

# INCORPORACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN COLOMBIA. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD\*

## INCORPORATION OF THE STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT IN COLOMBIA. SPECIAL REFERENCE TO THE CRIMES AGAINST HUMANITY

*Eduardo Julián Ramírez Uribe\*\**

**Fecha de recepción:** 4 de marzo de 2015–**Fecha de aprobación:** 16 de abril de 2015.

Forma de citar este artículo en APA:

Ramírez Uribe, E. J. (enero-junio, 2015). Incorporación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Colombia. Especial referencia a los delitos de lesa humanidad. *Summa Iuris*, 3(1), 116-149.

### Resumen

El presente artículo pretende contextualizar los antecedentes y problemas que se han planteado en la incorporación del Estatuto de Roma en Colombia, los cuales se abordan desde la perspectiva propia de dicha problemática, pasando por los planteamientos de carácter político y jurídico, de igual forma, haciendo una enfática referencia a los inconvenientes que plantean los delitos de lesa humanidad y sus elementos (entiéndase por elementos el Ataque, la Generalidad o Sistemática, el Político y la Población Civil) dentro del ordenamiento interno de Colombia. Seguidamente se analiza la aplicación problemática que generan los delitos de lesa humanidad en Colombia.

**Palabras Clave:** Estatuto de la Corte Penal Internacional, delitos de lesa humanidad, principio de complementariedad, Código Penal Colombiano.

\* Este artículo es resultado del proyecto de investigación denominado: “La problemática incorporación de los delitos de Lesa Humanidad en Colombia”, que inició en el mes de septiembre de 2013 y finalizó en septiembre de 2014. Este proyecto de investigación se realizó en el marco de elaboración de la tesis para obtener el título de Magister en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, España.

\*\* Abogado por la Universidad Santo Tomás; Especialista en Derecho Penal por la Universidad Sergio Arboleda; y Magister en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, España. Docente-investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Cartago. Correo electrónico: eduardo.ramirezu@campusucc.edu.co

## Abstract

This article aims to contextualize the background and problems that have arisen in the incorporation of the Rome Statute in Colombia, which were discussed from the perspectives of this problem, through the approaches of political and legal, likewise, making an emphatic reference to the drawback crimes against humanity and its elements (read by members Attack, the Generalitat or Systematizing, the Political and Civilians) in domestic law of Colombia. Then, the problem application generating crimes against humanity in Colombia is analyzed.

**Keywords:** Statute of the International Criminal Court, crimes against humanity, the principle of complementarity, Colombian Penal Code.

# INTRODUCCIÓN

Las razones para elegir el tema objeto de estudio nace al observar la realidad colombiana respecto de la utilización que se ha dado con las instituciones internacionales, específicamente con los delitos de lesa humanidad, que plantean una dificultad al no estar tipificados dentro del ordenamiento jurídico como tal. Así las cosas, la dificultad se ve reflejada, cuando el funcionario judicial eleva un delito común a delito de lesa humanidad, con criterios interpretativos, pero sin ningún criterio legal; de igual forma, indiscutiblemente se debe replantear la figura de bloque de constitucionalidad, por medio de la cual se ha dado paso a que se realicen esta clase de exabruptos por lo menos en materia penal.

A partir de la promulgación de la Constitución de 1991 en Colombia, se han dado grandes avances, como la creación de la Corte Constitucional, órgano supremo al que se le delegó la protección última de la Carta de Derechos; además, se dio paso a una constitución abierta, es decir, en donde las interpretaciones de las normas internas deben estar ajustadas con las disposiciones internacionales.

La mencionada Constitución, introdujo la figura francesa denominada “bloque de constitucionalidad”, figura por medio de la cual se incorporan normas en la Constitución sin que ellas se encuentren escritas en la misma; como lo ha denominado el profesor Rodrigo Uprimny, esto quiere decir que el cuerpo normativo de una Constitución no es simplemente el cuerpo escrito, sino que es algo más.

En Colombia, si bien se ha investigado sobre la materia de Derecho Penal Internacional, hasta el momento no se ha planteado la posibilidad de incorporar los delitos de lesa humanidad como están contenidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, al ordenamiento jurídico penal de Colombia, de ahí la importancia de este trabajo, máxime cuando se está otorgando un instrumento para los funcionarios judiciales, quienes en definitiva son los aplicadores de las normas jurídicas. Con este proyecto se estaría dando un paso respecto a la seguridad jurídica para la ciudadanía en general, y se lograría reivindicar la esencia de los delitos que se tipifican en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En definitiva, uno de los móviles que llevó a realizar este trabajo investigativo, es la innovación de la temática, teniendo en cuenta que es una materia que se encuentra en pleno desarrollo, en lo internacional y lo local, mostrando lo teórico, pero de otro lado reflejándolo en la práctica, cuestión favorable en un trabajo investigativo, ya que se hace más accesible y comprensible.

Para el desarrollo del presente trabajo, el método de investigación jurídica que se utilizará es el hipotético-deductivo o racionalista deductivo, porque se iniciará desde el estudio de unas premisas generales que son el Estatuto de la Corte Penal Internacional, sus antecedentes, los delitos de lesa humanidad que se establecen con sus respectivos elementos, los principios generales del Derecho Penal, los instrumentos por medio de los cuales se incorporan normas internacionales al ordenamiento jurídico colombiano; y de ahí se analizará cómo ha sido la incorporación de dicho Estatuto en Colombia, detectando los problemas que se han generado y se formulará una conciliación entre los principios internacionales plasmados en el Estatuto y los principios del Derecho Penal nacional.

En este orden de ideas, el artículo se realizará de la siguiente manera: Se analizarán los antecedentes de la incorporación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Colombia, contextualizando los problemas que se han planteado en dicha incorporación. Luego se estudiará el Derecho Internacional Penal desde una referencia histórica en el entendido que el Estatuto de Roma se convierte en una de las conquistas más importantes de la humanidad, pues anteriormente a dicha codificación solo se consideraban sujetos de Derecho Internacional los Estados y no los individuos.

Visto lo anterior es necesario mostrar que Colombia al encontrarse en un conflicto armado interno de suma complejidad, incorpora dentro de su ordenamiento jurídico el mencionado Estatuto. Dicha incorporación se realizó mediante una reforma constitucional y posteriormente con la promulgación de la Ley 742 de 2002. Se analizará lo manifestado por la Corte Constitucional en la resolución C-578 de 2002, que declara la exequibilidad de la Ley 742 de 2002. Posteriormente se planteará una serie de problemas jurídicos que conlleva la incorporación de dicho Estatuto en Colombia. En primer lugar, se reseñarán los problemas de carácter políti-

co y jurídico y para ello se estudian los debates que se dieron en el seno del Congreso de la República, en cuanto a la viabilidad de incorporar los delitos de lesa humanidad en el ordenamiento penal colombiano; como se verá dicha propuesta no llegó al final esperado.

Igualmente se mostrará la problemática que plantea la aplicación de los delitos de lesa humanidad en Colombia, teniendo en cuenta que dichos delitos no se encuentran contemplados en el Código Penal Colombiano, generando una disparidad entre el Estatuto de Roma y el Ordenamiento Interno. Para abordar este tema, se examinarán los elementos de los delitos de lesa humanidad plasmados en el artículo 7 del Estatuto de Roma y en lo desarrollado por cada uno de los tribunales internacionales *ad hoc* que se han instituido a lo largo de la historia.

## 1. ANTECEDENTES DE LA INCORPORACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN COLOMBIA

El Estatuto de Roma es un instrumento internacional que tiene trece años de vigencia, pero su funcionamiento no ha sido sencillo ya que depende en gran medida de la cooperación de los Estados parte (Bujosa, 2008, pp. 36-37). Hay que tener en cuenta que si bien es una institución permanente, los procesos que allí se llevan son tal vez las investigaciones más importantes en el ámbito del Derecho Penal, lo que conlleva que se planteen problemas a la hora de su incorporación dentro del Derecho Interno de los Estados parte.

