

# JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO\*

Elkin de Jesús RAMÍREZ JARAMILLO\*\*

## RESUMEN

El autor asumiendo una posición crítica asume el estudio de la jurisdicción penal internacional a la luz del concepto Estado Social de Derecho. Para ello elabora una indagación en torno a la relación que existe entre la tendencia a universalizar mecanismos de control, como el sistema penal mediante la creación de una corte internacional, y el proceso de globalización de las relaciones políticas, sociales y económicas. Para concluir que existe una especie de acoplamiento desde la teoría constitucional para lograr que este cometido se lleve a cabo sin mayores traumatismos.

**Palabras clave:** Estado Social de Derecho, Corte Penal Internacional, soberanía y derechos fundamentales.

## INTERNATIONAL PENAL JUSTICE AND SOCIAL STATE OF RIGHT

### ABSTRACT

The author, assuming a critic position, takes unto himself the study of the International Penal Jurisdiction based upon the concept of the Social State of Right. To achieve such a task, he elaborates an investigation (inquiry) around the relationship that exists between the tendency to universalize control mechanisms, such as the penal system through the creation of an international court; and the process of globalizing the political, social and economical relationships. To conclude that there is some sort of coupling from within the constitutional theory in order to make this purpose be carried out without great traumatismos.

**Key words:** Social State of Right, International Penal Court, Sovereignty and Fundamental Rights.

\* Trabajo presentado para optar por el título de Especialista en Derecho Constitucional conferido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

\*\* Abogado egresado de la Universidad de Antioquia y profesor de la misma Universidad.

## INTRODUCCIÓN

Resulta importante abocar el estudio del Estatuto del Tribunal Penal Internacional<sup>1</sup> mediante el cual se crea un procedimiento penal especial con efectos en el derecho internacional público, suscrito por el Estado colombiano<sup>2</sup> y pendiente del trámite para su aprobación ante el Congreso de la República para que empiece a producir efectos en el ordenamiento jurídico interno. Mediante esta normatividad la comunidad internacional pretende criminalizar y sancionar las conductas que a su parecer generan mayor conmoción en este plano, cuales serán objeto de juzgamiento por medio de un tribunal con facultades para operar ante cualquier Estado Parte, con detrimento del concepto de soberanía y no solo por los actos imputables a las autoridades en el ejercicio desbordado del poder político y militar, sino también en contra de los particulares que incurran en los comportamientos descritos en el Estatuto. No es ya como tradicionalmente se consideraba, un derecho internacional de los derechos humanos dirigido directa y exclusivamente en su obligatoriedad y coercitividad a los sujetos del derecho internacional público, sino también, y por excelencia, al particular como sujeto pasivo del mismo. Asunto que se compagina con los nuevos paradigmas que llevan a considerar que la observancia de los postulados en materia de derechos humanos compete es a la sociedad o a cada individuo en primera instancia y eventualmente a los Estados cuando las condiciones políticas y económicas lo permitan.

Mediante el análisis y discusión aquí propuesto se pretende identificar y caracterizar algunos aspectos referidos a la forma como comienza a introducirse aquel tipo de instrumentos internacionales, y más concretamente a la manera como la cláusula del Estado Social de Derecho se adapta por el constitucionalismo colombiano —Corte Constitucional— a las decisiones internacionales en materia de criminalidad y jurisdicción universales.

1 Bassiouni, M. Cherif. *La Corte Penal Internacional: Estudio Histórico: 1919-1998*. Revista de Derecho Penal No. 17, feb-mar. del 2000, Leyer, pp. 29-51.

2 Durante el mes de julio de 1998 sesionó en Roma la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas con el fin de discutir la aprobación de una corte penal internacional, aprobando finalmente su Estatuto el día 17; normatividad que se encuentra pendiente de ratificación por parte de cada Estado suscribiente. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional entrará en vigencia solo hasta cuando por lo menos sesenta Estados depositen el instrumento ratificado.

## ESTADO SOCIAL DE DERECHO: EL NUEVO PARADIGMA EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

La crisis capitalista de los años treinta implicó que se efectuara un rediseño significativo de la forma como venía concibiendo el asunto del Estado moderno, sobre todo cuando el auge del modelo socialista desarrollado por la Unión Soviética auguraba un futuro poco claro para los países de base capitalista. Una organización social y política que se preocupara exclusivamente por la realización y garantía de los derechos individuales se encontraba sumida en una profunda crisis. Mediante la asimilación de unas nuevas funciones por parte del Estado se asumió la necesidad de proceder a garantizar toda una gama de derechos que se entendían fundamentales para el desarrollo de la vida en sociedad. Surge entonces el Estado Social como complemento del Estado de derecho, de acuerdo con el cual la preocupación esencial para la función pública debía ser la creación o generación de las condiciones necesarias para que el individuo pueda mantenerse y desarrollarse en sociedad. Este surgimiento se presenta para intentar salvar la permanente contradicción existente entre acumulación y legitimidad: el Estado Social de Derecho sirve como elemento de disminución de la fricción o tensión que se da entre lo uno y lo otro que pueda conllevar a una crisis de tipo irreversible ante la permanente confrontación social que ello implica. Con el propósito de sostener la anterior argumentación José Serrano Piedecosas informa que "El Estado debe crear y mantener las condiciones necesarias para garantizar la acumulación rentable del capital, pero, además, debe poner los medios necesarios para conseguir un cierto grado de armonía social".<sup>3</sup>

Desde luego que el juez de constitucionalidad en Colombia no señala este problema del reacomodo del modelo capitalista a las condiciones de legitimidad y acumulación. Sin embargo, la Corte sí arriesga en clave histórica, una lectura y un sentido del Estado Social de Derecho:

*El Estado Bienestar surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo apar-*

3 Serrano Piedecosas, José Ramón. *Emergencia y Crisis del Estado Social*. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1998, p. 45.

to político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el Estado Social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975).<sup>4</sup>

Así, en las constituciones occidentales se empezaron a reconocer, entonces, una serie de derechos denominados de segunda generación o de carácter social y económico.<sup>5</sup> En un principio su desarrollo y garantía de observancia se dejó en manos del legislador, respetando la tradición legalista según la cual la capacidad de definición del contenido de un sistema normativo se radica en este órgano del poder. En el contexto de la definición del sistema normativo que podrá servir de soporte al modelo de Estado inaugurado, se empieza a operar un cambio de paradigma. En este nuevo contexto se ha dado un posicionamiento del constitucionalismo<sup>6</sup> respecto del legalismo, lo que ha constituido uno de los bastiones más importantes en la consolidación del Estado Social de Derecho.

El constitucionalismo colombiano asume esta nueva visión y forma de redefinir el derecho a partir de la promulgación de la Constitución de 1991. Pero es en la sentencia T-406 del 92 en donde se alude por primera vez al nuevo paradigma: el juez constitucional como figura encargada, no sólo de velar por la supremacía constitucional, sino también por asegurar el cumplimiento y desarrollo del Estado Social propuesto. En este pronunciamiento se reconoce la combinación de dos elementos, uno de orden cuantitativo y otro de orden cualitativo.

La conjugación de estos dos elementos contiene y sintetiza el alcance de la noción de Estado Social de Derecho. En este contexto lo cualitativo hace rela-

4 Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

5 Una reseña interesante de la historia de esa transición y de las implicaciones en el ámbito normativo puede verse en Gallego Méndez María Teresa. "Estado Social y Crisis del Estado" en: *Manual de Ciencia Política*. Rafael del Águila, editor Madrid, Trotta, 1997.

