuto de Roma.

II. Valoración jurídica del déficit encuanto al poder punitivo nacional por la ciencia y la jurisprudencia

Colombia ha ratificado prácticamente todos los tratados y convenios internacionales que guardan relación con los temas considerados. Hace parte del sistema interamericano de derechos humanos y ha asumido obligaciones concretas en el ámbito internacional.

Como se puede observar en las discusiones del Congreso en torno a la ley que pretendió incorporar delitos de *lesa humanidad* a la legislación penal, los congresistas subrayaban la necesidad de estar a tono con la legislación internacional. Incluso, a

⁶⁵ Ídem, noviembre de 2002.

veces esto parece ser prioritario frente a la creación de condiciones efectivas para que las normas puedan regir. Se afirmaba, por ejemplo, la *conveniencia* de “aprobar este proyecto a la mayor brevedad posible, porque la verdad es que el país está en mora ante el concierto internacional de tipificar estas conductas gravísimas”.⁶⁶ Además, se hizo relación una y otra vez al número de convenios y tratados ratificados por Colombia, de los cuales se derivaría la obligación internacional para los Estados de tipificar las conductas allí declaradas como delitos.⁶⁷

Hace falta, sin duda, implementación legal de diversos instrumentos. Pero, de manera general, puede decirse que el problema en torno a la sanción efectiva o posible de las conductas no se refiere tanto a la falta de normas como a problemas de eficacia práctica. Incluso, como se ha dicho, en algunos casos parecería que la puesta a tono con el concierto internacional es más importante que la creación de condiciones efectivas para la implementación práctica de la legislación. (Esta consideración se ampliará en el apartado final, en el cual se adelantan reflexiones en torno a las tensiones entre validez y eficacia de las normas.)

III. Debate jurídico-político

Según Augusto Ibáñez, un activo autor en relación con el tema, de manera general, aunque se pone el acento en los delitos de *lesa humanidad* en el Estatuto de Roma, es menester implementar legislativamente las normas de dicho Estatuto. Así, luego de un análisis de sus normas en relación con el Código Penal, concluye: “El cuestionamiento queda indemne. ¿Quedó la legislación interna en postura de cumplimiento de protección de la población civil y respecto al umbral diseñado internacionalmente, y que es o hace parte del bloque de constitucionalidad?”⁶⁸ Se pregunta, además: “¿Se está en postura de entender que los crímenes de *lesa humanidad* se comenten como parte de un ataque sistemático y generalizado contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque, en donde el ‘exterminio’ comprende la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de una parte de la población?”⁶⁹ Otra pregunta formulada por el autor: “¿El crimen de *apartheid* se entiende como los actos inhumanos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener dicho régimen?”⁷⁰

A su juicio, respecto de estas preguntas no existe en el país, de acuerdo con la legislación interna, la “postura” necesaria para la comprensión de los elementos que,

⁶⁶ Comisión primera del Senado de la República, “Acta número 12 de 1998 (octubre 20)”, *Gaceta del Congreso* 369, 23 de diciembre de 1998, p. 29.

⁶⁷ *Gaceta del Congreso* 37, 7 de abril de 1999.

⁶⁸ Augusto Ibáñez, o. cit., 2002, punto 6.4.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

según el Estatuto de Roma, componen estos crímenes. Por esa razón Ibáñez afirma que es “menester la implementación legal del ‘Estatuto de Roma’”.⁷¹ Mientras tanto, desde el punto de vista institucional, puede decirse que en cualquier intento por mermar el impacto de la impunidad que adelanten las instituciones, antes de una implementación legal del Estatuto, ellas deberán trabajar simultáneamente tanto con las normas del Código Penal, como con las normas del Estatuto de Roma. Ello de acuerdo, desde luego, con los principios contenidos en el Estatuto.⁷²