En coherencia con lo anterior, a continuación se muestra brevemente el recorrido que se ha realizado para llegar a tener dicha institución, que ha sido una de las conquistas más importantes para la humanidad y para el Derecho Penal.

Al abordar el Derecho Internacional Penal, es necesario hacer una referencia histórica, máxime cuando el objeto de estudio es el Estatuto de la Corte Penal Internacional, o como también es denominado Estatuto de Roma. El Estatuto de la Corte Penal Internacional marca un antes y

un después en la historia de la humanidad, ya que anteriormente solo se consideraban sujetos del Derecho Internacional los Estados -y no los individuos- (Werle, 2011, p. 38).

Las diferencias que existían en el Derecho Internacional clásico fueron superadas de una u otra forma, como lo manifiesta el profesor Werle (p. 38) en el tratado citado, ya que ayudó a que el papel del individuo como sujeto de derecho, favoreciera el surgimiento del Derecho Penal Internacional, cuestión que no se puede interpretar como el surgimiento en potencia del Derecho Penal Internacional: es decir, si bien es relevante en la historia, no es el detonante para que la comunidad internacional viera la urgencia de crear una institución permanente que velara por la protección de los bienes jurídicos más preciados.

Los horrores de los crímenes nacionalsocialistas fueron los que hicieron que la comunidad internacional reaccionara mancomunadamente (Werle, 2011, p. 38). Es necesario recordar que al finalizar la guerra fría, bajo los atroces crímenes en la ex Yugoslavia y en Ruanda, las Naciones Unidas toman la decisión de instituir los Tribunales Penales Internacionales para estos Estados. De esta forma, se puede inferir que el Derecho Penal Internacional ha nacido como el resultado de una época de total oscuridad para la humanidad; no solo fue necesario que acaecieran estas tragedias, sino poner en sincronía los intereses políticos para poder dar bases sólidas al naciente Derecho Penal Internacional.

Este momento de total penumbra termina su ciclo dando nacimiento al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Esta nueva era es caracterizada por la creación de un tribunal que trasciende los sistemas jurídicos penales nacionales, sin pretensión de sustituirlos, sino más bien al contrario, de complementarlos, con su carácter de permanencia (Ambos & Guerrero, 1999, p. 17).

Por otra parte, con la aprobación del Estatuto de Roma convergen varias tradiciones normativas; por un lado, el Derecho Internacional de los derechos humanos y el Derecho Internacional humanitario; por otro lado, el Derecho Penal y el Derecho internacional consuetudinario; adicionalmente, el Derecho doméstico y el Derecho Penal Internacional.

De esta manera, era inapropiado implementar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ya que se debía analizar de qué forma se podía armonizar el Derecho Interno colombiano con el Derecho Penal Internacional, para disipar las diferencias existentes entre los principios internacionales y los nacionales (entiéndase, principio de legalidad, complementariedad, entre otros), para poder darle una efectiva funcionalidad al dicho Estatuto.

Así pues, la gran conquista es el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya que es el documento central del Derecho Internacional Penal, que formula los principios jurídicos que deben regir a la Corte Penal Internacional, y que, desarrolla su Derecho Procesal. En el mismo sentido, se considera un gran avance para el Derecho Penal Internacional material. Dicho texto comprende las cuatro (4) conductas más reprochables por la comunidad internacional o como también se les conoce “crímenes fundamentales”, los cuales son: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión (Werle, 2011, p. 72).

De otro lado, cada uno de los Estados que hizo posible la creación de esta institución con su voto, firma y posterior ratificación, debió emprender la tarea de incorporación dentro de sus ordenamientos internos; en este proceso Colombia no iba ser la excepción, país que en el momento en que se da todo el proceso del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Roma, se encontraba en un momento interno muy importante, ya que se estaba entablando diálogo con los guerrilleros de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) para un acuerdo de paz.

Colombia ha sido un Estado azotado por la guerra interna desde hace muchos años. La guerra colombiana ha dejado un gran dolor y pérdidas irreparables siendo esto el mayor impulso que llevó a apoyar el proyecto del Estatuto de Roma, el cual ha sido incorporado al ordenamiento legislativo colombiano, mediante una reforma constitucional. Esto ha sido necesario en razón de la normativa del mismo Estatuto, que en algunas cuestiones discrepa con las normas de carácter interno (Aponte, 2003, p. 202). De otro lado, el artículo de la Constitución colombiana que ha sido modificado es el 93, el cual rezaba 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”.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario mencionar que en los primeros años de vigencia de la Constitución Política de 1991, se dieron un sinnúmero de debates referentes a si los tratados prevalecen al orden interno o si deben ser instrumentos de interpretación jurídica. Lo cierto es que de una u otra forma la Carta Política ya tenía una norma que permitía la incorporación de normas tales como el Estatuto de Roma. Al tenor anteriormente referido del artículo 93 de la Carta Fundamental, se le añadió lo siguiente:

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 (Acto Legislativo 02 de 2001).

Así, se torna de interés hacer alusión a que en este proceso concurrieron todas las ramas del poder público del Estado colombiano.

Mediante el Acto Legislativo No. 02 de 2001, el Congreso de la República de Colombia reformó el artículo 93 de la Carta Fundamental. Luego se dio paso a que el mismo Órgano Legislativo, después de varias discusiones con el Gobierno Nacional, presentara la Ley No. 742 del 05 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 mandato de la Constitución Política de Colombia, esta ley, debió ser revisada por la Corte Constitucional, para que se impartiera la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la misma. En sentencia No. C-578 de 2002, la Corte declaró la exequibilidad de la Ley 742 de

2002; la sentencia de la Alta Corte contiene elementos relevantes para la discusión, los cuales son tomados en cuenta para evaluar el proceso de incorporación del Estatuto de Roma al ordenamiento de Colombia. Esta sentencia intenta dar los lineamientos de interpretación, dentro de los límites que tiene el ordenamiento interno colombiano, para de esta forma no dejar libre al intérprete en relación con los alcances de su normativa (Aponte, 2003, p. 203).

Es de advertir que dándose esta incorporación al ordenamiento interno de Colombia, no se puede interpretar que la situación sea pacífica, al contrario, para una parte de la doctrina este hecho hace surgir varios problemas internos que deben ser analizados para armonizar el ordenamiento doméstico con el Derecho Penal Internacional; otra parte de la doctrina manifiesta que Colombia permite dar aplicabilidad directa a normas de carácter internacional, citando el artículo 9, 93 y 94 de la Carta Fundamental entre otros. Desde la perspectiva penal esta parte de la doctrina manifiesta que el artículo 2 del Código Penal en el cual se consigna el principio de integración, permite que se apliquen directamente las normas de carácter internacional en materia penal.

En igual sentido, se debe decir que en Colombia se ha incorporado la figura del “bloque de constitucionalidad” (Uprimny, 2005, p. 2) que originalmente proviene de Francia, que en esta materia en particular ha jugado un papel importante, desde la visión de la aplicación del Estatuto de Roma dentro del ordenamiento interno colombiano. Es importante comentar que la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha dejado claro que no se puede entender que el Estatuto de Roma en su integridad haga parte del bloque de constitucionalidad (Sentencia C- 290, 2012). Esto quiere decir, que no todo el Estatuto de Roma se considera como un parámetro para ejercer control constitucional sobre las leyes. En igual sentido, la inclusión de una disposición del Estatuto de Roma en el bloque de constitucionalidad debe pasar por estudio de la Corte Constitucional, para que sea esta la que examine el caso concreto y manifieste si la disposición estudiada en concreto hace o no parte del bloque de constitucionalidad.