6 Cuando la Constitución se define preponderantemente como un sistema de fuentes formales del derecho con capacidad de ordenar todo el sistema, asume una condición de superioridad incuestionable frente a ley como hasta el momento no se conocía, lo cual en palabras de García de Enterría otorga a aquella "[...] la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia [...], lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido."; en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, Reimpresión de 1991, p. 50.

ción al Estado constitucional democrático y a una nueva forma de interpretar el derecho asignándose al operador jurídico un papel de suma trascendencia en la definición y alcance del mismo. Mientras lo cuantitativo hace relación al concepto Estado de bienestar, aspecto desde el cual se puede evidenciar la respuesta que se diera a la crisis económica y social sufrida por el modelo capitalista a principios del siglo.

La dimensión y trascendencia adquirida por el Estado constitucional estriba en que constituye el punto de partida en el reconocimiento de la importancia que debe asignarse al juez constitucional como sujeto político garante del desarrollo del elemento cuantitativo, es decir pasa a convertirse en un instrumento idóneo para la realización de la misión social que adquiere el nuevo modelo de Estado.

De tal modo se establece una relación diferente entre el juez constitucional —cuyo objetivo principal es de servir de garante de la supremacía y vigencia del orden constitucional— y los demás centros de poder,

*Una de las características más relevantes del Estado Social de Derecho consiste en la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y con la administración.*

[...]

*El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del juez en el Estado Social de Derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en su artículo 228.<sup>7</sup>*

7 Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

La sumatoria de valores, principios y reglas que componen el texto constitucional, deben ser desarrollados y garantizados, en primera instancia, por el órgano legislativo. Pero la fijación y determinación de su alcance y contenido es labor que corresponde exclusivamente al juez constitucional. Además la falta de voluntad política para desarrollar el contenido del texto fundamental debe ser suplida con la actividad del juez a través del proceso de *interpretación normativa*.

Resulta pertinente anotar que de la sentencia citada (T-406 del 92) solo puede deducirse la hipótesis relativa a la fijación del alcance y contenido de los preceptos constitucionales, porque la intervención positiva en el ámbito legislativo o la creación de normas por parte del juez constitucional se hizo evidente más tarde y sólo a partir de la expedición de sentencias condicionadas y de sentencias que suplían vacíos legislativos —declaración de omisión legislativa—<sup>8</sup>

El alcance del nuevo papel del juez en el Estado Social se manifiesta, en principio, por medio del proceso de aplicación directa de los derechos fundamentales a través del mecanismo de la acción de tutela, y mediante la definición de eventos singulares en los cuales los derechos que no tienen esta factura sino la de prestacionales, pueden ser protegidos siempre y cuando se encuentren en conexidad con aquellos. Este posicionamiento constituye un punto intermedio entre quienes consideran que los derechos económicos, sociales y culturales solo adquieren la condición de tales en el momento en que se les dota de contenido a través del proceso legislativo (solo hasta ese momento puede adquirir fuerza normativa). Y entre quienes sostienen que este tipo de derechos son verdaderos enunciados normativos que pueden ser aplicados directamente sin la mediación del proceso “democrático”.

8 La Corte Constitucional acoge dos clasificaciones de la omisión legislativa: la absoluta y la relativa. Negando la posibilidad de que en el ordenamiento jurídico colombiano proceda la primera. Los tipos de omisión legislativa se encuentran definidos en la sentencia C-543 del 96: “El legislador puede violar los deberes que le impone la Constitución de las siguientes maneras: cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución; cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto; cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. En el primer caso, se presenta una omisión legislativa absoluta por cuanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional; mientras que en los restantes, existe una omisión legislativa relativa por que si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad”.

Por ejemplo para Robert Alexy en algunos eventos los derechos sociales o prestacionales, desde su concepción amplia, adquieren la condición de *fundamentales* mediante la aplicación de la teoría de la adscripción.<sup>9</sup> En términos generales los derechos fundamentales sociales se definen como tales desde la cláusula del Estado social, por lo tanto pueden ser aplicados de manera directa sin necesidad de intermediación del proceso legislativo o democrático.

Lo que hizo la Corte en aquel momento (T-406 del 92) fue asumir una posición intermedia, reconociéndole eficacia directa a los derechos sociales, económicos y culturales pero solo en aquellos eventos en los cuales con su vulneración o desconocimiento se agreden o ponen en inminente riesgo derechos fundamentales (aplicando para ello la figura de la *conexidad*).

Por ello no resulta extraño que se formule, en la sentencia aludida, el cuestionamiento del *qué hacer* en el caso de encontrarse ante la falta de intervención legislativa mediante la cual se desarrollen los derechos de segunda generación.

*Ante este dilema el juez debe actuar con prudencia y firmeza a la vez. En primer lugar, la intervención judicial en el caso de un derecho económico social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental. En estas circunstancias, el juez actúa bajo condiciones similares a aquellas que se presentan cuando debe resolver un problema relacionado con un vacío o una incoherencia de la ley. Es claro que en todos estos casos el juez decide algo que en principio le corresponde al legislador. Sin embargo, en estas precisas condiciones, la falta de solución proveniente del órgano que tiene la facultad de decidir, implica la posibilidad de que otro órgano, en este caso el judicial, decida, para un caso específico, con la única pretensión de garantizar la validez y efectividad de la norma constitucional.*

9 Y a la inversa: en algunas oportunidades derechos fundamentales de libertad o igualdad los cuales tradicionalmente han sido considerados como derechos de índole negativa adquieren la factura de derechos prestacionales mediante el proceso de interpretación, por ejemplo el derecho de defensa puede definirse como prestacional en tanto hace parte del derecho subjetivo de protección que debe garantizar el Estado. Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España, 1997, pp. 419-431.

*La solución opuesta —es decir la que supone la no intervención judicial— desconoce los valores y principios constitucionales que consagran la efectividad de los derechos (Art.2: "Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados [...]"; Art. 5 "El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos nalienables [...]". Art. 13 inc. 2: "El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva [...]") y desconoce la prevalencia del derecho sustancial sobre los procedimientos, consagrada en el artículo 228".<sup>10</sup>*

En dirección opuesta al proceso de democratización y realización de la justicia material, que parecía pregonar la nueva Constitución en términos de la lectura asumida por la Corte Constitucional en la sentencia T-406 del 92; una nueva interpretación constitucional comenzó a perfilarse en la medida en que se asume ahora que la observancia y cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales única y exclusivamente pueden ser mediados por la ley; sin ésta no puede existir proceso de verificación constitucional. Esta nueva lectura se concreta en el contenido de la sentencia SU-111 del 97.

Mediante este pronunciamiento la figura de la conexidad queda desvanecida, por cuanto los problemas derivados del incumplimiento de los derechos prestacionales no puede salirse de la esfera del órgano que tiene la potestad de configuración y en ella, por ser de índole política, no puede inmiscuirse el juez constitucional.