En el estudio reseñado que hace la Corte Constitucional de las normas del Estatuto de Roma, hubo intervenciones ciudadanas ante el juez constitucional. En una de ellas, además de la defensa de la constitucionalidad del instrumento y de su necesidad para el caso colombiano, se adelanta una reflexión hacia el futuro, en relación con el fin de la prevención, el cual se liga, además, con el derecho a una justicia para las víctimas. En este punto se insiste de manera prioritaria: “la clara finalidad que desarrolla la Corte Penal Internacional es la de enfrentar la impunidad y la de reconocer a las víctimas su derecho a la justicia y el derecho a acceder a este mecanismo internacional de protección bajo las condiciones señaladas en su Estatuto”.⁷³ En otra intervención individual se alerta sobre la necesidad de concebir las normas del Estatuto de Roma, con implicaciones concretas hacia el futuro en cuanto a su implementación, en función del bloque de constitucionalidad.⁷⁴

Esta alusión al bloque de constitucionalidad no deja de ser problemática. Como ya se estableció en este informe, hay confusión cuando se implementan los instrumentos internacionales en el ámbito interno. Con claridad se señala al respecto en un estudio citado: “Así pues, la jurisprudencia debe ser la vía de entrada del derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos al orden interno, esto es, como criterio hermenéutico. Al contrario, es un riesgo innecesario introducir nociones ambiguas propias de dichos campos en la formulación misma de la ley”; esto es, cuando se trata de la ley penal. No obstante, en la jurisprudencia se notan también fallas y ambigüedades: “Se debe tener presente la imprecisión con que la jurisprudencia constitucional ha interpretado los instrumentos internacionales que forman parte integrante del bloque de constitucionalidad. Existe una confusión significativa en las definiciones y los contenidos, por ejemplo, del derecho internacional de los derechos humanos y de las normas imperativas; igualmente sobre la aplicabilidad

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Sobre los desafíos que hacia el futuro representa, en concreto, el principio de complementariedad, véase Oscar Julián Guerrero, en Vicepresidencia de la República, *Verdad, justicia y reparación. Corte Penal Internacional*, 2002, pp. 123 y ss.

⁷³ Escrito de intervención de la Comisión Colombiana de Juristas ante la Corte Constitucional, p. 9. Sobre la tríada *víctima, justicia y reparación*, véase Mario Madrid Malo, en Vicepresidencia de la República, *Verdad, justicia y reparación. Corte Penal Internacional*, 2002, pp. 145 y ss.

⁷⁴ Intervención del ciudadano Ernesto Rey Cantor ante la Corte Constitucional. Tomada de la sentencia C-578 de 2002, p. 15.

del derecho internacional humanitario y su relación con el derecho internacional de los derechos humanos; e incluso se llega a afirmar la identidad entre el derecho consuetudinario y el *ius cogens*".⁷⁵

En todo caso, se trata de hechos irreversibles, que implican grandes desafíos. En la intervención institucional ante la Corte Constitucional, la Defensoría del Pueblo, institución que ha sido especialmente activa en relación con el tema, subraya que "la Corte Penal Internacional supone un reto para todos los colombianos de respeto integral por los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario. No se puede menos que asumir el desafío y estar a la altura de este reto que se impuso la comunidad internacional hace cuatro años".⁷⁶ La Corte, por su parte, en el extenso estudio sobre el tema reseñado y sin que ello indique una constitucionalidad condicionada, aclara los puntos, ya analizados aquí, respecto de los cuales el Estado colombiano debe dedicar especial atención en el momento de implementar las normas del Estatuto de Roma. Establece las bases jurisprudenciales para la interpretación y aplicación de las normas.⁷⁷

La irreversibilidad del proceso descrito se hace evidente en decisiones recientes del sistema judicial colombiano que se inscriben en la lógica de la protección internacional de derechos humanos. Si, como lo ha dicho repetidamente un autor como Kai Ambos, el Estatuto de Roma, antes que cualquier otra cosa, constituye un "motor" para el impulso en el ámbito interno de mecanismos de implementación de la lógica internacional de protección, así deben entenderse ciertas decisiones.⁷⁸ La Corte Constitucional estudió una demanda contra el numeral 3° del artículo 220, que se refiere a la procedencia de la acción de revisión en caso de que después de la "sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad".