De lo anterior, se puede inferir que la inseguridad jurídica es muy alta, ya que los jueces, fiscales y demás funcionarios jurisdiccionales, en la realidad no dominan esta figura tan compleja como es la del bloque de constitucionalidad, más aún con los parámetros que da la Corte Constitucional, de tener que analizar cada caso en concreto.

Hechas estas apreciaciones, se debe identificar cada uno de los problemas suscitados a raíz de la incorporación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Colombia, teniendo en cuenta que no se han tipificado concretamente dentro del ordenamiento jurídico penal colombiano los delitos de lesa humanidad, como se encuentran contemplados dentro de dicho Estatuto.

## 2. LA INCORPORACION DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN COLOMBIA

Aunque el Gobierno de Colombia, en su momento, celebró con beneplácito el hecho de hacer parte de los países que aprobaron el Estatuto de la Corte Penal Internacional, no se podía dejar de lado la situación de violación de derechos por la que atravesaba el país. La incorporación del Estatuto de Roma encuentra gran asidero en el conflicto armado interno que estaba consumiendo a la Nación -aunque no se admitiera un conflicto armado interno, sino que eran actos terroristas-. El Estado Social y Democrático de Derecho estaba desapareciendo por completo, era una época de completa oscuridad, no se confiaba en la institucionalidad, la justicia estaba tomada por los grupos subversivos; en esos momentos todos los días se presentaban ante los medios de comunicación muertes, masacres, pueblos en ruinas, a raíz de la guerra que se estaba padeciendo. Además, se iniciaron unos diálogos de paz que fracasaron.

Sin lugar a dudas, ha sido una época en la que hubo una gran influencia de los grupos al margen de la ley, el Gobierno despejó una porción de territorio nacional como “zona de distensión”, para dialogar y poder hacer la paz. Este territorio se convirtió en sede del comando de operaciones de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia), de manera que la política del Estado no estaba dando resultado. En esas circunstancias la única salida para reafirmar en algo la confianza de la población civil, de

las Fuerzas Armadas de Colombia, de la Justicia, etc., era apostarle a la creación de la Corte Penal Internacional, que en su momento, se vendió a la opinión pública como el instrumento internacional que iba a castigar todas las atrocidades que estaban sucediendo en el país, tanto así que el Presidente de la República les dio una voz de alerta a los subversivos por los medios de comunicación escritos (El Tiempo, 2002), manifestando que la Corte Penal Internacional podría llegar a investigar las actuaciones desplegadas por estos grupos al margen de la ley.

Después de haber manifestado la mano dura que se quería buscar con la entrada en vigencia de la Corte Penal Internacional, el Gobierno tan solo a dos días de terminar el mandato presidencial, y de que se posesionara el nuevo mandatario de los colombianos, hizo uso del artículo 124 del Estatuto de Roma, denominado "Disposición Transitoria"<sup>1</sup>. Dicha decisión, es tomada teniendo en cuenta que la guerra que se libraba en ese momento era muy fuerte, donde el Estado de Colombia estaba perdiendo la batalla contra la guerrilla que azotaba a toda una nación. Con este panorama y en busca de no ser uno de los primeros países en ser intervenido por la Corte Penal Internacional por crímenes de guerra, se optó por utilizar dicha disposición transitoria, mediante la cual se negaba la competencia de la Corte Penal Internacional por el término de siete años, respecto de los crímenes de guerra (Art. 8 del Estatuto de Roma). Durante los siguientes siete años a la entrada en vigencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Colombia, la Corte no podría intervenir al Estado colombiano respecto de crímenes de guerra. En igual sentido debe tenerse en cuenta que la disposición consagrada en el artículo 124 del Estatuto, solo operaba para los crímenes de guerra, no para los demás delitos contenidos en el Estatuto de Roma.

De todo lo anterior, es evidente que la política nacional estaba en un momento crítico, y que la solución inmediata no era la suscripción del Estatuto de Roma. Después de evidenciar la firma del Estatuto, y de acogerlo internamente mediante Ley 742 de 2002, y de su aprobación por la Corte

<sup>1</sup> No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123.

Constitucional (Sentencia C- 578, 2002), se analizarán las repercusiones político- jurídicas, que conlleva la incorporación del Estatuto de Roma en Colombia.

## 2.1. PROBLEMAS DE CARÁCTER POLÍTICO Y JURÍDICO QUE PLANTEA LA INCORPORACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN COLOMBIA

En primer lugar, se debe tener en cuenta que después de haberse tramitado todo el procedimiento de incorporación del Estatuto de Roma al ordenamiento jurídico, se debía continuar con la adaptación o recomposición de las normativas específicas que le iban a dar rodaje, es decir, se debía realizar una modificación del Código Penal colombiano, porque de no realizarse, los órganos jurisdiccionales nacionales no serían competentes para conocer sobre los crímenes contemplados en dicho Estatuto. Es de añadir que tales modificaciones hasta la fecha no se han realizado en su totalidad, ya que los delitos contra la humanidad no se encuentran incluidos dentro del ordenamiento jurídico penal nacional.

También es cierto que el Estatuto de Roma en su articulado no contiene expresamente una disposición en la cual ordene una modificación legislativa interna de cada Estado parte, pero esto sí se puede deducir de la obligación de cooperación (artículos 86 y ss.) y del principio de complementariedad (artículo 17). Estos elementos a los que se hace referencia demandan tener una coordinación entre la legislación doméstica y el Estatuto de la Corte (Ambos, 2003, p. 25). Sin lugar a duda, para modificar la legislación interna y poner a tono el Derecho Interno y la Corte Penal Internacional se hace necesaria la voluntad política. No podría ser de otra forma, tomando en cuenta que la competencia de crear y modificar leyes recae en el Congreso de la República de Colombia.

Es necesario hacer una precisión y es que mientras se adelantaban los procesos de incorporación del Estatuto de Roma, también se adelantaban dentro del país debates en el Congreso de la República para modificar el Código Penal simultáneamente. Dicho debate se dio, mediante proyecto de ley No. 20 de 1998, por medio del cual se pretendía la incorporación del Título 1º dentro del Libro segundo del Código Penal, denominado "Delitos

de Lesa Humanidad”, el cual constaría de cuatro capítulos, Desaparición forzada de personas, Genocidio, Tortura y Disposiciones comunes. En esta oportunidad se quiso ir más allá, e incorporar otras acciones que aunque no estuvieran descritas en el Estatuto de Roma como de lesa humanidad, por la realidad que vivía el país, se hacía necesario introducir.

No se puede entender este hecho como una extralimitación del legislador, ya que como manifiesta el profesor Werle: “El mensaje del Estatuto de la CPI en cuanto a las características de la legislación penal interna es que los Estados deben estar dispuestos y en condiciones de perseguir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, aplicando sus legislaciones, de forma similar a como lo haría la Corte Penal Internacional” (2011, p. 214). Esto significa que la implementación debe tener como mínimo la carta de delitos que contiene el Estatuto, más no que no se puedan introducir otras conductas que, por razones netamente internas, se haga necesario incorporar. En definitiva, en esta oportunidad se pudo ver la voluntad política de algunos legisladores, en cuanto al hecho de haber promovido la incorporación de los delitos contra la humanidad que, como se podrá ver más adelante no llegó a feliz término. En otras palabras, no se logró la incorporación de los delitos de lesa humanidad.