*En términos generales, la jurisdicción constitucional y el conjunto de los instrumentos que componen su arsenal defensivo, asume y promueve el normal funcionamiento de los órganos del Estado y limita su intervención al control de los límites externos de su actuación con miras a preservar la legitimidad constitucional que ha de caracterizar invariablemente el ejercicio de los poderes constituidos. La misión de la jurisdicción constitucional no es exactamente la de sustituir a los órganos del Estado, sino la de frenar sus desviaciones respecto del plano constitucional.*

*En este orden de ideas, dentro del marco constitucional, se reconoce al Legislador un espacio de libre configuración normativa.*

*Por otra parte, la autonomía de los jueces, siempre que se ciñan al ordenamiento jurídico, determina un margen de libertad que necesariamente deberá ser negada y neutralizada cuando ésta se torna arbitraria y, en lugar de afirmar los derechos constitucionales de las personas, los conculca. Finalmente, la administración puede adelantar sus cometidos y ejercer la autoridad del Estado en un ámbito que ciertamente no es reducido, pero que no puede reclamar el sacrificio injustificado de los derechos fundamentales de las personas a fin de cumplir su objeto propio, pues se presume que ello no es el medio para hacerlo.*

[...]

*La cláusula del Estado Social de Derecho (C.P. art. 1), tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad. En este orden de ideas, tras este objetivo la Constitución consagra derechos sociales, económicos y culturales; asigna competencias al legislador; establece como deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional; amplía el ámbito de responsabilidades de la administración en punto a la gestión, inspección y vigilancia de los servicios y prestaciones a cargo del Estado; abre un claro espacio de participación a los usuarios y beneficiarios de los servicios y prestaciones estatales; en fin, convierte los procesos de planificación económica, diseño y ejecución del presupuesto y descentralización y autonomía territorial, en oportunidades institucionales para fijar el alcance del Estado servicial y de los medios financieros y materiales destinados a su realización.<sup>11</sup>*

En concepto de la Corte Constitucional debe entenderse lo siguiente por Estado Social de Derecho y por el papel preponderante que debe otorgársele al legislador:

*La actualización concreta del Estado Social de Derecho, corresponde a una exigencia que se impone constitucionalmente a los titu-*

11 Corte Constitucional. Sentencia SU-111 de 1997. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Resalto sobrepuesto.

lares de las distintas funciones del Estado y que abarca un conjunto significativo de procesos sociales, políticos y jurídicos. Un papel destacado, sin duda, se reserva a la ley. No se ve cómo pueda dejar de acudir a ella para organizar los servicios públicos, asumir las prestaciones a cargo del Estado, determinar las partidas presupuestales necesarias para el efecto y, en fin, diseñar un plan ordenado que establezca prioridades y recursos. La voluntad democrática, por lo visto, es la primera llamada a ejecutar y a concretar en los hechos de la vida social y política la cláusula del Estado social, no como mera opción sino como prescripción ineludible que se origina en la opción básica adoptada por el constituyente. Lo contrario, esto es, extraer todas las consecuencias del Estado Social de Derecho, hasta el punto de su individualización en forma de pretensiones determinadas en cabeza de una persona, por obra de la simple mediación judicial, implicaría estimar en grado absoluto la densidad de la norma constitucional y sobrecargar al juez de la causa.

No puede, por consiguiente, pretenderse, que de la cláusula del Estado Social surjan directamente derechos a prestaciones concretas a cargo del Estado, lo mismo que las obligaciones correlativas a éstos. La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado. El legislador está sujeto a la obligación de ejecutar el mandato social de la Constitución, para lo cual debe crear instituciones, procedimientos y destinar prioritariamente a su concreción material los recursos del erario. A lo anterior se agrega la necesidad y la conveniencia de que los miembros de la comunidad, gracias a sus derechos de participación y fiscalización directas, intervengan en la gestión y control del aparato público al cual se encomienda el papel de suministrar servicios y prestaciones.<sup>12</sup>

Para terminar de asumir la nueva postura, en el proceso de configuración de los derechos sociales, económicos y culturales se antepone una premisa relativista que mediatiza la obligatoriedad de dicha actividad. Se establece un orden para la satisfacción de los derechos de esta naturaleza, de acuerdo con el cual el Estado sólo en última instancia se encuentra obligado a garantizarlos, pero

12 Sent. cit. Resalto sobrepuesto.

respecto de aquellas personas o sujetos sociales que se encuentran en estado de indigencia; en los restantes eventos corresponde a la familia o a la sociedad otorgar su garantía y efectivo cumplimiento. Esta es una interpretación de la cláusula del Estado Social de Derecho inferida del art. 44 de la C. P. A pesar de que dicha norma determina como fundamentales algunos derechos asistenciales que deben garantizarse a los menores, la Corte a través del proceso de interpretación establece que cuando se señala que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir a los niños su desarrollo armónico e integral,<sup>13</sup> no hace otra cosa que graduar la manera como puede determinarse la forma de garantizar la prestación de este tipo de derechos. El Estado, pues, es el último eslabón en la cadena de responsabilidades.

No obstante que se puede insistir en la tesis de la relegitimación del Estado por vías de la consagración del Estado social, es evidente que en Colombia se verifica un esfuerzo sumamente inútil en esa dirección: la acumulación (la economía de mercado extremadamente liberalizada) sigue siendo el polo privilegiado y la estrategia legitimadora (la igualdad material y los derechos sociales) es cada vez más precaria en términos reales.

Justamente una de las formas como procede un tal proceso de legitimación, es señalada con precisión en la sentencia T-406 del 92. El sentido de un Estado Social se pierde cuando los derechos clásicos no vienen respaldados por la satisfacción de las condiciones mínimas de existencia. El Estado en suma no solo se abstiene de *prestar* derechos, sino que se abstiene de *respetar* derechos.

*Es necesario advertir que los derechos económicos, sociales y culturales, promovidos a nivel constitucional durante las primeras décadas del siglo y conocidos como la segunda generación de derechos humanos, no han sido incorporados al ordenamiento jurídico de las democracias constitucionales simplemente por ser considerados como un elemento adicional de protección. La razón de ser de tales derechos está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Dicho de otra forma: sin la satisfacción de unas condiciones mínimas de existencia, o en términos del artículo primero de la Constitución, sin el respeto "de la dignidad humana" en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad*

13 Corte Constitucional. Sentencia T-225 de 1998. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en el capítulo primero del título segundo de la Carta, se reducirá a un mero e inocuo formalismo, irónicamente descrito por Anatole France cuando señalaba que todos los franceses tenían el mismo derecho de dormir bajo los puentes. Sin la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos son una mascarada. Y a la inversa, sin la efectividad de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales son insignificantes (Cfr. Gross Espiell, Los derechos económicos, sociales y culturales, 1986).<sup>14</sup>

Finalmente, el desarrollo de la concepción del Estado Social de Derecho como mecanismo idóneo para la materialización de los derechos libertades, no puede ser considerado más que como una propuesta que paradójicamente instrumentaliza al individuo en relación con el mercado. Cada vez con mayor acierto se puede comprobar que la idea de desarrollo social justo y armónico es una manifestación apenas retórica.<sup>15</sup> El sometimiento de bastos sectores de la población mundial, a los intereses del capital, persigue lógicamente objetivos diversos de la equidad y la justicia social. Lo único verificable es que gracias al modelo económico actual se mantienen y consolidan altos niveles de acumulación y crecimiento, especialmente en las economías de los países centrales.