La Corte aprovecha la norma citada para adelantar un juicio de proporcionalidad respecto de la posición de la víctima y en relación con la exclusión de la revisión de las sentencias absolutorias. Es decir, se pregunta si es dable que el legislador reconozca la posibilidad anotada tan solo para el condenado y respecto de sentencias condenatorias, en función del respeto a la prohibición de la doble incriminación. La Corte

⁷⁵ Claudia Medina, o. cit., 2002, p. 187. La autora trae a cuento un ejemplo muy interesante de la jurisprudencia constitucional. A través de una sentencia, se establece un derecho fundamental de comunidades indígenas a la no "desaparición forzada", relacionada con la preservación de su entorno ecológico. Así, según la Corte, la inacción estatal respecto de la protección del entorno, "dada la interdependencia biológica del ecosistema, puede contribuir pasivamente a la perpetración de un *etnocidio*, consistente en la desaparición forzada de una etnia...". Cita de la sentencia n° T-380 del 13 de septiembre de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes, en Claudia Medina, o. cit., 2002, p. 171.

⁷⁶ Tomado de la sentencia de la Corte Constitucional n° C-578 de 2002, p. 12.

⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002, pp. 196 y ss.

⁷⁸ Ponencia de Kai Ambos sobre "Obligación y modelos de implementación del Estatuto de Roma", en el seminario internacional sobre el tema, celebrado en Montevideo los días 27 y 28 de febrero de 2003.

declara la exequibilidad del precepto, pero condiciona su interpretación. Así, según la corporación, “la ley puede, dentro de ciertos límites, relativizar el principio del *non bis in idem*, a fin de favorecer los derechos de las víctimas”.⁷⁹ A su juicio, “la restricción impuesta es desproporcionada frente a los derechos de las víctimas, cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario”. Es decir, la Corte eleva los umbrales de exigencia frente a la flexibilización de principios caros al derecho penal, de tal manera que solo sea posible hacerlo en función de graves violaciones de derechos humanos. A su vez, la Corte se refiere a la obligación estatal de investigar este tipo de crímenes, “caso en el cual deben ser reabiertas las investigaciones, incluso si existen decisiones absolutorias con carácter de cosa juzgada”.⁸⁰ De esta manera, es hoy posible en Colombia, en función de la protección de las víctimas, reabrir procesos, incluso si en ellos se han producido sentencias absolutorias, cuando se trate de graves violaciones de derechos humanos. Se establece una condición final: una instancia competente debe certificar la inoperancia estatal en el cumplimiento de su obligación de investigación.

Se trata, sin duda, de una decisión muy polémica; es por ello que hubo varios salvamentos de voto a la sentencia adoptada. Se trata de la vieja tensión, descrita en la famosa fórmula de Gustav Radbruch, entre *seguridad jurídica* y pretensión de *justicia material*.⁸¹ Hoy, podría decirse que esa pretensión de justicia material no encuentra respuesta en un derecho “supralegal justo”, concebido por Radbruch, sino en una normatividad, positivizada, que hace parte del desarrollo del derecho de los derechos humanos. De hecho, en el sistema interamericano se advierte la intención de promover una interpretación de la acción de revisión, tal como la que aquí se reseña.⁸²

H. Otros aspectos específicos de carácter jurídico-internacional

No los hay

⁷⁹ Se cita el comunicado de prensa oficial de la Corte, de marzo de 2003, en relación con el expediente D-4041, ya que al momento de redactarse la versión final del presente informe la providencia se encontraba en proceso de firmas (p. 1 del comunicado).

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Se trata del conocido trabajo sobre derecho supralegal justo vs. derecho legal injusto. Radbruch, en Radbruch, *Relativismo y derecho*, 1992, pp. 25 y ss.

⁸² En el caso colombiano, tal como se ha dicho, en virtud del *principio de integración* establecido en la legislación penal, sustancial y procesal, y en virtud de la posibilidad excepcional, de cara al derecho internacional, de flexibilizar la prohibición de doble incriminación, la polémica decisión reseñada encuentra sustento legal y constitucional.

