

**ALCANCE DE LAS NORMAS DE JUSTICIA TRANSICIONAL FRENTE AL PRINCIPIO DE
COMPLEMENTARIEDAD DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**

Autor:

JORGE AGUILERA DIAZ

Director:

OSCAR AGUDELO



**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL
Y JUSTICIA MILITAR
2016**

Alcance de las normas de justicia transicional frente al principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional¹

Resumen

El presente escrito plantea un análisis de los objetivos de los mecanismos de justicia transicional definidos en el Acto Legislativo 01 de 2012 *Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*, considerando con ello determinar los límites y alcances de los instrumentos allí considerados a efectos de encontrar una salida negociada al conflicto interno armado en Colombia caracterizado por ser de los de mayor duración en el contexto latinoamericano y mundial.

Considerando los objetivos definidos en el Acto Legislativo 01 de 2012 como son facilitar la terminación del conflicto armado interno, garantías de no repetición, seguridad para todos los colombianos y, garantizar en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, surgen inquietudes que radican en la posible afectación a los derechos de las víctimas frente al derecho de exigir del Estado que investigue y sancione las conductas punibles de las que han sido objeto por parte de los grupos armados al margen de la ley, al tiempo de considerar la procedencia de la competencia de la Corte Penal Internacional (CPI) con posterioridad a la suscripción de acuerdos de finalización del conflicto.

Palabras clave

Justicia retributiva – Mecanismos de justicia transicional – Principio de complementariedad – Derechos a la verdad, justicia y reparación - impunidad

Introducción

¹ Jorge Aguilera Díaz. Abogado Universidad Militar Nueva Granada. Estudiante especialización Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar. Desarrolla el estudio del marco jurídico de la implementación de los instrumentos de justicia transicional a efectos de analizar su alcance frente a los tratados y acuerdos internacionales suscritos por el Estado colombiano; email jorgeaguileradiaz@gmail.com

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución Política de 1991 la paz es un derecho fundamental que ha de ser garantizado por el Estado colombiano, recalcando además que es un valor constitucional consagrado en el preámbulo constitucional:

En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo (...) (subrayado texto no original)

Los mecanismos de justicia transicional parten de una realidad como lo es la existencia de un conflicto interno armado² - que data del siglo pasado - tiene como objetivo la búsqueda del valor de la paz como fin asociativo del pueblo colombiano, entendiendo con ello, que los instrumentos de justicia transicional responden a una visión política que no necesariamente responde al concepto historicista de justicia, esto es, una visión de justicia retributiva. La visión política que plantean los mecanismos de justicia transicional se caracterizan por fijar criterios de alternatividad en cuanto a la sanción penal.

La importancia del tema radica en el hecho de poder determinar si con la adopción de mecanismos de justicia transicional se limita el derecho de las víctimas o sus familiares por violaciones de derechos humanos o de crímenes de guerra³, a un efectivo acceso a la justicia, a la reparación por los daños sufridos o, si por el contrario, dichos instrumentos pueden considerarse como obstáculos para las víctimas en el propósito de materializar su derecho a la verdad, justicia y reparación.

² Presidencia de la República. *Estrategia Nacional para la Garantía de los Derechos Humanos 2014-2034* (...)

Protocolo adicional II, art. 1.1 Conflicto Armado interno: Que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas (Pág.55).

³ "Respecto a los crímenes de guerra hay que subrayar el reconocimiento del carácter de delito internacional a los crímenes de guerra cometidos en conflictos internos". (Beltrán, 2003, p.41)

Aunado a lo anterior se hace necesario determinar si una vez sean aplicados los instrumentos de justicia transicional, entendidos como medidas de carácter interno para investigar y sancionar a los responsables de violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario descartan de facto la competencia de la Corte Penal Internacional -CPI.