### SOBERANÍA, GLOBALIZACIÓN Y TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

En la medida en que el modelo económico neoliberal fue asumiendo posición a nivel mundial durante las últimas décadas, el concepto de Estado Social empezó a desarrollarse con otros matices, por medio de los cuales el papel de lo social tendía a desvanecerse: ahora las funciones desempeñadas por el Estado descartan, no la intervención en materia económica, en la cual continúa tenien-

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

<sup>15</sup> Así por ejemplo la Corte Constitucional insiste —asumiendo para ello una posición de Aragón Reyes—: “El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo a través de la consagración de un catálogo de principios y derechos fundamentales que inspira toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política”. Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón. Resalto sobrepuesto.

do un papel director, sino la posibilidad de encontrar a través del concepto de igualdad material la manera de legitimarse permanentemente. Por el contrario se trata de una nueva lectura que concibe lo social desde el individuo hacia el Estado, en una modalidad de orden que supone el desarrollo de responsabilidades en un sentido inverso al tradicionalmente conocido: la persona como garante del desarrollo del programa social.<sup>16</sup> Se desarrolla el supuesto de un traslado respecto de la obligatoriedad en el cumplimiento, observancia y garantía de los derechos humanos; clásicamente concebidos en la defensa como responsabilidad del Estado. Ello es definido, de una manera más clara, en los últimos pronunciamientos que sobre la concepción del Estado Social de Derecho hace la Corte Constitucional en las sentencias SU-111 del 97 y T-225 del 98, donde se aprecia una construcción doctrinaria de acuerdo con la cual en materia de derechos asistenciales y prestacionales, debido a las condiciones económicas precarias que caracterizan países como el nuestro, sólo existe la obligación de garantizar un mínimo vital.<sup>17</sup> Por tanto en materia de derechos económicos, sociales y culturales es, hoy también y eventualmente de manera prioritaria, a la persona, a la familia o a la sociedad a quienes corresponde garantizar su vigencia; el Estado asume algún tipo de responsabilidad solo en el evento en que las condiciones políticas y materiales lo aconsejen y permitan. Este nuevo panorama, en el que se verifica un cambio en el concepto de Estado Social de Derecho, altera obviamente el concepto de soberanía.

La soberanía en el Estado moderno, desde el punto de vista político, puede ser entendida en dos sentidos: soberanía interna y soberanía externa.<sup>18</sup> La pri-

<sup>16</sup> La discusión que del Estado social de derecho se consagra en las sentencias de la Corte Constitucional T-406 de 1992 y SU-111 de 1997. Entre estas sentencias por demás se plantea una contradicción insalvable. La última sentencia definitivamente establece las bases de una concepción acorde con el modelo neoliberal.

<sup>17</sup> Hace relación al otorgamiento de condiciones indispensables para que la persona pueda vivir dignamente. No es otra cosa que el derecho a la subsistencia que se debe garantizar con la cláusula del Estado social: “Aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad”. Corte Constitucional. Sentencia T-426 de 1992. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>18</sup> Ferrajoli argumenta que uno de los matices característicos de la soberanía es el histórico que pasa por dos aspectos “[...] el de la soberanía interna, de su progresiva limitación y disolución simultáneo a la formación de los Estados constitucionales y democráticos de derecho; y el de la soberanía externa, de su progresiva absolutización, que alcanza su apogeo en la primera mitad de este siglo con las dos guerras mundiales. Estas dos historias no coinciden

mera se concibe como la posibilidad que tienen los integrantes de la sociedad de autodeterminarse con exclusión de patrones impuestos por agentes extraños, determinar las formas de gobierno y organización social que consideren acertadas; y la segunda, consagrada como la posibilidad de adentrarse en el panorama internacional en igualdad de condiciones para regular las relaciones económicas y políticas con otros Estados.<sup>19</sup>

Pese a que se tienen antecedentes respecto de la judicialización de sujetos individualmente considerados por los comportamientos que se asumían lesivos de intereses de la comunidad internacional<sup>20</sup> (Tribunal de Nuremberg y del Japón y los tribunales ad-hoc de la antigua Yugoslavia, Ruanda y los Balcanes), nunca como ahora se había manifestado tanto interés en procurar la creación de instrumentos internacionales para juzgar permanentemente conductas como el genocidio, el etnocidio, los crímenes de lesa humanidad y la agresión. Este cambio en el alcance de la idea punitiva transnacional puede explicarse en cuanto los niveles de desarrollo de la economía de mercado, el intervencionismo de las potencias en los países periféricos y el control político absoluto ejercido por la comunidad internacional en las relaciones, no habían alcanzado los niveles que se tienen hasta el momento.

La globalización de las relaciones económicas ha implicado un proceso paralelo —de globalización— sobre todo en aquellos ámbitos que aseguren la legitimación y la conservación del modelo económico. En este proceso, claro está, no podía pasar inadvertido el instrumento penal.<sup>21</sup> Hasta hace poco tiem-

tampoco desde el punto de vista cronológico: la de la soberanía externa comienza antes y, a diferencia de la interna, está lejos aún de haber concluido y sigue representando una permanente amenaza de guerra y destrucción para el futuro de la humanidad". Pero en términos generales la soberanía se encuentra en conflicto con el paradigma de Estado de derecho y con el ámbito del derecho internacional —por ser su negación— "[...] donde ha entrado en contradicción con las modernas cartas constitucionales internacionales y, en particular, con la Carta de la ONU de 1945 y con la Declaración universal de los derechos humanos de 1948." (Resalto sobrepuesto). Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Trad. cap. 1, 2 y 3 Perfecto Andrés Ibáñez; cap. 4 y 5 Andrés Grepí. Madrid, Trotta, p. 126.

19 "La soberanía del Estado implica, hacia el exterior, la capacidad para participar directamente en las relaciones internacionales en condiciones de *independencia* —esto es, adoptando libremente las propias decisiones en el marco de las normas y obligaciones internacionales del Estado— e *igualdad jurídica* [...] pese a las diferencias de orden político, económico, social, cultural o de cualquier otra especie que puedan darse entre los Estados". Brotons, Antonio Remiro y otros. *Derecho Internacional*. Ed. McGraw-Hill, 1997, p. 82.

20 Entendida como el agregado de países e instancias que tienen la capacidad de determinar las directrices políticas y económicas que dominan el escenario internacional.

21 "Es de esperar que todos los gobiernos principales la apoyarán —a la Corte— y muchos estados se le unirán de modo que puedan lograr un nivel de universalidad que le dará credi-

po en algunas agencias no gubernamentales (ONG) se tenía el convencimiento de que luchar por la creación de un instrumento coercitivo internacional para conocer de las violaciones a los pactos y convenios en materia de derechos humanos, en desarrollo del principio de *jurisdicción universal*, resultaba de vital importancia para que los agentes responsables de genocidios y crímenes de lesa humanidad (vinculados con políticas violatorias de los derechos humanos), las autoridades de los Estados y de otros países, pudieran llegar a "pagar" algún precio por sus actuaciones. Esta idea sin embargo olvidaba que en los círculos internacionales en donde se debaten este tipo de pretensiones tienen asiento quienes, precisamente, tenían la mayor responsabilidad de la violencia y el sufrimiento padecido en el tercer mundo.