Como se referenció anteriormente, era un proyecto de ley, sobre el cual se dio más de una discusión, contra la incorporación de delitos de lesa humanidad. Manifestaciones de congresistas, como la siguiente, hicieron que se archivara dicha propuesta:

(...) cuando nosotros modificamos el Código Penal y decimos créase un título uno A, dentro del libro segundo del Código Penal, lo que estamos haciendo es, recoger todo ese Derecho Internacional y positivizarlo en el orden interno pero no a un nivel Constitucional sino a un nivel legal, al nivel de Código Penal, ahí viene una primera dificultad que hemos advertido en la discusión de este proyecto, lo que está a nivel de la Constitución en el bloque de constitucionalidad que integra la Constitución y los tratados va a pasar ahora a ley, yo creo que si puede pasar a la ley, pero ojo porque lo estamos pasando a la parte especial del Código Penal y entonces respecto de todo este Derecho Internacional Humanitario y lo que dicen los tratados se van aplicar los mismos principios de la parte general del Código, la tipicidad, la culpabilidad, la antijuridicidad, el tratamiento de la inimputabilidad, la punibilidad. Todos estos fenómenos de nuestro Derecho

Interno van a quedar amarrando ese Derecho Internacional Humanitario, y lo que dicen los tratadistas del Derecho Internacional, es que ese derecho no puede, estar sometido a los criterios de escuela, o de principios o de estructuras dogmáticas del Derecho Positivo interno de los Países, porque no es un Derecho de Colombia, ni de Ecuador, ni de los Estados Unidos, sino es un Derecho de toda la Humanidad, tanto así que está en los tratados que firman los múltiples Estado (Proyecto de Ley No. 20, 1998,p. 30).

Así las cosas, se puede verificar el desconocimiento que se tiene sobre la materia, y cómo esta clase de análisis hacen frustrar una iniciativa que muy probablemente mejoraría el panorama respecto de los delitos contra la humanidad -por lo menos se tendrían incorporados en el Derecho Penal nacional de Colombia-

Por otro lado, esta intervención deja dilucidar que no se tiene claro que el Derecho nacional es de carácter principal, y el Derecho Internacional es subsidiario. Es ante la negligencia o incapacidad del Estado de dar solución a una situación concreta, donde podría entrar el Derecho Internacional a suplir la falencia del Derecho nacional. En igual sentido, se debe decir que la única manera para aplicar una normativa de carácter penal, -en estricto sentido- es tipificarla dentro del ordenamiento nacional, esto es, respetando las garantías del imputado y el principio de legalidad; por esta razón, la norma no pierde su “rango constitucional”; no se puede perder de vista que todo el ordenamiento jurídico nacional debe estar en armonía con la Carta Magna.

Siguiendo esta línea, en el mismo debate que se surtía en sede de Cámara de Representantes, se afirmaba por una parte de congresistas que debían incorporarse los delitos de lesa humanidad, como una forma de cooperar en la persecución de estas conductas tan graves y reprochables por la comunidad internacional (Proyecto de Ley No. 142, 1998, p. 3).

Dentro de los argumentos manifestados en los debates de Senado y Cámara, para la no tipificación de los delitos de lesa humanidad está que los intérpretes del Estatuto han entendido que la expresión “masivo o sistemático” se refiere a la necesidad de que forme parte de una política estatal o de una organización política, pues de lo contrario no podrá ser considerado como un crimen de lesa humanidad, y dentro del mismo argumento se manifiesta:

“Tal concepción de los Crímenes de Lesa Humanidad resulta de difícil prueba en el caso colombiano y podría conducir a que solo los agentes del Estado sean considerados autores de tales conductas”(Proyecto de Ley No. 142, 1998, p. 5).

Esta cuestión por supuesto no es verídica en su totalidad. Es cierto que estos elementos que exigen los delitos de lesa humanidad deben provenir de una política estatal o de una organización política, pero estos elementos pueden hacer parte de una política de un grupo que se encuentra al margen del Estado; lo que sí se tiene en cuenta en estos casos, es que la organización del grupo o el poderío del mismo sea similar, o comparable al del Estado.

Expuesto lo anterior, no se puede interpretar que únicamente tiene que ser una política estatal, lo que sí se debe tener en cuenta es que dentro de estos delitos (Crímenes de lesa humanidad), se cobije la posibilidad que sean cometidos por agentes del Estado, pero no por esto entender que los únicos actores son los miembros del Estado; por lo mismo, las conductas pueden devenir de organizaciones sumamente poderosas que tienen una similitud organizativa a la estatal. En definitiva, este proyecto de ley no salió adelante como se tenía previsto, es decir, no se logró la tipificación de los delitos de lesa humanidad, por unas interpretaciones erróneas, que no lograron sostener un verdadero debate jurídico penal en un tema de tanta relevancia nacional.

Por otro lado, debe hacerse la salvedad que dentro del ordenamiento jurídico penal sí se tienen incorporados los delitos de genocidio (artículo 101, Título I, Delitos contra la Vida y la Integridad Personal) y crímenes de guerra (Título II, Delitos contra Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario). (Ley 599, 2000).

Dentro de este contexto político se debe tener en cuenta la importancia que ha depositado Colombia en los procesos de paz que se han iniciado y que no ha sido solo uno, sino más bien varios, unos con mayor efectividad que otros. Colombia siempre se ha encontrado entre la guerra y el Derecho, cuestiones que repelen entre sí y que tornan complicado llegar a un acuerdo “justo” en el cual las partes queden a gusto.

No puede perderse de vista que siempre que exista una política de Estado, en su trasfondo, existe un ámbito jurídico, que de una u otra forma es el que se encarga de legitimar dicha política. Dicho lo anterior, es evidente que para Colombia es de suma importancia (y es la política más duradera dentro de su historia) conseguir un verdadero y legítimo acuerdo de paz, el cual otorgue confianza a sus ciudadanos, a sus instituciones, a sus fuerzas militares, etc. Esto que suena con tonalidad de ilusión no es tan sencillo de conseguir, ya que detrás de todos estos proyectos debe existir una verdadera voluntad de las dos partes (Guerrilla y Gobierno), que debe traducirse en justicia, la cual en momentos ha sido el talón de Aquiles en estos procesos tan arduos. No se puede desconocer, por otro lado, que la normativa siempre será el condicionante, todo en aras de que se respeten las instituciones que han forjado y mantenido el Estado Social y Democrático de Derecho regente en Colombia.

Indiscutiblemente, desde que el Estatuto de Roma entró a regir en Colombia, este ha sido punto de controversia para los procesos que se han querido implementar en busca de la paz; la paz no se busca uniformemente, al contrario, se deben analizar todas las posibilidades para llegar a un acuerdo que tenga consistencia y efectividad. Por ejemplo, un primer intento de paz se denominó "Proyecto de alternatividad penal" que posteriormente se debió someter a modificaciones y se ha denominado "Proyecto de Verdad, Justicia y Reparación" (Aponte, 2005, p. 118). Este proyecto consiste en una propuesta formulada por el Gobierno, la cual pretendía desarmar y desmovilizar a actores violentos, bajo la condición de que estos actores se comprometieran seriamente con políticas de paz, reinserción social y de reparación a las víctimas tanto material como simbólicamente, por toda la violencia indiscriminada que han desatado dentro del país, donde, por supuesto se han vulnerado los derechos humanos de forma indiscriminada.

Por otro lado, organizaciones internacionales, en concreto la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos para Colombia, se han referido enérgicamente manifestando que un proyecto de alternatividad penal, estaría en contra del Estatuto de la Corte Penal Internacional; al respecto, afirma que "el proyecto de ley hace caso omiso de la existencia de la Corte Penal Internacional y de las obligaciones que impone a Colombia el Esta-

tuto de Roma, en lo que se refiere a la persecución penal de las conductas constitutivas de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra” (Aponte, 2005, p. 98).

Por esta misma línea se vislumbran posibles inconvenientes respecto a esta clase de proyectos alternativos, que de aplicarse presentarían inconvenientes frente al Estatuto de Roma, como lo es en materia de cosa juzgada, del principio de complementariedad, o con respecto al preámbulo del propio Estatuto en el cual se enmarca la lucha contra la impunidad, entre otros.