Análisis del contexto jurídico colombiano en el que se desarrolla la justicia transicional

El preámbulo constitucional integra aquellos valore⁴s que el constituyente ha considerado como necesarios para el cumplimiento de los fines de asociación tales como la justicia, la igualdad, la libertad, la paz entre otros, a partir de lo cual se estructura el conjunto de garantías y disposiciones contenidas en la misma constitución tendientes a garantizar el orden político, económico y social justo. No obstante, de reconocer la paz como un valor y derecho constitucional, es evidente que realización no ha sido posible de lograr ni antes ni después de la promulgación de la Constitución Política de 1991:

Colombia, país donde tienen lugar el conflicto armado más largo del continente, el mayor índice de secuestros y de homicidios del mundo, parece irremediabilmente enredada en la compleja maraña de la violencia que por más de cincuenta años ha afectado al país (CICR, 1998)

A pesar de los múltiples intentos del Estado colombiano por encontrar una salida negociada al conflicto, que como bien se dijo corresponde al más antiguo del continente, a la fecha no ha sido posible darle fin ya sea por vía de una salida negociada como la que se intentó en el gobierno del ex presidente Andrés Pastrana ni por la vía de la confrontación

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política.

como lo intentó hacer el gobierno del ex presidente Álvaro Uribe durante los ocho años de su mandato.⁵

Esto bien puede atribuirse como señala Medina, a la dificultad de expresar y delimitar las causas específicas y concretas del conflicto (2009) haciendo con ello que se dificulte por una y otra vía el atender los puntos de inflexión relacionados con sus causas. No es de obviar además que la multiplicidad de variables asociadas al origen del conflicto ha desembocado no sólo en la mutación de los presupuestos de la lucha contra la institucionalidad por parte de los grupos al margen de la ley, como las FARC, sino también en el surgimiento de diversos actores en su desarrollo⁶, con lo cual se hace cada vez más difícil el logro de la paz dado el amplio espectro de intereses que entran en juego al momento de negociar.⁷

De ahí que se afirme incluso que los grupos alzados en armas no responden en su actuar a los postulados iniciales generalmente asociados al inconformismo social frente a la institucionalidad, sino que han migrado estos intereses a otros campos como lucha por detentar el poder en el país, la obtención de recursos a partir de actividades relacionadas con actividades ilícitas, narcotráfico, terrorismo, secuestro, extorsión e ilegales como la minería entre otros.

Aunado a lo anterior resulta preciso señalar que el conflicto armado interno no tiene sus causas en un contexto contemporáneo, sino que data desde los mismos inicios de la república haciendo con ello claridad acerca de la dificultad en sí de dar por terminado un conflicto por considerar el contexto sociológico e histórico del pueblo colombiano:

Al comenzar este breve sumario sobre el conflicto y sus orígenes, resulta necesario anotar cómo una rápida mirada de nuestra historia podría llevar a la conclusión de que la violencia ha sido un elemento siempre presente en nuestro sistema político.

El Siglo XIX fue testigo de un patrón recurrente de ‘Guerras Civiles’ en las cuales

⁵ Cabe destacar que a partir del gobierno del presidente Andrés Pastrana el gobierno de los Estados Unidos definió a través del Plan Colombia un esquema de financiación y apoyo económico para la lucha del Estado contra el narcotráfico y de manera indirecta contra las FARC quienes encontraban en el narcotráfico una fuente de financiación para su lucha armada.

⁶ El conflicto armado interno colombiano generalmente está asociado a las FARC, sin embargo han de considerarse como actores determinantes en el mismo a otros grupos como el M-19, el ELN, el EPL sin desconocer la incidencia que tuvieron los grupos paramilitares en el desarrollo del mismo.