I. Valoración personal de la situación normativa y fáctica en relación con la persecución penal de crímenes internacionales en Colombia

Gran parte de la valoración personal está de antemano expuesta en el informe, tanto en el acápite sobre la salvedad adoptada por el Estado colombiano, como en el punto anterior, relacionado con el debate en torno a la adopción del Estatuto y los desafíos alrededor de su implementación. En relación con la salvedad, ello demuestra, siguiendo los lineamientos expuestos en la introducción, que en gran medida el desarrollo del conflicto armado condicionará la aplicación práctica y la implementación del Estatuto de Roma en el caso colombiano.

Además de este aspecto esencial, es necesario hacer hincapié en otro de igual importancia. Una de las mayores paradojas que ofrece el caso colombiano es el contraste mayúsculo entre la gran cantidad de normas que regulan todos los aspectos posibles y su escaso resultado práctico y efectivo. En comparación con otras naciones, puede decirse sin duda que desde el punto de vista legislativo —y, desde luego, más allá de las diferencias, por ejemplo, entre la forma como se regula el genocidio en el Código Penal y la manera como se regula en el Estatuto de Roma— hay una normatividad consistente y apropiada. Por supuesto, debe ser implementada, pero existe y el debate legislativo ha sido rico. Y no obstante, hay una enorme cantidad de casos que no son procesados por el sistema judicial. La legislación opera en un escenario que no está preparado para ella.

A continuación se harán algunas consideraciones en función de este problema señalado, que también serán consideraciones sobre la impunidad, teniendo en cuenta que se trata de un tema inagotable, tanto más en un informe como este. En todo caso, no se trata de abordarlo aquí desde el punto de vista meramente estadístico. Una valoración sobre el déficit, tanto legislativo como de implementación práctica del tema tratado, debe detenerse en la reflexión clásica en derecho acerca de las tensiones entre validez y eficacia, entre normatividad y contexto fáctico, entre facticidad y validez.

Para adelantar el análisis, se puede encontrar ayuda en la teoría de sistemas y, dentro de ella, su teoría del derecho, desarrollada por Niklas Luhmann. La función del derecho es, para Luhmann, la estabilización racional de las expectativas sociales. El derecho no actúa sobre las conductas, no solo ofrece seguridad —como en el esquema hobbesiano— ni su esencia es —como en Kelsen o Weber— la coercibilidad. La esencia del derecho es para Luhmann la racionalización de las expectativas sociales de conducta. El derecho, como sistema de reducción de complejidad, actúa entonces incluso sobre aquello que es anterior a la conducta exteriorizada: sobre la *expectativa*. Esta es la que, en el desarrollo de la historia de la sociedad, impone la necesidad del derecho como un sistema social de reducción de complejidad.

La estabilización de expectativas se lleva a cabo de diferentes maneras y en diferentes ámbitos. En el ámbito social, para que sea estable racionalmente el derecho se necesita crear una “economía política del consenso”. Es decir, si bien desde el punto de vista empírico es imposible medir efectivamente el consenso que subyace al

orden jurídico imperante en un país, es imprescindible para el derecho presuponer —dar por supuesta— la existencia de un consenso sin el cual de hecho socialmente es imposible el funcionamiento del sistema jurídico. Se trata de un consenso que, si bien se da como presupuesto, se halla en todo caso basado en una efectiva reducción de complejidad en el tiempo adelantada por el sistema del derecho. Dicho consenso se puede traducir en un hecho fundamental: *el principio de confianza*. Si el derecho es un modelo de estabilización de expectativas sociales de conducta, la expectativa individual es apenas una parte del juego social del derecho; para que este se complete es necesario que la expectativa circule en doble vía: es decir, un individuo se comporta de tal manera frente a otro en la medida en que sabe que el otro se comportará frente a él de la misma manera. Si un individuo respeta el derecho, es porque presupone que el otro con el cual él se relaciona también lo respeta: así funciona el principio de confianza, como una regla de oro sin la cual no funciona un sistema jurídico. Por eso se ha dicho aquí que la expectativa es incluso anterior a la exteriorización de las conductas.