De otro lado, se ha manifestado que esta serie de alternativas penales, implementadas por una política estatal, irían en contra de lo preceptuado en el artículo 17 del Estatuto de Roma. Referente a esto, el profesor Ambos afirma que: “el proyecto de ley, en sí mismo considerado, pone en evidencia la falta de voluntad del Gobierno encaminada a velar por el castigo de estos delitos” (2004, p. 223). Sin lugar a dudas, este es el reflejo de cómo es incompatible jurídicamente hablando un proceso de paz en el cual no se fijen unos parámetros ajustados a un marco jurídico, en el cual se tengan en cuenta los principios que rigen al Estado desde la perspectiva constitucional y, como es natural, se vean reflejados en materia penal.

Vale decir que la lucha para conseguir la paz en Colombia no es sencilla. Por tal motivo, cada proyecto o iniciativa (entiéndase, proyecto de ley) presentada para su discusión debe ser siempre analizada detenidamente, con el fin de matizar e intentar conseguir la mejor opción, es decir, la que más se ajuste a la realidad político – jurídica que se viva en ese momento nacional. No podría pasar de forma inadvertida el hecho de que Colombia en la actualidad está en diálogos de paz con las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) en la Habana, Cuba, cuestión que tiene al país ante los ojos de organizaciones internacionales y de la misma Corte Penal Internacional.

Así las cosas, la Corte Penal Internacional ha hecho un llamado a la Corte Constitucional, ente encargado de avalar el marco jurídico para la paz, presentado por el Gobierno. Dentro de las recomendaciones que se hacen está la de aplicar una sanción jurídico penal a las personas que han

cometido graves crímenes; en igual sentido se refiere a que, llegado el caso de otorgar beneficios penales, debe tenerse como referencia medidas drásticas que comprometan a los causantes de estos crímenes atroces, indicando también la prohibición de que estos sujetos participen en la vida política. En las indicaciones dadas por la Corte Penal Internacional se vislumbró el hecho de que, de no tener en cuenta las recomendaciones presentadas, muy probablemente se activaría su jurisdicción frente a estos hechos.

Por lo anterior, es necesario que frente a estos temas se promuevan fórmulas de interpretación sobre las relaciones entre los procesos de paz y el Estatuto de Roma (Aponte, 2005, p. 150); por supuesto con el complemento de que estas interpretaciones tengan como fundamento una legislación penal acorde con los estándares internacionales. En concreto con la Corte Penal Internacional y así poder dar una respuesta efectiva desde la perspectiva jurídica a dichos actos tan reprochables socialmente.

Así pues, esta problemática en gran parte obedece a que Colombia no ha cumplido en debida forma con sus compromisos internacionales. Es de anotar, que no es necesario que en los tratados se especifiquen las cuestiones a las que se tiene que obligar el Estado firmante; de hecho, el Estatuto no obliga expresamente a ningún Estado parte a que modifique su ordenamiento interno, pero se deduce de forma positiva, que si esta institución plasmó una serie de conductas, como las más graves y reprochables por la comunidad internacional, lo indicado es acoger esas conductas e introducirlas en el ordenamiento interno. No se trata solo de transponer los tipos penales de forma indiscriminada, sino con su concepción originaria, es decir, con sus elementos esenciales, que los identifican como únicos, y que responden a situaciones específicas, por tal razón, se debe despertar de nuevo ese espíritu legislativo, en el cual se reacondicione la normatividad penal interna y se reivindiquen los principios fundantes de esta institución jurídica penal.

## 2.2. LA PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA LA NO INCORPORACIÓN DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA.

En primer término, se debe precisar, que en Colombia sucede algo muy característico con los delitos de lesa humanidad. Es decir, todos los poderes del Estado (entiéndase, Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial), y las ONG, entre otros estamentos, en algún momento se han pronunciado sobre los delitos contra la humanidad, hablando con voz propia y tono fuerte, sobre el tratamiento que deben recibir las personas que cometan esta clase de conductas delictuales. Pero curiosamente, estos delitos no se tienen contemplados en el Código Penal colombiano (entiéndase, como los contempla el Estatuto de Roma), ni tampoco existe una normatividad especial que recoja esta clase de conductas. Por otro lado, causa sorpresa que sí se tenga otra serie de delitos incorporados al ordenamiento jurídico penal, como ya se ha mencionado anteriormente (los crímenes de guerra y de genocidio). También con respecto a ellos, se han firmado tratados, pero, sin embargo, el legislador colombiano en estos otros casos los ha incorporado.

Se hace necesario hacer referencia a dicha categoría (Delitos de Lesa Humanidad) que, como ya se dijo, no ha sido incorporada al Derecho Interno colombiano, aunque Colombia ha firmado el Estatuto de Roma. Por ello, sería útil hacer una breve referencia respecto de la proveniencia de la categoría de crímenes contra la humanidad. Algunos autores subrogan que el primer antecedente se encuentra en la doctrina de Francisco de Vitoria (Gil, 1999, p. 106), aunque hay que advertir que esta primera concepción es desde una perspectiva filosófica; posteriormente, se encuentran las primeras referencias normativas en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de *Nüremberg* y más adelante en la Ley del Consejo de Control No. 10. Esta, diferente a la primera, en el sentido de que no había necesidad de una relación entre delitos de lesa humanidad y conflicto armado, lo cual permitió que se produjeran más judicializaciones respecto de alemanes civiles que cometieron delitos atroces contra la población judía y discapacitada (Forer & López, 2010, pp. 12-13).

Tiempo después se crearon los Tribunales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda, por las respectivas resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; manifiestan Forer y López que simultáneamente a la creación de estos tribunales, se inician los estudios para la creación de una Corte Penal Internacional (2010, p. 13).

Posteriormente se conformaron otra serie de tribunales debido a otras confrontaciones bélicas que se han dado en diferentes lugares del mundo, a las cuales no es necesario referirnos en este momento, pero en ellos también se han realizado aportes para la unificación de criterios respecto de los delitos contra la humanidad.

Hecha esta breve referencia, se estudiará la problemática que presenta específicamente la categoría de los crímenes de lesa humanidad dentro del marco jurídico penal interno de Colombia. El profesor Aponte afirma lo siguiente:

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. Existe, 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 está 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 (2003, p. 211).

Siguiendo por esta línea de trabajo, el profesor Aponte también manifiesta:

Debe aclararse, además, que los delitos que se reseñan a continuación (Desaparición forzada, Tortura, Desplazamiento forzado y Apartheid), 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 (2003, p. 212). (Entre paréntesis, fuera de texto).

Teniendo en cuenta los párrafos precedentes, se puede mostrar la disparidad que se tiene respecto de los delitos de lesa humanidad consagrados en el Estatuto de Roma, y los delitos que se consignan en el ordenamiento interno colombiano. Por tal motivo, es pertinente abordar el contenido del artículo 7 del Estatuto, y hacer una referencia a cada uno de sus elementos, que en definitiva son los que hacen única esta categoría delictual.

### **2.2.1. Elementos de los delitos de lesa humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.**

En primera medida, se debe precisar que los delitos contra la humanidad se encuentran plasmados en el artículo 7 del Estatuto de Roma, el cual manifiesta en su descripción típica: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Teniendo en cuenta la definición de esta categoría, es necesario hacer la siguiente precisión, los elementos de ataque, sistematicidad o generalidad, como también a quién va dirigida (población civil), son elementos característicos e inmutables de estos delitos, en otras palabras, son el plus (Fernández, 2010, p. 128), la marca diferenciadora, respecto de los delitos comunes.

De este modo, es imprescindible abordar los elementos anteriormente mencionados, los cuales marcan una brecha fundamental a la hora de conformarse una conducta de las referidas en el artículo 7 del Estatuto; más aún cuando estos elementos han sido desarrollados por cada uno de los tribunales internacionales *ad hoc* que se han instituido a lo largo de la historia de la humanidad.