⁷ El Espectador. La Fortuna de las FARC (2). *Sobre los U\$10,500 millones de fortuna de las FARC, esta no es una cifra del todo descabellada como el gobierno y las FARC coinciden en hacer ver.* Tomado del <http://www.elespectador.com/opinion/fortuna-de-farc-2>. Fecha 27-05-2016.

distintas facciones de las elites se enfrentaron alrededor de la mejor forma de organizar el Estado recientemente independizado. (Medina, 2009, pp. 164)

Por si fuera poco, a pesar de estar probado la realidad de conflicto que data del siglo pasado, no fue sino hasta hace poco que por primera vez el Estado colombiano logra reconocer su existencia, evidenciando de entrada, el nivel de las dificultades para encontrar una salida a un conflicto que ni siquiera se consiguió reconocer durante el siglo pasado.⁸

Este último aspecto da claras muestras de la necesidad que encuentra el gobierno nacional de procurar la adopción de mecanismos jurídicos y legales que conduzcan a la realización de un valor y derecho superior en el que se funda la asociación:

El progreso de estado de derecho y de la democracia sustancial, difícil y fatigoso, consiste obviamente, más que en el crecimiento de las promesas, en el desarrollo de las garantías capaces de hacerlas realidad. (...) tales derechos, en la medida en que son insatisfechos, pueden deslegitimar los poderes (Ferrajoli, 2009, p. 867)

La naturaleza jurídica y política de los mecanismos de justicia transicional

De hasta lo aquí expuesto se consigue dilucidar que buena parte de las dificultades para dar por terminado el conflicto y con ello lograr la concreción de la paz como valor y como derecho del pueblo colombiano, recae en los diferentes factores que por supuesto inciden en tal empresa, como por ejemplo el reconocimiento de mecanismos jurídicos y legales para garantizar una salida pacífica del mismo, lo que no es otra cosa que definir un conjunto de garantías o alternativas que propicien un interés genuino y real para aquellos que participan en la confrontación armada y que en últimas los lleven a optar por una salida negociada.⁹

Entendiendo este panorama y la necesidad de adoptar mecanismos idóneos que posibiliten la finalización del conflicto o la *Paz* como se expresa en el común, el gobierno nacional presentó en el año 2012 al Congreso de la República un proyecto de reforma de la

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-781 de 2012. Magistrada María Victoria Calle.

⁹ En tal sentido se analizan entre otros aspectos las garantías como: esquemas de enjuiciamiento transicional, participación en política, modelos de reintegración, políticas sociales de inclusión entre otros.

constitución consistente en la adopción de instrumentos jurídicos con tal fin. El Acto Legislativo 01 de 2012 por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones definió en su artículo 1°:

El acto legislativo surge como un instrumento a la que hasta ahora no había sido encontrada, esto es, una salida al conflicto dentro de un esquema de consenso, pero no cualquier consenso sino uno que se desarrolle los valores descritos en la constitución como lo son la justicia, igualdad, un marco jurídico, democrático y participativo, al tiempo de garantizar el respeto de los principios constitucionales, en especial el correspondiente al Estado Social de Derecho a partir del cual se establecen y definen deberes y responsabilidades a las autoridades.

Artículo Transitorio 66. Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Es claro además que más allá de querer dar por terminado un conflicto se debe contar con un marco jurídico (instrumentos, medios, mecanismos) que responda a las expectativas de un estado de derecho, que conduzcan no solamente a dotar de un visto de legalidad sino de constitucionalidad, todas aquellas acciones y determinaciones que se surten en desarrollo de las negociaciones de paz.

Mediante una ley estatutaria se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. En cualquier caso, se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas

Para el análisis importa que los mecanismos de justicia transicional que atañen al Estado y que se asocian directamente con la investigación y sanción “(...) garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación” y, los que en un segundo orden corresponde a las víctimas como lo es la reparación y la verdad.

La noción de justicia transicional puede afirmarse plantea el ejercicio de la acción y de la sanción penal desde un esquema de justicia que más allá de ser retributivo conduce en realidad a la búsqueda de los fines superiores de asociación, para lo cual plantea una lógica procesal penal que se corresponde con un dimensionamiento político de negociación:

La justicia transicional es la manera de hacer justicia en contextos de transición política. Cuando se trata de ponerle fin a conflictos armados internos, la justicia transicional contribuye a conseguir -al mismo tiempo- dos objetivos esenciales: la negociación política del conflicto y la realización de la justicia (MinJusticia, 2015)