Ahora bien, cuando se produce una decepción de las expectativas, es decir, cuando se incumple un fin del derecho, por ejemplo, en el caso del derecho penal, la función de la norma que se impone al infractor —y la pena— es la de estabilizar la estructura social que ha sido vulnerada. (Esta es la función de la pena que, por ejemplo, Günther Jakobs le asigna al derecho penal en su interpretación particular de la obra de Luhmann. No se trata aquí de discutir la postura de Jakobs, que ha sido cuestionada; lo que interesa es observar la relación de esta función con la existencia de la impunidad.) Así, entonces, adquiere pleno sentido la idea de “estabilización contrafáctica”, desarrollada por Luhmann con lucidez: “Las normas jurídicas son entonces expectativas de conducta estabilizadas contrafácticamente”.⁸³

Pero, justamente por esta misma razón, cuando el derecho pretende responder y actuar sobre contextos sociales que de manera generalizada se colocan por fuera de las mínimas reglas del derecho, cuando no existe un principio mínimo de confianza, entonces la *estabilización contrafáctica* se hace sobre el vacío: el derecho no puede afirmar la estructura social vigente, simplemente porque no existe ninguna estructura social que afirmar. Esto es especialmente problemático en función de las normas que comprometen graves violaciones de derechos humanos: se trata de mínimos, sin los cuales es impensable siquiera la idea misma del derecho como mecanismo de regulación de conflictos sociales.

Aplicando esta conclusión al problema de la impunidad, se establece que ella no se puede tematizar correctamente como la negación de ciertos fines del derecho, ni la ocurrencia de actos que son contrarios al orden jurídico y que no son percibidos por este: se trata de toda una forma de actuar socialmente, precisamente contraria por esencia al derecho. Si bien en principio la validez de una norma jurídica se da independientemente de su cumplimiento o incumplimiento fáctico, cuando ella se incum-

⁸³ Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 1987, p. 43 (traducción libre).

ple de manera masiva simplemente se subvierte la ecuación entre validez e indiferencia del cumplimiento fáctico. Ya no se trata de una tensión dentro del derecho; se trata más bien de conductas que por su grado de generalización prácticamente constituyen formas de organización social paralelas al orden jurídico como sistema de normas para reducir complejidad. Aquí adquiere sentido la recurrencia, en los análisis sobre el problema, a las estadísticas que hablan del 90 por ciento o más de impunidad.

Cuando en un orden jurídico se produce un ascenso del número de ciertas conductas que en un momento determinado no son objeto de investigación o juzgamiento —piénsese en delitos sexuales, por ejemplo—, se puede hablar con acierto de la existencia de una situación de *impunidad*. Concretamente: impunidad en relación con los delitos sexuales. El punto de partida para este análisis es la existencia del funcionamiento del orden jurídico, que se ve perturbado empero en uno de sus fines. Sin embargo, cuando se trata de toda una estructura de comportamiento generalizada, de una forma contraria al derecho de estabilizar expectativas, entonces ya no se estaría tanto ante una situación específica de impunidad, sino ante una especie de situación prejurídica de relaciones sociales.

Por esa razón, y extremando el análisis a partir de Luhmann, se podría decir incluso que la impunidad, en el caso colombiano, constituye una especie de estabilización de comportamientos sociales contraria al derecho, pero que se configura como una forma de vivir —o morir— de una gran cantidad de personas en una sociedad que soporta una anomia estructural profunda.⁸⁴ El mismo Luhmann pensaría, por ejemplo, que es posible eventualmente estabilizar cierta forma de expectativas sociales a través del terror. Pero ello nunca podrá ser duradero; es decir, el terror no puede estabilizar estructuras sociales: la obediencia de tipo medieval, sin consensos sociales, sin creación de un principio de confianza, no es duradera. Esta conclusión puede significar una especie de esperanza para la construcción de mínimos en torno al respeto efectivo por el derecho en el caso colombiano.