#### *2.2.1.1. El ataque*

Referente al ataque se puede manifestar lo siguiente: no se debe entender solamente como el ejercido militarmente, sino que también puede comprender malos tratos infringidos a personas que no participan directamente en las hostilidades, siempre y cuando estén dirigidos a la población civil. En esta misma dirección, el profesor Wolffhügel, manifiesta que

el ataque, se configura a partir de dos elementos de índole acumulativa, de un lado, la múltiple comisión de actos y, de otro lado, que los mismos se realicen bajo la política de un Estado o de una organización. Sobre la primera, se debe tratar de algo más que simples incidentes aislados y, sobre el segundo, la política no requiere ser formalizada en la medida en que la planeación y organización del ataque pueden corroborar la presencia del mismo (2012, p. 411).

Es indiscutible no ver la importancia de este elemento, propio de los delitos contra la humanidad, y se debe anotar que el elemento ataque por sí solo no sería característico de estos delitos, se debe tener la perspectiva global, en la cual se deben tener en cuenta los otros dos elementos. Valga aclarar que los elementos que se verán a continuación son alternativos, es decir, no se tienen que concretar simultáneamente, de tal forma solo es necesario que se manifieste uno de ellos: la sistematicidad del ataque o la generalidad.

### *2.2.1.2. Generalidad o sistematicidad.*

Este aspecto ha suscitado debate en relación a las circunstancias de la adopción de decisiones respecto de estos elementos, en el momento en que se negociaba el Estatuto de Roma. Se manifestó desde un comienzo que estos elementos debían constar descritos dentro del tipo penal, lo que abrió la discusión sobre si debían exigirse de forma alternativa o cumulativa. Una parte quería que fuera de forma alternativa, y como es lógico la otra parte manifestaba que debía ser cumulativa; al final, se inclinaron por que la exigencia fuera alternativa (Werle, 2011, p. 476).

Por otro lado, el carácter generalizado es un elemento cuantitativo que se determina principalmente a partir de la cantidad de víctimas. Igualmente, este elemento se puede derivar de la extensión sobre un ámbito geográfico amplio – aunque no es indispensable para que se constituya este requisito-. El ataque generalizado puede incluso consistir en una sola acción cuando esta tiene como víctimas a un gran número de personas civiles (Werle, 2011, p. 477). De otro lado, es este el elemento que dife-

rencia esta clase de crímenes de aquellos que se cometen aisladamente o al azar, por lo tanto, es definitorio para determinar la competencia de la Corte Penal Internacional (Fernández, 2010, p. 130).

La sistematicidad es el aspecto cualitativo del delito de lesa humanidad, lo que implica la existencia de una organización, de una política, plan o línea de conducta, dirigida por el Estado o por una organización, cuyo propósito sea promover o incentivar la comisión masiva de los actos que se encuentran plasmados en el artículo 7 del Estatuto de Roma.

Teniendo en cuenta lo referido, se hace necesario tocar otros elementos, como son el político y la población civil, que son esenciales para la comprensión de los delitos contra la humanidad. La explicación de estos elementos es fundamental, para poder significar más adelante la importancia que tiene que los Estados parte introduzcan estos delitos dentro del ordenamiento jurídico penal doméstico, y en concreto el colombiano. Por lo mismo, dar a conductas tan graves a nivel internacional el tratamiento de delitos comunes (conductas individuales tipificados en Colombia), supone dejarlas al albur de las decisiones del operador judicial, que en el caso concreto aplique el estatus de delito de lesa humanidad, sin que cumplan con los elementos que aquí se han explicado. De ahí la importancia de reflejar en la normativa penal los elementos que se están estudiando.

### *2.2.1.3. Elemento político*

El elemento político debe ser interpretado en un sentido amplio, es decir, como una comisión planeada, dirigida u organizada, en oposición a los actos de violencias individuales y aisladas. No se debe interpretar este elemento como una determinación programática formal (Werle, 2011, p. 481).

Por otro lado, la exigencia que se pide de este elemento no debe ser ni expresa ni declarada de forma clara y precisa. No es exigible que las disposiciones sean decididas al más alto nivel. Es de anotar que este elemento político se debe interpretar dentro de los elementos de sistematicidad

o generalidad, no de forma aislada, porque el elemento político por sí solo no podría configurar un elemento completo que sea determinante para la calificación de los crímenes de lesa humanidad.

Hecha esta salvedad, y dejando claro que se deben analizar como unos elementos que hacen una sinergia entre sí, se debe entender que los delitos contra la humanidad exigen en su artículo 7.2 literal a) del Estatuto, que el ataque que se dé “contra la población civil”, sea de conformidad a una política de un *Estado* o de una *organización*”.

El profesor Werle, manifiesta en su obra lo siguiente de forma textual: “La política del Estado o de la organización puede consistir en la adopción de una función directiva en la comisión del crimen o en un apoyo activo del hecho global o incluso en su tolerancia” y afirma también: “el espíritu de la norma hace necesario incluir la tolerancia: precisamente el –mirar a otro lado- por parte del Estado, la negación de medidas de protección para la población o la no persecución de los autores pueden ser medios efectivos de una política de terror y de exterminio” (2011, p. 483).

De esta forma, se aborda la perspectiva que se debe tener del elemento político, el cual tiene la dualidad de operar tanto por acción, como por omisión. En igual sentido se avizora la importancia que este tiene respecto de los demás elementos esenciales para la configuración de estos delitos contra la humanidad.

#### 2.2.1.4. *La población civil como objeto del ataque*

Por último, es necesario hacer referencia a qué se entiende por “población civil”, elemento este que ha propiciado muchos debates en el Derecho Penal Internacional, más aún cuando se habla de delitos contra la humanidad.

Dicho elemento es fundamental, porque es allí donde se concreta y se pueden ver reflejados en conjunto todos los requisitos exigidos para la realización material de una conducta de esta magnitud. En otras palabras, de nada sirve tener una circunstancia en la cual interactúe un ataque sistemático o generalizado, si en el mismo no se cuenta con el sujeto pa-

sivo, que en este caso es la “población civil”. En síntesis, simplemente no habría delito de lesa humanidad; no se puede negar que es un elemento de difícil delimitación, por lo mismo existen autores tan importantes en la materia como el profesor Ambos, que en su artículo “Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional” afirma lo siguiente:

He argumentado en otra parte que este elemento debe ser eliminado del art. 7, ya que no se puede conciliar con una definición esencialmente humanitaria de los CLH (Crímenes de Lesa Humanidad), defendida en este artículo, es decir, para proteger la humanidad y lo humano y, por lo tanto, los derechos humanos fundamentales de todas las personas contra violaciones sistemáticas y generalizadas. El tribunal reconoció este problema con anterioridad en *Kupreskic et al.* cuando confirmó: “uno no ve por qué solo los civiles y no también los combatientes deben ser protegidos por estas normas (en particular por la norma que prohíbe la persecución), teniendo en cuenta que puede considerarse que estas reglas poseen un alcance y propósito humanitario más amplio que aquellas que prohíben los crímenes de guerra” (2012, pp. 11-12).

Por otro lado, con todos los inconvenientes que presenta dicha figura, existe parte de la doctrina que manifiesta que, “no debe entenderse en el sentido de requerirse que aquel (población civil) apunte a todos los habitantes de un estado o de un territorio determinado. Por el contrario, el término “población civil” guarda sobre todo un vínculo con el carácter masivo o sistemático del ataque, en el sentido de excluir los actos aislados, es decir, ayuda a entender que se está ante un acto de carácter colectivo, diferente entonces a un delito sometido al Derecho Penal interno del Estado o a un crimen de guerra que haya sido cometido de manera aislada” (Ramelli, 2011, p. 290).

Así pues, debe de tenerse en cuenta que estos delitos se pueden cometer tanto en épocas de guerra como de paz, en otras palabras, su ejecución no se encuentra sometida a un estado especial -guerra- para que se configure un delito de lesa humanidad.

### **2.2.2. La aplicación de los delitos de lesa humanidad como crimen internacional en ausencia de un tipo penal específico en Colombia**

Teniendo en cuenta la exposición antecedente en la cual se hace un desglose de cada uno de los elementos constitutivos de los delitos de lesa humanidad; se hace necesaria e inminente la configuración interna en Colombia respecto de esta categoría delictual.