Ahora bien, resulta conveniente determinar el grado de amplitud que le asiste al Estado colombiano en el propósito de fijar fórmulas alternativas para la solución del conflicto armado interno, a través de mecanismos normativos que reconocen garantías a nivel de derecho sustancial y procesal para los actores del conflicto, que de una parte pudieran ser consideradas como insuficientes o no adecuadas por quienes son consideradas como víctimas, específicamente en relación con los derechos a la verdad, reparación y justicia. Al respecto resulta procedente señalar que uno de los principales retos para el proceso de justicia transicional es el lograr cambiar el esquema de justicia retributiva que ha imperado en nuestro ordenamiento legal, para el caso no es de buen recibo por supuesto que en tal esquema, esto es, el retributivo, se contemple la posibilidad de que los responsables de conductas delictivas cometidas como integrantes de los grupos al margen de la ley no sean objeto de pena de prisión, denotando con ello una aparente impunidad; sin embargo son estos los dilemas que surgen al abordar un proceso desde la egida y la tradición penal que caracteriza nuestra sociedad. Lambert al respecto plantea las dificultades que conlleva el enfrentamiento del apolítica judicial y la política legislativa (2010, p. 71).

Ahora bien, el legislador consciente de la necesidad de procurar la búsqueda de una salida al conflicto plantea como derrotero que, en la mayor medida posible, se procurará la realización de los fines de verdad, justicia y reparación, reitero en la medida de lo posible, de lo cual se infiere que no existe una noción absoluta de tales derechos de las víctimas, propendiendo con ello al logro de fin mayor y último, como lo es la paz:

Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación (texto subrayado no original)

Esto conduce a dos lecturas en cuanto a la competencia , a saber: i) en realidad no se habla de impunidad por cuanto el pueblo colombiano por virtud de la configuración normativa interna define las formas penales y procesales a adelantar para la búsqueda de una solución al conflicto y, ii) a pesar de que el Estado defina un proceso de investigación y sanción a nivel interno, se evidencia un interés del Estado de sustraer a los responsables de la conductas que son objeto de competencia de la corte penal internacional ¹⁰

Al respecto conviene señalar que los momentos históricos y políticos tienen incidencia sino directa si tangencialmente en los sistemas jurídicos, tal y como lo plantea la concepción historicista de la justicia “(...) cuyo postulado fundamental consiste en aceptar que lo que ha sido debe, por esta misma razón, seguir siendo, la justicia viene a entenderse aquí como << conformidad con la tradición >>”. (Atienza, 2011, p. 123)

Validación de la competencia internacional frente a los acuerdos derivados del proceso y los mecanismos de justicia transicional.

Un punto interesante es el lograr determinar si las acciones de investigación y sanción adelantadas a nivel interno por las autoridades colombianas en el marco de los instrumentos de justicia transicional, se corresponden con los niveles de exigencia de la CPI:

La justicia transicional hace referencia a un problema muy antiguo, relativo a qué debe de hacer una sociedad frente al legado de graves atentados contra la dignidad humana, cuando se sale de una guerra civil o de un régimen tiránico. Debe ¿castigar

¹⁰ Estatuto de Roma. Artículo 5°: La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión.

a los responsables? ¿Debe olvidar esos atropellos para favorecer la reconciliación?
(Uprymni, 2006, p.94)

El tema resulta crítico si se considera que con la implementación de un modelo de justicia transicional que conduzca al fin del conflicto catalogado como uno de los más largos de la historia, no existe más alternativa que adoptar mecanismos que resulten atractivos a las partes del conflicto estructurados desde una lógica política y no tanto con los modelos de enjuiciamiento tradicionales u ordinarios, específicamente en lo atinente a las penas.

A priori, esto pudiera considerarse como un contrasentido en relación con las expectativas tanto de la comunidad internacional como de quienes han sido víctimas del conflicto, por considerarles contrarios con los fines de verdad, la justicia y la reparación, la búsqueda de la justicia material, el garantizar la acción penal frente a los responsables, por lo cual ha de hacerse un análisis sistémico e integral de los objetivos que enmarcan la aplicación de modelos de justicia transicional.