La masificación de crímenes, la ocurrencia diaria de estos sin que el sistema penal los aborde, la generalización de la impunidad, la existencia de una especie de estabilización de reglas de conducta por fuera de toda noción del derecho, recuerdan una frase de Bertolt Brecht recientemente utilizada en un debate sobre la crisis colombiana: “Cuando los crímenes se acumulan, se vuelven invisibles. Cuando los padeci-

⁸⁴ Estas observaciones pueden ser cercanas a la noción de *impunidad estructural* planteada por Kai Ambos en su análisis comparado en algunos países de América Latina. Citando a un autor colombiano, Jesús Antonio Muñoz, Ambos destaca la idea según la cual el problema de la impunidad, visto de manera tradicional, es de segundo rango si se aborda desde el punto de vista del “contenido reglamentario del derecho penal”. Así, el acento se coloca en aquellos conflictos que son procesados por el derecho penal y aquellos que no lo son, y la pregunta de fondo se traslada a la razón por la cual ello tiene lugar. Es decir, la pregunta se traslada al poder de definición. Así, el debate tradicional sobre la impunidad pasa a un segundo plano, en la medida en que la distancia entre los preceptos legales y su procesamiento por parte del sistema deja de ser la pregunta fundamental. Kai Ambos, *Impunidad*, 1977, p. 39.

mientos se tornan insoportables, ya no se oyen los gritos. Es esta insensibilidad la que tenemos que combatir, pues su grado extremo es la muerte”. La suma inconsecuente de normas, el acopio de tratados e instrumentos sin crear las condiciones para que ellos operen, hacen más invisibles las conductas que no llegan al derecho. A quien está por fuera del derecho le es tan indiferente la incorporación de nuevas normas como el endurecimiento de las ya existentes. Sabe, simplemente, que sobre él no existe la expectativa de ser alcanzado por el precepto normativo.

Así, entonces, quizá se trate, mejor, de impulsar estrategias que, desde el derecho penal como punto de partida, pero en un compromiso de actuación interinstitucional en los más diversos frentes, sirvan para *incorporar* al lenguaje del derecho el problema de la impunidad. Es decir, convertirlo en un problema jurídico, de tal manera que cuando el derecho penal actúe —por ejemplo, encontrando efectivamente responsables de una violación de derechos humanos—, lo haga dentro de un contexto de actuación efectiva del derecho, y no como un instrumento simbólico que, *a contrario sensu*, sea incluso funcional a la impunidad. Cuando la impunidad es tan generalizada, pequeñas capturas y pequeñas decisiones pueden convertirse en recursos ideológicos para mostrar una especie de mejoría completamente insustancial. Es decir, esos pequeños logros se convierten en funcionales y reafirman la impunidad. No se cumple ningún fin del derecho. Menos aún, el fin de la prevención, que hace parte recurrente de los estudios sobre el Estatuto de Roma.⁸⁵ En esta construcción de consensos, en la creación de un lenguaje cultural en función del derecho, es donde mayor déficit se observa, a juicio del autor de este informe, en el proceso de adecuación nacional a propósitos comunes en la comunidad de naciones. Es allí donde es necesario actuar con decisión y perseverancia.

⁸⁵ Esta idea fue ampliamente discutida con Carlos Arturo Gómez, viceprocurador general de la Nación, para quien los resultados aislados, a pesar de que puedan cumplir eventualmente con el fin de la retribución penal, en relación particular con las víctimas, no cumplen el fin de la prevención y corren el riesgo de terminar siendo funcionales a la situación de anomia generalizada (entrevista celebrada el 18 de abril de 2002).