En este punto del texto, se puede ver que Colombia se encuentra atrasada respecto de la tipificación interna de los delitos de lesa humanidad, y no solo eso, sino que está incumpliendo con el compromiso que adquirió en el momento que firmó y ratificó el Estatuto de Roma, ya que, al momento de esta firma, el Estado colombiano se comprometió a la persecución de dichos crímenes, ¿pero, como hacerlo sin incorporarlos al Derecho Interno?

Pues bien, en Colombia respecto de estos delitos, se tiene una evidente laguna. Lo más grave es que los afectados directamente son los fiscales, jueces y los posibles investigados; ya que al no tenerse debidamente zanjado el tema, los fiscales, jueces o como también se denominan operadores judiciales, frente a un caso concreto no saben qué camino deben tomar. La primera opción que tienen es investigar y juzgar los delitos de lesa humanidad, con los tipos del Derecho Penal clásico (son los que se tienen tipificados en el código penal colombiano, mencionados anteriormente), lo que llevaría a olvidar que los delitos clásicos fueron concebidos para castigar actuaciones completamente diferentes a los delitos internacionales. Es decir, la estructura de los delitos clásicos o también llamados comunes, está pensada para la persecución de conductas aisladas, hechos individuales; no para la persecución de conductas que de suyo contienen elementos esenciales como los explicados en el epígrafe antecedente.

De otro lado, la segunda opción que tendrían los funcionarios judiciales, sería aplicar de forma directa los delitos de lesa humanidad contemplados en el Estatuto de Roma, lo que llevaría al desconocimiento por parte del Estado colombiano del principio de legalidad consagrado en la Carta Política y en el Código Penal (Fernández, 2011, p. 27).

Debe advertirse que esta segunda opción fue desarrollada por la Corte Suprema de Justicia Sala de lo Penal, en una sentencia del año 2009, mediante la cual manifiesta que el hecho de no tener una norma específica que reconozca los delitos de lesa humanidad, no impide su reconocimiento en el ámbito nacional, ya que por bloque de constitucionalidad se debe dar aplicación directa a estas conductas. De esta forma la Corte Suprema de Justicia, insta a los funcionarios judiciales a que se remitan al art. 7 del Estatuto de Roma, para que se fije su contexto, y concordarlo con los delitos tipificados en el orden nacional (Fernández, 2011, p. 28).

La Corte Suprema de Justicia con el llamado que hace a los operadores judiciales a la aplicación directa del artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, lo que quiere reflejar es que el Estado colombiano propugna por una verdadera lucha contra la impunidad, sin importar que no se respeten los principios fundamentales del Derecho Penal interno, fundantes del modelo del Estado Social y Democrático de Derecho.

Dicha aplicación directa (del artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional), lo sustenta la Corte Suprema en el hecho de que Colombia ha firmado otros tratados internacionales como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención contra la Tortura y Otro Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, las Convenciones de Ginebra, entre otros. Pero, lo que no tiene en cuenta la Corte es que a diferencia de los delitos de lesa humanidad (como se encuentran tipificados en el Estatuto de Roma), estos tratados han tenido un desarrollo interno en Colombia, es decir, el delitos de genocidio se encuentran tipificados en el Derecho Penal interno, igualmente el delito de desaparición forzada de personas, y los delitos con el DIH; sin embargo, como se decía, los delitos de lesa humanidad no están desarrollados dentro del ordenamiento penal colombiano.

Por tal motivo, no se encuentra razonable que la Corte Suprema utilice como sustento de su argumentación los tratados que se han firmado por parte de Colombia, con el fin de instar a los funcionarios judiciales a que den aplicación directa a los delitos de lesa humanidad según la configuración del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Es de tener en cuenta que la peculiaridad de los delitos de lesa humanidad son los elementos especiales exigidos (mencionados anteriormente), los cuales no hacen parte de la construcción típica de los delitos comunes que contempla el ordenamiento doméstico colombiano. Por tal razón, es en este punto donde se encuentra el quiebre a la inaplicabilidad de los delitos comunes con estatus de delitos internacionales (entiéndase delitos de lesa humanidad).

Es por esta razón, y no por otra, que se considera que al no tener tipificados internamente los delitos de lesa humanidad junto con sus elementos, se vulneran flagrantemente los principios y derechos fundamentales de los conciudadanos y, se resquebraja por completo el modelo de Estado. De esta forma, se puede ver reflejado el panorama que se vive en Colombia respecto de los delitos de lesa humanidad.

Debe decirse que estas interpretaciones vulneran los principios clásicos del Derecho Penal, (principio de legalidad, principio de proporcionalidad, principio de seguridad jurídica, entre otros) y, sin lugar a dudas, cercenan los derechos de los investigados. La Corte Suprema de Justicia Sala de lo Penal ha olvidado que el bloque de constitucionalidad cumple la función de ser parámetro para ejercer control constitucional, mas no para ser utilizado como fuente directa de imputación de conductas inexistentes dentro del ordenamiento penal doméstico (Fernández, 2011, p. 29).

Siguiendo este derrotero, el profesor Ambos manifiesta que se debe implementar el Estatuto de la Corte Penal Internacional en las legislaciones nacionales, por lo cual plantea lo siguiente:

El principio de complementariedad presupone que el Estado donde se comete un crimen internacional tiene la *capacidad y la voluntad o disposición de perseguirlo penalmente y castigar a los responsables*. Mientras la voluntad puede ser considerada una mera cuestión de política criminal o judicial, la capacidad a su vez requiere una normatividad adecuada para poder perseguir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de gue-

rra en el sentido de los artículos 5 a 8 del Estatuto. Por ello, si un Estado no dispone de estos crímenes en su legislación nacional –caso que aplica de una u otra manera a todos los Estados del mundo–, está obligado de facto a adaptar su legislación nacional al Estatuto; de lo contrario, la CPI puede asumir la jurisdicción en el caso concreto.

La cuestión se vuelve más compleja si se toma en cuenta la relación entre crímenes internacionales y ordinarios nacionales. Si bien los actos individuales que forman parte de los crímenes de lesa humanidad o de los crímenes de guerra se encuentran reglados en la legislación nacional –por ejemplo, el asesinato, la lesión, etc.–, *no contienen el elemento internacional que los convierta en crímenes internacionales; es decir, en caso de crímenes de lesa humanidad, la comisión sistemática o múltiple* y, en caso de crímenes de guerra, la existencia de un conflicto armado como requisito mínimo. Como resultado, se puede decir que el principio de complementariedad implica una obligación de facto de implementación (2003, pp. 25-26).

Cuando se hace referencia al principio de complementariedad (art. 17 Estatuto de Roma, citado anteriormente), es partiendo de la base de que existe algo principal, es decir, en el caso concreto de Colombia sería contar con los delitos de lesa humanidad dentro del ordenamiento nacional. Si se cuenta con esta premisa, se entiende que el principio de complementariedad sería un factor de segundo orden. Es así, que su activación se determina por la falta de capacidad del Estado en la persecución de dichas conductas. En otras palabras, este principio fue concebido principalmente para que su funcionalidad sea de carácter subsidiario, no para los supuestos en que el Estado parte tiene una construcción sólida para la persecución de los delitos que establece el Estatuto. En el caso de Colombia, como ya se ha explicado reiteradamente, no es posible interpretar que se tiene dicho factor principal, por cuanto, que el principio de complementariedad, en realidad no estaría en un segundo estadio, sino por el contrario, sería el principal fundamento para la intervención de la Corte Penal Internacional al Estado de Colombia por no cumplir con su compromiso internacional de persecución de los delitos consagrados dentro del Estatuto de Roma.