Ahora dada la instrumentalización del discurso del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, se entiende que allí se encuentra una fuente importante de control frente a los diferentes niveles de explosión social que se presentan en las naciones tercermundistas, mediante los cuales precisamente se pretende disputar la hegemonía creciente de la economía de mercado. Por ello la esfera de definición de las conductas que pueden ser objeto de juzgamiento y sanción por parte del Tribunal Penal Internacional, está dirigida lógicamente a sancionar comportamientos que pueden ser cometidos no solo por agentes oficiales. El sujeto activo por eso, delante de tal jurisdicción, es prácticamente indeterminado o, por lo menos, no es hoy el Estado de manera exclusiva.

Los instrumentos de control que podían desarrollar las potencias en los países que se encuentran bajo su dominio entraron en un proceso de desgaste y deslegitimación. La posibilidad de determinar la política criminal, de instruir y manejar los ejércitos en la doctrina de seguridad nacional, encuentra su punto de quiebre en la desaparición real o simbólica de un mundo bipolar. Un nuevo modelo de ingeniería en los países periféricos requiere de instrumentos de control legitimados de manera distinta. Ya no el capitalismo representado en la gran potencia de occidente (EE.UU.) sino la "comunidad internacional". Se trata de una especie de retecnologización del control; de una economía de la intervención.

bilidad y autoridad moral. Nuestra sociedad civil, demanda nada menos que un sistema de Justicia Penal Internacional para mantener la paz, porque en el análisis final no hay paz sin justicia y no hay justicia sin paz. Aunque no fuera nada más, los representantes de la CPI representan un símbolo de justicia y encarnan los valores de una cultura de derecho. *Esto es lo que el nuevo orden mundial requiere en su era global.*" (resalto sobrepuesto) Bassiouni, M. Cherif. *Op. cit.*, p. 50.



Es importante resaltar que no sólo acudimos a un proceso directo de internacionalización del derecho penal, sino también del derecho constitucional. Con ello se pretende asegurar que el proceso expansivo de la economía de libre mercado cuente con instrumentos jurídicos y políticos necesarios para su permanencia. Algunas posturas asumidas por teóricos del garantismo penal pretenden hacer ver que estos procesos de consolidación del entramado jurídico internacional, la internacionalización de los principios constitucionales, equivalen a la constitucionalización de las relaciones internacionales, y pretenden ofrecer una alternativa significativa para la solución a los graves problemas que aquejan a la humanidad.

Argumenta, por ejemplo, Luigi Ferrajoli que la necesidad de

*Reconsiderar el Estado en sus relaciones exteriores a la luz del derecho internacional actual es lo mismo que pensar el Estado en su dimensión interna a la luz del derecho constitucional. Significa interpretar la conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas y en las relaciones con sus ciudadanos —guerras, masacres, torturas, ataques a la libertad, amenazas al medio ambiente, condiciones de miseria y de hambre en que vive un amplísimo número de personas— no como males naturales, y tampoco como simples “injusticias” respecto de un utópico deber ser moral o político, sino como otras tantas violaciones jurídicas respecto del deber ser del derecho internacional vigente [...]. Significa, en una palabra, “tomar en serio” el derecho internacional y, por tanto, aceptar que sus principios son vinculantes y que su diseño normativo una perspectiva alternativa frente a lo que de hecho ocurre; hacerlos valer como claves de interpretación y como fuentes de crítica y de deslegitimación (sic) de lo existente; proyectar, en fin, las formas institucionales, las garantías jurídicas y las estrategias políticas necesarias para su realización.*<sup>22</sup>

Se puede, de acuerdo con este tipo de apreciaciones, adivinar la estructuración de un nuevo discurso legitimante de instrumentos de control macro, como lo es el Estatuto del Tribunal. No debe existir demora, por lo tanto, en presentarse toda la elaboración doctrinaria que desde un *constitucionalismo internacional* justifique los valores y principios que deben orientar la nueva forma de punición de las conductas humanas, a partir del otorgamiento de derechos y garan-

22 Ferrajoli, Luigi. *Op. cit.*, p. 148. Resalto sobrepuesto.

tías al individuo, o en términos más garantistas contemporáneos a la “persona”.<sup>23</sup>

En nuestro país durante la vida republicana no ha podido consolidarse la soberanía interna ya que todo el proceso de construcción y ejercicio del poder político ha sido ajeno al concepto de democracia y exageradamente violento.<sup>24</sup> La soberanía externa tampoco se consolida por cuanto el proceso de neocolonización durante el último siglo se manifiesta de manera aguda. Los Estados Unidos determinan directamente o a través de instancias supranacionales los contenidos sociales y económicos que nos deben regir. Ahora traumáticamente se nos inscribe en una nueva concepción del control, que algunos autores denominan como de Soberanía restringida:

*En Colombia, estamos sometidos, hoy, a un estatuto internacional de “Soberanía restringida”. En los términos del viejo Realismo Político, que campea en el ámbito de las relaciones internacionales, Soberano es sólo aquel Estado que determina, él mismo, quienes son sus enemigos —externos e internos—, y al Estado colombiano le ha sido arrebatado, parcialmente, ese poder de definición. Los estados Unidos se han convertido, por ahora, en nuestro destino. En su calidad de Hegemon regional, han sido ellos, quienes sin contestación significativa de la Comunidad Internacional, han tomado la decisión, esa sí soberana, sobre quién es nuestro “verdadero” enemigo interior. Su “guerra” contra el Narcotráfico la han convertido, siguiendo su lógica interna, en nuestra narco-guerra. La cuestión guerrillera, en cambio, la han dejado, por ahora, en nuestras manos.*<sup>25</sup>

A este “por ahora” que señala el autor citado le ha llegado su momento final. Precisamente la promulgación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional marca el inicio de la injerencia externa en los procesos de confrontación nacionales. Los conflictos internos y las manifestaciones de inconformidad social, probablemente tiendan a una reactivación generalizada en los próximos

23 Sobre el valor apenas especulativo y el carácter vacío de la formulación ferrajoliana véase: Osorio, Guillermo. “Anotaciones sobre Derechos y garantías. La ley del más débil, de Luigi Ferrajoli”. en *Revista de Estudios Políticos*. Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, enero-julio de 2000, Medellín, pp. 180-187.

24 Orozco Abad, Iván y otro. *Los peligros del Nuevo Constitucionalismo en Materia Criminal*, Ministerio de Justicia y del Derecho, octubre de 1997, p. 23.

25 *Ibíd.*, pp. 221-222.

años, producto de los desajustes sociales, políticos y económicos que genera el modelo económico.

### PRINCIPIOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y ORDEN INTERNACIONAL

La teoría de los principios y derechos fundamentales que desde el constitucionalismo europeo se ha presentando durante las últimas décadas, ha sido finamente utilizada por las democracias liberales para verdaderas negociaciones de los derechos y libertades individuales, que sin embargo constituyen la propia esencia de esos modelos. Por supuesto que en materia de derechos propios de la fase intervencionista de esos Estados una tal valoración es mucho más directa. Todo ello pese a que entre ambos tipos de derechos puede presentarse un juego de relaciones que permite que unos sean leídos con los principios que animan a los otros.<sup>26</sup>

Algunos de los teóricos más representativos del problema de los principios constitucionales, con la intención de justificar un sistema jurídico que sin apartarse de un todo de la apreciación positivista del derecho, permitiera superar, por lo menos, la concepción del legalismo<sup>27</sup> o de la aplicación del derecho mediante un sistema de reglas clara y expresamente definidas, posibilitaron el surgimiento de nuevas concepciones para la cimentación de un nuevo paradigma en la creación e interpretación del derecho. Así se otorga mayor poder de definición en el juez, quien abandona el papel de simple y mecánico aplicador del derecho; pasando, entonces, a encontrarse dotado de una cierta capacidad para definir cuál puede ser el contenido normativo del ordenamiento jurídico.<sup>28</sup>

En la sentencia T-406 del 92 se define cual es el alcance que puede tener la intervención del juez constitucional para garantizar la realización de los fines que persigue el Estado Social de Derecho, sobre todo cuando se trata de imprimirle fuerza normativa a la garantía de desarrollo no solo de los derechos fundamentales contenidos en la constitución, sino también de aquellos que sin tener esta connotación, por encontrarse en directa relación con ellos pueden ser realizados. Es en esta intervención, junto con los pronunciamientos efectuados

26 Véase el problema de la lectura de los derechos individuales en clave social en Iván Orozco Abad. *Op. cit.*

27 Peña Freire, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, pp. 53-55. Trotta, Madrid, 1997.

28 Esta capacidad, dependiendo del modelo de control constitucional que se adopte, difuso o concentrado, puede verificarse en el juez ordinario o en el juez constitucional respectivamente.

en las sentencias interpretativas de rechazo, en donde se evidencia una mayor capacidad creativa por parte del juez constitucional.

Un orden jurídico basado exclusivamente en un derecho aplicable mediante el sistema tradicional de reglas comportaba un formalismo tal que la capacidad de interpretación e intervención por parte del operador jurídico no iba más allá de la simple conjugación técnica de supuestos normativos. Ahora se requiere de una cierta *ductilidad* o maleabilidad en el manejo de la formulación de los contenidos y alcances jurídicos que deben tener las diferentes normas que integran el ordenamiento. Con los adelantos doctrinarios surgidos a la luz del constitucionalismo continental europeo, autores como Alexy o Zagrebelsky lograron presentar algunas posturas que asignan al sistema de principios constitucionales una marcada preponderancia en la labor hermenéutica llevada a cabo por el juez constitucional. Pareciera ser una consecuencia lógica de la incorporación de los abstractos propios de la ley en el Estado de derecho del liberalismo clásico.

Zagrebelsky, por ejemplo, informa que para mantener el universo o integridad de la Constitución debe darse una coexistencia armónica entre valores y principios,

*La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad de integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y a la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental). Estas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal. Únicamente en este punto debe valer la intransigencia y únicamente en él las antiguas razones de la soberanía aún han de ser plenamente salvaguardadas.<sup>29</sup>*

Para algunos autores la generalidad e imprecisión de ciertos enunciados normativos contenidos en la constitución hace necesario acudir a la técnica del

29 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*, pp. 14 - 15. Trad. Marina Gascón. Trotta, Madrid, 1999. Resalto sobrepuesto.

manejo de los valores para poder llegar a su concreción o definición objetiva. Pero estos valores no se encuentran de manera predeterminada en el texto constitucional, sino que ellos se expanden y proyectan por todo el ordenamiento jurídico a través de los derechos fundamentales. La garantía de los derechos se determina en la medida en que constituyen “[...] la expresión jurídica de los valores y opciones centrales del pacto social, lo que quiere decir que éstos no son sino el fundamento de aquellos”.<sup>30</sup>

El primer paso para la consolidación de una nueva visión del derecho, viene dado no solo por el concepto que le otorga una significativa preponderancia al asunto de los valores y principios constitucionales como criterios de definición del lo que es o debe ser el sistema jurídico. Agregándose, como elemento esencial y definitorio, la consideración *relativista* de la que tanto los *valores* como los *principios* deben gozar. Para ello se agrega:

*Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. Es el tema del conflicto de valores, que queríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciliabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente.*<sup>31</sup>

En segundo lugar, la argumentación presentada por Robert Alexy al manejo clásico de la regla jurídica mediante el mecanismo de la subsunción, es sustituida por una técnica de *ponderación* de los valores y principios constitucionales. Los principios constituyen mandatos de optimización que pueden *ser satisfechos en grados relativos*, mientras que las reglas constituyen mandatos definitivos que deben *ser satisfechos sin reparo alguno*. Los principios, las reglas y el procedimiento conforman el sistema jurídico. Los conflictos que se puedan presentar entre las reglas pueden ser fácilmente solucionados mientras que las contradicciones que se presenten entre principios, en tanto uno nunca se puede sobreponer uno sobre otro, debe ser resuelto mediante el sistema de ponderación, determinando cual de los intereses en juego tiene un peso mayor<sup>32</sup> sobreponiéndose a los demás.

30 Peña Freire, Antonio Manuel. *Op. cit.*, p. 108.

31 Zagrebelsky. Obra citada, p. 116.

32 Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, pp. 159-163. Trad. Jorge M. Seña. Ed. Gedisa. Barcelona, España. 1994.

La teoría de la ponderación desarrollada ampliamente por Alexy no puede ser desconocida radicalmente, se debe reconocer que en determinados eventos puede ser posible elevar a principios algunas normas fundamentales, sobre todo cuando nos encontramos en presencia de una confrontación de derechos iusfundamentales entre particulares, entre individuos que se encuentren en una situación fáctica igualitaria. Pero para evitar un manejo desventajoso de las diferentes teorías constitucionales que permiten la relativización de los derechos que conllevan al autoritarismo, cuando la confrontación comporte derechos y garantías constitucionales de índole penal o procedimental, estos se deberán comportar como verdaderas reglas que deben ser observadas y aplicadas sin graduación alguna. Es decir, en aquellos eventos en que se presente una contradicción entre el ciudadano y el Estado, por encontrarse en juego algún derecho de esta categoría, no será posible elevarlo a principio aplicando la técnica de la ponderación, ya que pueden, las razones de Estado que normalmente acompañan este tipo de situaciones, terminar por imponerse en detrimento de los intereses individuales.<sup>33</sup>

Como tercero y último aspecto en este entramado de justificación del nuevo concepto de ordenamiento jurídico, tenemos la asimilación de las normas y garantías fundamentales al concepto de principio. En este momento es cuando se torna crítico el panorama para el manejo de los derechos humanos. Y es que elaboraciones teóricas aparentemente neutrales pueden ser utilizadas para la consolidación del poder del Estado y para la depuración y endurecimiento de los mecanismos de control institucional.

La condición de textura abierta que naturalmente comporta los valores constitucionales ha venido trasladándose a la esfera de los principios constitucionales, por ello uno podría atreverse a afirmar que cada vez la distinción entre uno y otro concepto es menor. Incluso en la sentencia T-406 de 1992 en la cual se traza una definición y alcance en torno al concepto de *valor* contenido en la Constitución del 91, termina por avalarse la idea de textura abierta no solo para éste sino además para los principios fundamentales. Así se desvanece la importancia que tenía la doctrina referida al *valor normativo* de la parte dogmática de la Constitución. Se elabora, entonces, una importante diferenciación e

33 Incluso Zagrebelsky a pesar de enarbolar una teoría relativista acerca de los derechos, alcanza a manifestar que los derechos tienen una consideración *absoluta* cuando entrañan relación entre el individuo y el Estado, es decir en su connotación de derechos humanos, pero adquieren un valor relativo cuando entrañan relaciones entre individuos en el marco contractual. *Op. cit.*, p. 69 nota No. 1.

interrelación entre los valores y principios constitucionales: los valores constituyen el fundamento axiológico a partir del cual se fija el sentido y finalidad y cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico, son construcciones deontológicas que establecen los fines hacia donde se debe dirigir la organización política, por lo tanto se deben caracterizar por tener una "textura interpretativa abierta dentro de las cuales caben varias fijaciones de sentido"; mientras que los principios fundamentales, señala esta importante sentencia, "[...] consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellas normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional".