Bibliografía

- AMBOS, Kai, “Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma”, en Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero (eds.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, 1999, pp. 101-146.
- AMBOS, Kai, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlín, 2002.
- AMBOS, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina*, edición colombiana de Ciedla, Dike y otras, 1997.
- AMBOS, Kai (con la colaboración, para el caso colombiano, de Fernando VELÁSQUEZ y Deryl GUERRERO), “Jurisdicción penal para crímenes internacionales en América Latina”, en *Revista Penal*, n° 10, julio de 2002, Madrid, pp. 130-160.
- APONTE, Alejandro, *¿Superación del pasado a través de la norma penal? Dilemas en torno a la aplicación del derecho penal en situaciones de transición jurídico-política*, Universidad Javeriana, Bogotá, en prensa.
- BASSIOUNI, Cherif, “La jurisdicción penal universal”, en Vicepresidencia de la República, *Verdad, justicia y reparación. Corte Penal Internacional*, Bogotá, julio de 2002, pp. 13-25.
- BASSIOUNI, Cherif, *Derecho penal internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*, Tecnos, Madrid, 1984.
- Código Disciplinario Único*, Temis, Bogotá, 2002.
- Código Penal Militar*, Legis, Bogotá, 2001.
- EBERT, Udo, “Völkerstrafrecht und Gesetzlichkeitsprinzip”, en Guido Britz y otros (eds.), *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, Múnich, 2001, pp. 171-185.
- ELIAS, Norbert, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, México-Colombia, 1997.
- ESER, Albin, “Völkermord und deutsche Strafgewalt. Zum Spannungsverhältnis von Weltrechtsprinzip und legitimierendem Inlandsbezug”, en Albin Eser y otros (eds.), *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Gößner zum 65. Geburtstag*, Múnich, 2001, pp. 3-31.
- GUERRERO, Oscar Julián, “Desafíos de la complementariedad para el sistema colombiano de justicia”, en Vicepresidencia de la República, *Verdad, justicia y reparación. Corte Penal Internacional*, Bogotá, julio de 2002, pp. 123-132.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Alianza Universidad, Madrid, 1993 (1651).
- IBÁÑEZ, Augusto, “El ‘sistema penal’ en el Estatuto de Roma” (versión previa a la publicada), Bogotá, noviembre de 2002.
- LAGODNY, Otto, “Legitimation und Bedeutung des Ständigen internationalen Strafgerichtshofes”, en *ZStW* 113 (2001), cuaderno 4, pp. 801-826.
- LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, 3ª ed., Opladen, 1987.

- MADRID MALO, Mario, “Las víctimas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en Vicepresidencia de la República, *Verdad, justicia y reparación. Corte Penal Internacional*, Bogotá, julio de 2002, pp. 145-153.
- MEDINA AGUILAR, Claudia, “El derecho penal de los derechos humanos. El Estatuto de Roma como articulador entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal colombiano”, tesis de grado, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, noviembre de 2002.
- OROZCO ABAD, Iván (con la colaboración de Alejandro APONTE), *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Temis, Bogotá, 1992.
- RADBRUCH, Gustav, “Arbitrariedad legal y derecho suprallegal”, en Gustav Radbruch, *Relativismo y derecho*, Temis, Bogotá, 1992, pp. 25-42.
- RAMELLI, Alejandro, *Derecho internacional humanitario y estado de beligerancia*, Universidad Externado de Bogotá, 1999.
- Régimen Penal Colombiano*, Legis, Bogotá, 2002.
- RODRÍGUEZ, Carlos, “La impunidad no puede ser el sustento de una paz duradera”, documento presentado al seminario sobre Tribunal Penal Internacional, Universidad Javeriana y otras, Bogotá, noviembre de 2002.
- SEIDEL, Gerd, y Carsten STAHN, “Das Statut des Weltstrafgerichtshofs. Ein Überblick über Entstehung, Inhalt und Bedeutung”, en *Jura* 1999, cuaderno 1, pp. 14-21.
- VARGAS, Clara Inés, *Análisis del Estatuto de la Corte Penal Internacional y su importancia para Colombia*, Cancillería de Colombia, Bogotá, 2002.
- VEST, Hans, “Humanitätsverbrechen. Herausforderung für das Individualstrafrecht?”, en *ZStW* 113 (2001), cuaderno 4, pp. 457-497.
- WERLE, Gerhard, “Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht”, en *ZStW* 109 (1997), cuaderno 7, pp. 808 y 829.