Citando a Uprymni la competencia de la Corte penal tiene un carácter complementario, a partir del cual solo son conocidas ante el tribunal aquellas causas en las que previamente se ha podido establecer que no existe por parte del Estado interés o posibilidad alguna de llevar a cabo las respectiva investigación y sanción frente a los crímenes que atentan contra la humanidad. (2006. p.94)

Según describe (Abuchaibe) corresponde a cada sociedad identificar los elementos históricos, políticos, sociales, culturales a efectos de considerar un mecanismo de justicia transicional adecuado que posibilite en la mayor medida posible el logro de los fines previstos. (2013, p. 24)

En este sentido surge para el Estado la imperiosa necesidad de asegurar que en los procesos de construcción e implementación de los instrumentos y mecanismos de justicia transicional, no se desconozcan los derechos de las víctimas del conflicto armado así como el no juzgamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad, aspectos que fundan los objetivos del sistema penal internacional.

Debe recordarse que el derecho internacional se funda en que Colombia no puede invocar normas internas para desconocer obligaciones internacionales. Pensar en

esos mecanismos nos lleva a un posible escenario de juzgamiento de los actores del conflicto. (Barbosa, 2015, parr.4)

Considerando la trascendencia que tiene en la comunidad internacional el desarrollo de conductas y prácticas catalogadas como de lesa humanidad se plantea la cuestión relacionada con la prevalencia de los intereses de la humanidad frente a tales hechos sin que ello lleve per se al desconocimiento de la soberanía de los estados:

(..) en tales circunstancias, los derechos soberanos de los Estados no pueden y no deben tener preferencia sobre el derecho de la comunidad internacional a actuar apropiadamente, mientras que se afecta a toda la humanidad y chocan la conciencia de todas las naciones del mundo. (Prieto, 2005. p.65)

De lo anterior se infiere que el interés de la comunidad internacional radica en la protección de los derechos y garantías que han sido reconocidas por la humanidad aspecto en el que radica la adopción de medidas atinentes a la prevención general y especial frente a los actores del conflicto. Además, no puede considerarse como una vulneración en la soberanía de los estados en la medida que la competencia de la CPI se evalúa atendiendo a los criterios definidos expresamente en el Estatuto de Roma – tema que será abordado más adelante – pero que se refiere en este aparte para indicar que la procedencia de la competencias no opera sin antes validar los criterios objetivos definidos para tal efecto.

La perspectiva de aplicación de los instrumentos jurídicos frente al bloque de constitucionalidad

El alcance de los mecanismos que integra el acto legislativo 02 de 2012 propone un análisis respecto de la obligatoriedad de la aplicación de las disposiciones consagradas en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano y que son integrados al ordenamiento por vía del bloque de constitucionalidad, según lo establece el artículo 93 de la Constitución Política según se cita a continuación:

ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.(Constitución Política, 1991)

En especial, se aborda lo referido a las disposiciones consagradas en el Estatuto de Roma adoptadas mediante el Acto Legislativo 02 de 2001, al tenor del cual el Estado colombiano reconoce la jurisdicción de la Corte Penal Internacional:

Artículo 1°. Adiciónese el artículo 93 de la Constitución Política con el siguiente texto: "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"

Se entiende por bloque de constitucionalidad el conjunto de normas que sin estar dispuestas de manera expresa en el articulado constitucional adquieren igual fuerza vinculante, por cuanto desarrollan los principios y valores definidos en la carta fundamental, constituyendo este último aspecto un criterio de validación frente a su aplicación e interpretación :

La Corporación definió entonces el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.” (Corte Constitucional Sentencia C 370, 2006)

De conformidad con el artículo 93 superior las normas y tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano serán integrados a la Norma Fundamental y prevalecen en el orden interno, a partir de lo cual surge el interés de establecer el nivel de

obligatoriedad que el acude al Estado frente a los compromisos que en ellos han sido adquiridos, al respecto Ayala señala:

Todos estos instrumentos internacionales, tienen una incidencia directa en la prevención de situaciones de graves violaciones a los Derechos Humanos y a los usos aceptados en desarrollo de los conflictos internos, reflejando un consenso de las naciones, orientando a contrarrestar la impunidad, para lograr el respeto y la efectividad del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.(2010, p. 406)

El preámbulo del Estatuto de Roma establece el criterio de complementariedad al tenor del cual, la Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. Uprymni destaca *“la falta de disposición de un Estado para administrar justicia que daría lugar al ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional.”* (1995, p.96)

Surge el interés de dilucidar el margen de maniobra del Estado colombiano en el propósito de adoptar instrumentos de justicia transicional para dar fin el fin conflicto armado interno, sin que ello signifique el desconocimiento de la jurisdicción penal internacional. La actual perspectiva de una salida negociada del conflicto armado interno plantea tanto para el Estado colombiano como para la comunidad internacional múltiples inquietudes referentes a los alcances que pueden tener los mecanismos de justicia transicional en el marco de las normas de DDHH y del DIH. Al respecto resulta imprescindible señalar que los compromisos asumidos por el Estado colombiano, a partir de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, plantean el deber de castigar a quienes cometen delitos que atentan contra la humanidad, tal y como se encuentra consignado en el preámbulo del Estatuto de Roma:

Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para

asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia. (Estatuto de Roma, 2002)

De otra parte, conduce a aclarar si una vez se aplique el instrumento de justicia transicional se puede garantizar que la Corte Penal Internacional no juzgara a quienes hayan cometido delitos de lesa humanidad, aludiendo para ello el posible afectación de los derechos sustanciales de las víctimas

La falta de disposición de un Estado para administrar justicia que daría lugar al ejercicio de las competencias de la CPI, hace referencia, fundamentalmente, a la existencia de situaciones de impunidad que vulneran el derecho a la justicia de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario (Uprymni, 2006).

Por último, conviene señalar que las disposiciones contenidas en los acuerdos y tratados internacionales al integrarse a la constitución adquieren un carácter prevalente:

La imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores. (Corte Constitucional C-225, 1995)

El principio de complementariedad

El Estatuto de Roma además reconocer la competencia de los mecanismos de justicia nacional frente a las conductas violatorias de DDHH y del DIH posibilita que la Corte Penal Internacional pueda actuar investigando y sancionando a los responsables de tales delitos siempre que se den los presupuestos contenidos en el estatuto:

Complementa los sistemas penales nacionales en la sanción de los responsables, en la reparación a las víctimas y en el restablecimiento de los derechos, al buscar que quienes sean responsables de cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o el crimen de agresión, y no hayan sido o no hayan podido ser juzgados en el ámbito nacional, sean juzgados por una Corte Penal Internacional con vocación de universalidad. (Corte Constitucional Sentencia C 578, 2002)

Es decir, no se plantea un desconocimiento de la facultad que el acude a los estados de investigar y sancionar a los responsables de aquellas conductas que se consideran como violatorias de los derechos humanos y el DIH, sino que se posibilita de manera complementaria el actuar de la Corte Penal en los casos en los que no se ejerzan dichas atribuciones estatales. Aspecto que se resalta en el preámbulo del estatuto así: *“Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”*.

La Corte Penal Internacional surge en un contexto de la historia en el que la humanidad reacciona a las atrocidades cometidas en desarrollo de la Segunda Guerra Mundial y de otras confrontaciones que sucedieron a esta, rescatando el deseo de la comunidad internacional de prevenir y conocer de las infracciones a los DDHH y el DIH¹¹ *“Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”* (Estatuto de Roma, 1998). Para tal fin se propuso la creación de un órgano de justicia con una vocación de permanencia y universalidad, considerando que antecedentes inmediatos los juicios de Núremberg y Tokio consistieron en una vocación temporal y específica para cada caso:

Fue la necesidad de contar con un organismo de estas características lo que llevó a su creación, pues con anterioridad se habían celebrado los juicios de Núremberg y Tokio para juzgar los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial y en la década de los 90 del siglo XX se pusieron en marcha los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, pero todos ellos circunscritos a conflictos específicos. (GobiernodeEspaña, 2015)

Con la adopción del Estatuto de Roma se materializa el interés de la comunidad internacional de garantizar de manera efectiva los derechos inherentes a la condición humana, los cuales resultan ser irrenunciables e imprescriptibles y que sin importar el contexto obligan a su garantía:

Todos estos instrumentos internacionales, tienen una incidencia directa en la prevención de situaciones de graves violaciones a los Derechos Humanos y a los

¹¹ Específicamente las conductas catalogadas como crímenes contra la humanidad, genocidio y crímenes de guerra.

usos aceptados en desarrollo de los conflictos internos, reflejando un consenso de las naciones, orientando a contrarrestar la impunidad, para lograr el respeto y la efectividad del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (Ayala, 2010)

De conformidad con lo establecido en el preámbulo del Estatuto de Roma la Corte Penal Internacional no sustituye en manera alguna la jurisdicción penal al interior de cada uno de los estados, plantea un carácter complementario consistente en el hecho de validar previamente la existencia de ciertas condiciones a partir de las cuales se puede o no considerar que existe mérito para que asuma competencia, *“La Corte (...) tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto”*. (Estatuto de Roma, 1998). Adicionalmente se establecen criterios de carácter objetivo a partir de los cuales se evalúa la procedencia o no de la competencia de la corte considerando tres aspectos: i) la existencia de un proceso según la normas internas contra el (los) responsable (s) de las conductas objeto descritas en el estatuto; ii) la garantía de un proceso penal efectivo en la etapa de investigación como de juzgamiento y sanción y; iii) la incapacidad del Estado para llevar a cabo tanto la investigación y el respectivo juicio. Estos criterios se desarrollan en el artículo 17 del estatuto:

(...)

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:
 - a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
 - b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;

d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

Resulta conveniente señalar respecto de la investigación que ésta no puede estar fundada simplemente al deber de denuncia e impulsión procesal por parte de las víctimas o de los familiares afectados por los delitos cometidos, sino que corresponde a un deber jurídico que recae exclusivamente en el Estado y por ende, es quién debe adelantar las acciones necesarias para conseguir el fin de la verdad. (Sandoval, 2003. p. 13)

De lo hasta aquí expuesto se concluye que la competencia de la CPI procede atendiendo a: i) desarrollo del proceso penal y la consecuente acción y sanción del Estado ; ii) la realización efectiva del proceso penal , relacionado con un proceso en el que se promueva la búsqueda de la justicia material, concreta, objetiva, real (circunstancias que procuran prevenir la negligencia u obstrucción estatal) y; iii) la imposibilidad de que el Estado mismo adelante el proceso de investigación y enjuiciamiento.

El principio de complementariedad contenido en el Estatuto responde a una lógica mixta: por un lado, da prelación a los aparatos de justicia nacionales para que hagan frente a la impunidad y asuman la responsabilidad de juzgar (o extraditar) a los responsables de crímenes internacionales; y por otro lado, garantiza que, cuando los Estados no quieran o no puedan juzgar este tipo de delitos, opere una instancia jurisdiccional internacional, permanente con legitimidad y eficacia. (Abogados sin Fronteras, 2015)

De esta manera, y como lo señala Quesada, para determinar la competencia de la Corte Penal Internacional corresponde verificar el cumplimiento del “*Umbral general de los crímenes de competencia de la Corte*¹²” por tanto, aquellas conductas que no alcancen dicha expectativa quedan sometidas a la jurisdicción nacional o a los tribunales internacionales si fueren constituidos para su investigación y sanción. (2010, p. 240).