Pero simultáneamente se pone en vilo el valor normativo de aquellos principios gracias a su maleabilidad en un contexto profundamente conflictivo y democráticamente deficitario.

Lo que parecía desde el punto de vista dogmático una definición que daba al traste con la construcción relativista que se imponía acerca de la concepción de los principios constitucionales y derechos fundamentales, terminó inmediatamente por desdibujarse cuando a renglón seguido se les caracteriza por gozar de la misma textura abierta otorgada a los valores:

*Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria de un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para fundamentar la decisión judicial.<sup>34</sup>*

34 Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón. Resalto sobrepuesto.

Se trató de establecer, entonces, una importante diferenciación entre los principios constitucionales y los valores, otorgándole una superioridad a aquellos por gozar de mayor eficacia, pero a la vez, desde aquel entonces, restándosela respecto de las demás normas que componen el ordenamiento jurídico, dejándolos situados en una especie de espacio intermedio. De acuerdo con esta tesis, el ordenamiento jurídico se compone de valores, principios y reglas. La diferencia que existe entre cada uno es de grado y eficacia. Los primeros tienen menor eficacia que los segundos, por lo tanto comportan una graduación inferior; pero a su vez, los principios —dentro de los cuales se tiende cada vez con mayor determinación a los derechos y garantías fundamentales— tienen menor eficacia que las reglas. Se define allí, con una determinación categórica, que:

*De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto.*

En medio de la idea generalizada sobre una constitución que permitía la realización plena del individuo, se filtraba la continuidad de un modelo de Estado excluyente, autoritario y distante de la igualdad como idea social.

Transcurridos nueve años de vigencia del nuevo modelo constitucional y verificada la ineficacia normativa, se pone en cuestión que mediante el Estado Social de Derecho, entre nosotros se llegue a obtener un grado considerable de vigencia de los derechos humanos. La única posibilidad al parecer se encuentra del lado de un modelo económico que marca el retorno del liberalismo del capital sin trabas, de los intereses propios de un mundo sin fronteras... para el mercado.

### CORTE PENAL INTERNACIONAL Y RELATIVISMO DE LOS DERECHOS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Si nos referimos al problema del fraccionamiento y desconocimiento por parte del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de algunos derechos y garantías fundamentales como el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, el juez natural, la dignidad humana y la igualdad, necesariamente tenemos que aludir al terreno que se ha venido abonando durante el período de tiempo en que se desarrolla el concepto de constitucionalismo moderno.<sup>35</sup>

35 Iniciado desde las primeras décadas del siglo por el jurista Hans Kelsen, no solo en razón de su Teoría Pura del Derecho sino además en función de su propuesta de Tribunal Constitucio-

Al parecer un tal desarrollo doctrinario y teórico ha sido funcional al Estado intervencionista para salvar las contradicciones propias de un modelo que pretende consolidar libertad e igualdad. Sin embargo la evidencia histórica da cuenta de que tal ejercicio justificador favorece el polo liberal de la contradicción en cuanto ha permitido la vigencia y el fortalecimiento de relaciones económicas de libre mercado compatibles con un nuevo orden internacional que, lógicamente, presenta como legítimos el uso de la fuerza y de instrumentos de control "duro", igualmente de alcance global.

El constitucionalismo entonces requiere potenciar una concepción relativista de los derechos humanos, para evitar que estos instrumentos continúen siendo asumidos como una posibilidad estratégica de lucha en contra de un ejercicio de poder excluyente y represivo. En palabras de Iván Orozco Abad, se trata de lo siguiente:

*El modelo ponderativo de aplicación del derecho es la metodología jurídica propia del nuevo constitucionalismo, en tanto teoría enderezada a asegurar el reconocimiento y la coexistencia de valores y principios distintos que reclaman ser respetados [...] Bajo esta perspectiva (luego de examinarla a la luz de la posición presentada por Gustavo Zagrebelsky), la tarea jurisprudencial, como lo ha dicho la propia Corte es, entonces, la de armonizar valores en competencia o la de jerarquizarlos en función de lugar dentro de la estructura del Estado Social y democrático de derecho. Pero bajo esta premisa hermenéutica, la fuerza de los derechos frente a la resistencia estatal corre el riesgo de ser neutralizada severamente, en tanto emerge el peligro de que argumentos funcionalistas, que toman cuerpo en principios y bienes colectivos como la capacidad funcional del sistema judicial, la seguridad y el orden público, terminen por imponerse en los casos de colisión de normas.<sup>36</sup>*

El problema, desde luego, va mucho más allá de un simple ejercicio abstracto de ponderación: en el evento de presentarse algún tipo de colisión entre derechos fundamentales o principios, con suma frecuencia resulta vencida la

nal para Viena y de la discusión adelantada frente a la posición asumida por Carl Schmitt en relación con que órgano o instancia del poder debía confiarse la guarda y custodia de la Constitución. Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. Roberto J. Brie. Tecnos. Madrid, 1995.

36 Orozco Abad, Iván y Gómez Albarello Juan Gabriel. *Op. cit.*, Ministerio de Justicia y del Derecho, octubre de 1997, pp. 208-209.

posibilidad garantista de protección del individuo. En materia criminal y de control social, por ejemplo, se ha permitido, de este modo, una permanente sobreposición de los intereses de Estado respecto de los derechos y garantías fundamentales, con el propósito de evitar que la seguridad y el orden público como valores supremos, puedan sucumbir ante cualquier consideración liberal que se tenga respecto del individuo.<sup>37</sup> De aceptarse, en cambio, una concepción absoluta del sistema de principios y derechos fundamentales, las razones de Estado que permanentemente iluminan el ejercicio del poder político quedarían relegadas a otro plano diferente y restringida su filtración en el espacio discrecional inevitable de la actividad de los órganos oficiales. En un sistema jurídico como el nuestro no es viable, entonces, asumir el sistema de derechos y garantías propuesto por Dworkin, mediante el cual para que éstos puedan ser considerados como verdaderas corazas de protección, deben ser asumidos como cartas fuertes que una vez enseñadas nada puede oponérseles, por cuanto no se permitiría la consideración relativista que le es funcional a un sistema predominantemente eficientista.