En igual sentido, hay que tener en cuenta, que estas decisiones político-criminales, dejan la voluntad de los Estados. Así las cosas, no se puede permitir que no se tomen decisiones de fondo respecto de la materia, aunque con ello no se pretende defender que la forma de imple-

mentación tenga que ser la reproducción literal del Estatuto de Roma respecto a crímenes contra la humanidad. Considerar que es la ideal y la que promueve el mismo Estatuto-, no quiere decir que sea la única alternativa.

Por otro lado, no se puede perder de vista que Colombia es un país de tradición jurídica occidental o de *Civil Law*, es decir, nuestro Derecho es un Derecho positivado, más no de tendencia consuetudinaria o *Common Law*. Es importante mencionar este aspecto, toda vez que dicho elemento hace parte fundamental de la estructura jurídica de Colombia. Se confirma de esta manera, que se hace necesario incorporar los delitos de lesa humanidad al ordenamiento nacional, y por el contrario dejar de intentar la aplicación directa del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En consecuencia, son varios los aspectos que se deben evaluar y solucionar en esta materia. No se puede tolerar continuamente que la vulneración de garantías se siga expandiendo como una plaga a causa de interpretaciones exacerbadas.

No obstante con lo anterior, otra de las grandes preocupaciones que se tiene respecto de los delitos de lesa humanidad es la interpretación confusa que pueda llegar a realizar la Corte Suprema de Justicia (Sala de lo Penal), máximo tribunal en lo penal en Colombia, ya que dicha institución acoge los parámetros constitucionales para esta materia, es decir, echa mano del bloque de constitucionalidad para dar solución a las conductas que en su entender son delitos contra la humanidad.

## CONCLUSIONES

1. El Estatuto de Roma, es un instrumento internacional que tiene once años de vigencia, pero su funcionamiento no ha sido sencillo ya que depende en gran medida de la cooperación de los Estados parte. Con la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional convergen varias tradiciones normativas, el Derecho Internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, por otro lado, el Derecho Penal y el Derecho Internacional consuetudinario; adicionalmente el Derecho doméstico y el Derecho Penal Internacional.

2. En Colombia se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad de tradición francesa, la cual juega un papel importante, ya que es por medio de dicha figura que se da aplicación al Estatuto de Roma dentro del ordenamiento colombiano.

Se debe tener en cuenta que la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha dejado claro que no se puede entender que todo el Estatuto de Roma hace parte del bloque de constitucionalidad, lo que quiere decir, que para que una disposición haga parte del bloque de constitucionalidad debe ser estudiada y aprobada una por una por la Corte Constitucional, aspecto que hace compleja la aplicación y dominio de los jueces, fiscales, etc., de la figura foránea, generando una elevada inseguridad jurídica.

3. Dentro del proceso de incorporación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, respecto de los delitos de lesa humanidad se presentaron problemas de carácter político y jurídico, los cuales llevaron a erradas interpretaciones por parte de los legisladores, lo que dejó como resultado, el frustrado intento de incorporar los delitos de lesa humanidad al ordenamiento penal nacional, por vía legislativa.
4. Es necesario que frente a las fórmulas de interpretación sobre las relaciones entre los procesos de paz y el Estatuto de la Corte Penal Internacional se cuente con un fundamento en la legislación penal acorde con los estándares internacionales. Así pues, el Estado colombiano no ha cumplido en debida forma con sus compromisos internacionales y lo que debe hacer es acoger las conductas establecidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional e introducirlas en el ordenamiento interno, con sus elementos esenciales, que los identifican como únicos, y que responden a situaciones específicas.
5. En el ordenamiento jurídico de Colombia no se encuentran tipificados los delitos de lesa humanidad en la forma como se contemplan en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ni tampoco existe una normativa especial que recoja esta clase de conductas y lo que se ha realizado es una interpretación por vía de bloque de constitucionalidad. Así, los operadores jurídicos al no tener tipificados los delitos de lesa humanidad en el ordenamiento jurídico penal, lo primero que hacen es investigar y juzgar estas conductas con los tipos del

Derecho Penal clásico lo que lleva a olvidar que estos tipos fueron concebidos para castigar actuaciones distintas de los delitos de carácter internacional. La segunda forma como se realiza es mediante la aplicación directa de los delitos de lesa humanidad contemplados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional por vía de bloque de constitucionalidad y esto conlleva la vulneración del principio de legalidad consagrado en la Constitución Nacional y en el Código Penal.

## REFERENCIAS

- Ambos, K. & Guerrero, O. (1999). *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. 1° edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ambos, K. (2003). "Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional" en Ambos, K. & Malarino, E. (Eds). *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*. Uruguay: Konrad-Adenauer- Stiftung A.C.
- Ambos, K. (2004). "Impunidad, Corte Penal Internacional y Colombia", en Fundación País Libre/Fundación Konrad Adenauer (Eds). *Corte Penal Internacional. Instrumento de paz para Colombia*. Bogotá: Konrad – Adenauer.
- Aponte, A. (2003). "Colombia", en Ambos, K. & Malarino, E. (Eds). *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*. Uruguay: Konrad – Adenauer – Stiftung A.C.
- Aponte, A. (2005). "Estatuto de Roma y Proceso de Paz: reflexiones alrededor del "proyecto de alternatividad penal" en el caso colombiano", en Ambos, K.; Woischnik, J. & Malarino, E. (Eds). *Temas actuales del Derecho Penal Internacional. contribuciones de américa latina, Alemania y España*. Uruguay: Konrad – Adenauer – Stiftung E.V.

- Bujosa Vadell, L. (2008). *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*. Barcelona: Atelier.
- Fernández Mejía, D. (2010). "El Crimen de Lesa Humanidad y la Ausencia de Consagración en la ley penal colombiana" en Bustamante Arango, D. (Compiladora). *Problemas contemporáneos del Derecho*. Cali: Universidad San Buenaventura.
- Fernández Mejía, D. (2011). "Atipicidad de los crímenes de Lesa Humanidad, una revisión del caso colombiano", en *Opinión Jurídica*, 20, 24-45.
- Forer, A. & López, C. (2010). *Acerca de los Crímenes de Lesa Humanidad y su aplicación en Colombia*. Bogotá: GTZ, Embajada de la República Federal de Alemania, Alvi Impresores LTDA.
- Gil Gil, A. (1999). *Derecho Penal Internacional*. Madrid: Tecnos S.A.
- Ramelli Arteaga, A. (2011). *Jurisprudencia Penal Internacional aplicable en Colombia*. Bogotá: Uniandes.
- República de Colombia. Acto Legislativo 02 (2001), por medio del cual se adiciona el artículo 93 de la Constitución de Colombia.
- República de Colombia. Ley 599 (2000). Código Penal de Colombia.
- República de Colombia. Constitución Política de 1991. (2013). Bogotá: Leyer.
- República de Colombia. Ley 742. (2002). "Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)".
- República de Colombia. Senado de la República, Gaceta del Congreso No. 185, Proyecto de Ley No. 20 (1998).

República de Colombia. Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso No. 37, Proyecto de Ley No. 142 (1998).

Uprimny, R. (2005). *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Werle, G. (2011). *Tratado de Derecho Penal Internacional*. 2° edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

Wolffhügel, C. (2012). "El elemento Contextual del Crimen de Lesa Humanidad: una visión en el marco de las decisiones de la Corte Penal Internacional", en Boeglin, N.; Hoffmann, J. & Sainz-Borgo, J. (Eds). *La Corte Penal Internacional: una perspectiva latinoamericana*. San José de Costa Rica: Universidad por la Paz.

### SENTENCIAS

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C- 578 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C- 290 de 2012. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

### SITIOS WEB

Ambos, K. (2012). "Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional", en *Revista General de Derecho Penal*, 17, (pp. 1-30). Recuperado de: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t\\_20120808\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20120808_02.pdf).

*Periódico El tiempo*, 6 de junio de 2002, Bogotá. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1383056>.