De otra parte, al considerar el derecho de la libre determinación de los pueblos y el concepto mismo de soberanía, no resultaría contrario a la Constitución el que se puedan configurar por vía normativa mecanismos a partir de los cuales se promueva la búsqueda del interés general y el bienestar de la sociedad, de la manera en que lo expresa el preámbulo de la Constitución Política de 1991. La Corte Constitucional en la sentencia C-225 de 1995, señala que al Estado le asiste la facultad de promover formulas y mecanismos que consigan si no desaparecer los conflictos, si al menos regularlos en procura de garantizar la convivencia pacífica y democrática de la nación:

¹² Crímenes más graves de trascendencia internacional.

Por consiguiente, en relación con los conflictos armados, el primer deber del Estado es prevenir su advenimiento, para lo cual debe establecer mecanismos que permitan que los diversos conflictos sociales tengan espacios sociales e institucionales para su pacífica resolución. En ello consiste, en gran parte, el deber estatal de preservar el orden público y garantizar la convivencia pacífica.

Aunado a lo anterior y a la luz de lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio de Ginebra al señalar que “(...) *las Altas Partes Contratantes podrán concertar otros acuerdos especiales sobre cualquier cuestión que les parezca oportuno zanjar particularmente (...)* ”, es posible considerar que los acuerdos suscritos por las partes en un conflicto interno con el fin de encontrar una salida al mismo y que subsiguientemente son integrados por el Estado en su ordenamiento jurídico, a priori, no resultan contrarios a las disposiciones internacionales que regulan los conflictos si se considera que – en términos del artículo citado – es la primera cuestión que merece ser zanjada, es decir, su terminación.

En conclusión, de la manera en que los acuerdos de justicia transicional garanticen los derechos de quienes directamente o indirectamente han resultado víctimas del conflicto interno armado, así como el cumplimiento de los estándares definidos por la comunidad internacional en relación con la investigación y sanción de los responsables por la comisión de conductas contrarias a las normas de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, se podría afirmar que no hay lugar a la aplicación del principio de complementariedad que orienta al competencia de la CPI. No obstante, habrá que validar de manera estricta, reitero, los criterios de procedencia descritos en el Estatuto de Roma.

Lista de referencias bibliográficas

- Atienza, M. (2011). *Introducción al Derecho*. Madrid: Editorial Fontamara
- Ayala, C. A. (2010). *Bloque de Constitucionalidad*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Beltrán, A. (2003). *Los tribunales penales internacionales Ad Hoc para la Ex Yugoslavia y Ruanda*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta
- Lambert, E. (2010). *El gobierno de los Jueces*. Madrid: TECNOS
- Lassalle, F. (1999) *Que es una constitución*. Madrid: Elalph
- Quesada, C. (2005) *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*. Madrid: Tirant Monografías.
- Prieto, R. (2005) *Internacionalización de los conflictos internos*. Medellín: Editorial Diké
- Sandoval, J. (2003). *La incorporación de la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica
- Uprymni, R. (2006). *Justicia transicional, sin transición: verdad justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- CICR. (1998). *Comité Internacional de la Cruz Roja*. Obtenido de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlpt.htm>
- Corte Constitucional C-225 (Corte Constitucional 1995).
- Corte Constitucional Sentencia C 370, C 370 (Corte Constitucional 2006).
- Corte Constitucional Sentencia C 578, 578 (Corte Constitucional 2002).
- Estatuto de Roma (Organización de las Naciones Unidas 17 de Julio de 1998).
- Gobierno de España. (27 de 11 de 2015). *Gobierno de España*. Obtenido de <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/NacionesUnidas/Paginas/CortePenalInternacional.aspx>

MinJusticia. (2015). *MinJusticia*. Obtenido de <http://www.justiciatransicional.gov.co/articulo/que-es-justicia-transicional>

Abuchaibe, Heidi. (S.F.). *La corte interamericana de Derechos Humanos y la justicia transicional en Colombia*. *Revista Universidad Externado de Colombia*, 25, 24-29. Recuperado de http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_revistaZero/ZERO%2026/HeidiAbuchaibe.pdf