Es importante tener presente la tendencia de la Corte Constitucional que apela a la teoría del núcleo esencial en los momentos en que asume el estudio de asuntos críticos, en los cuales entran en juego valores del orden institucional o la estabilidad del sistema. Y sin embargo, retóricamente, en su opción final por estos últimos valores esta corporación asume como una necesidad perentoria

37 En algunas oportunidades se invoca el principio de la solidaridad social para justificar la limitación de los derechos fundamentales, determinando que en circunstancias de orden público el deber o carga que tienen las personas para con el Estado justifica este tipo de determinaciones. Por ejemplo cuando se ha decidido acerca del riesgo que implica para el derecho a la vida y la integridad personal que las estaciones de policía y los cuarteles se encuentren ubicados en zonas en donde puedan ponerse en inminente riesgo estos derechos fundamentales, manifiesta la Corte Constitucional: "Independientemente de la situación jurídica de normalidad o anormalidad política, la sociedad civil, víctima de la confrontación armada, debe ser protegida por el Estado. Los asaltos guerrilleros a poblaciones, los secuestros y atentados terroristas afectan directamente a personas inermes, ajenas al conflicto bélico y lesionan el interés general. Así mismo, en los operativos militares que adelanta el Ejército Nacional lo mismo que la Policía, pueden resultar lesionados o vulnerados los derechos fundamentales de personas atrapadas en la "mitad de los dos fuegos", como en el presente caso, en que sólo existe la eventualidad de una agresión contra el Comando de Policía, evento en el cual pueden resultar afectados en sus vidas y bienes no sólo los peticionarios, vecinos del Comando, sino los demás habitantes del sector, incluidos los estudiantes de las escuelas ubicadas en esa zona. [...] No podría entonces pensarse en que estos Comandos fueran ubicados en zonas alejadas de la población y de los sitios donde se hace indispensable su presencia, como lo es cerca a los establecimientos de comercio y a las dependencias bancarias y municipales, por cuanto es precisamente allí donde se debe hacer efectiva la garantía constitucional de la protección a la población civil". Sen. T-102 de 1993. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

ria la adopción de la teoría del núcleo esencial para restringir los abusos que se puedan cometer desde las instancias de poder en contra de los derechos fundamentales:

*La doctrina y la jurisprudencia extranjera han diseñado la teoría del núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales como una garantía constitucional contra su vulneración. El núcleo esencial de un derecho fundamental puede definirse como el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares [...] La interpretación y aplicación de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales está indisolublemente vinculada al orden de valores consagrado en la Constitución. La ponderación de valores o intereses jurídico-constitucionales no le resta sustancialidad al núcleo esencial de los derechos fundamentales. El núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio.<sup>38</sup>*

Así en una apreciación general de las consideraciones de la Corte Constitucional, resulta inverosímil la búsqueda de una limitación a los abusos que se puedan cometer, por cuanto la “esencia” del derecho no disponible (el núcleo esencial), es cada vez más reducida, y tiene un grado tal de subjetividad y contracción que siempre podrá constituir cualquier cosa. Cuando la Corte asume el estudio de las declaratorias de conmoción interior y de las medidas dictadas bajo su vigencia ha demostrado cuál es la verdadera catadura de aquella elaboración y cuáles los beneficios que puede brindar para garantizar la estabilidad del Estado Social de Derecho. Para ello resulta sumamente significativo, a modo de ejemplo, revisar cual fue su justificación de la exequibilidad de un decreto de declaratoria de conmoción interior y de otro que la desarrollaba —1155 y 1156 de 1992—, por medio de los cuales se creaban las condiciones temporales para neutralizar el derecho a la libertad y el debido proceso constitucional, con la intención de evitar la salida de “peligrosos delincuentes” que se encontraban presos y recuperarían su libertad con la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal (dictado en vigencia de la Constitu-

38 Corte Constitucional. Sentencia T-426 de 1992. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

ción del 91), el cual regulaba una institución procesal más “benéfica” aplicable en materia de términos procesales y régimen de libertad provisional.

Se justificó en aquel entonces la declaratoria de conmoción y la limitación y desconocimiento de las garantías procesales al manifestarse que:

*Sin perjuicio de que el Decreto 1155 hace alusión en sus considerandos a las garantías procesales de los sindicatos de los delitos de narcotráfico, terrorismo y magnicidio y sus nexos con las garantías procesales, la norma sólo declara la conmoción interior, sin entrar en su parte resolutive a regular situaciones que involucren los derechos humanos.*

*La norma es clara en expresar la imposibilidad de “suspender” los derechos constitucionales fundamentales en los casos de conmoción interior, como ya tuvo ocasión de expresarlo la Corte en Sentencia No. 459 del 15 de Julio de 1992, de la Sala Tercera de Revisión.*

*Ello es lógico porque en los estados de crisis el Ejecutivo debe gozar de poderes extraordinarios para conjurar tal situación, pero su ejercicio no debe desconocer el contenido esencial de los derechos, sino tan sólo regular su ejercicio, probablemente mediante la imposición de mayores limitaciones a los derechos. Pero una cosa es canalizar una actividad y otra muy distinta es erradicarla de plano a través de la “suspensión” de la misma. Así lo ha afirmado ya esta Corporación. Como anota Haberle, “el contenido esencial es el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas”.<sup>39</sup>*

*Más aún, la interpretación de autoridad que para fijar el sentido de las normas del procedimiento penal, realizó el Gobierno al expedir el decreto No. 1156, consulta la naturaleza de este tipo de interpretación, que sólo puede ser realizada por el propio legislador, para que sea de obligatorio acatamiento por el juez competente. Los de-*

39 Corte Constitucional. Sentencia C-556 de 1992. Presidente Simón Rodríguez Rodríguez Resalto sobrepuesto.

cretos legislativos, son decretos con fuerza de ley, equiparados por la Constitución Política a la ley, sometidos al control de constitucionalidad ante la misma Corporación judicial y con capacidad para sustituir temporalmente a las leyes en los estados de excepción. De suerte que, mientras resulta eficiente la interpretación de autoridad realizada mediante un decreto legislativo de conmutación interior, no lo sería la plasmada en un decreto reglamentario, cuyo acatamiento no es obligatorio para el juez, en lugar de la ley (art. 25 Código Civil).<sup>40</sup>

Al desconocimiento de los derechos civiles y políticos por parte del sempiterno legislador excepcional (de emergencia),<sup>41</sup> se suma la consideración del guardián constitucional de que apenas se trata de una regulación en el ejercicio de los derechos procesales de las personas sometidas al procedimiento de la Jurisdicción Regional, pero *bajo ningún aspecto de su limitación* (teoría del núcleo esencial). Y además se traslada la interpretación por vía de autoridad al ejecutivo cuando se encuentra investido de potestades legislativas excepcionales. Con ello se estaba dando un golpe crucial a todo el entramado de derechos procesales consagrados en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, en los cuales se encuentra ampliamente regulada la institución del debido proceso y las garantías que le son consustanciales.

Desde el punto de vista penal, la Corte entregaba patente de corso a los órganos ejecutivo y legislativo para que en adelante, bajo el auspicio de pronunciamientos tan dirigidos, procediera a anteponer el concepto de seguridad del Estado y seguridad ciudadana para justificar la pérdida de eficacia de los derechos y garantías fundamentales. Tal y como ocurrió inmediatamente con la institución del *habeas corpus*, mediante la promulgación de la Ley 15 de 1992: por intermedio del pronunciamiento efectuado por la Corte cuando adelantaba el juicio de constitucionalidad de la reglamentación mediante la que se permitía la negación de esta tradicional garantía libertaria, se empezaba a institucionalizar la consideración de que el aparato represivo debe gozar de las garantías y derechos procesales que hasta el momento se establecían en benefi-

40 Corte Constitucional. Sentencia C-557 de 1992. Presidente Simón Rodríguez Rodríguez. Resalto sobrepuesto.

41 Véase Pérez, Toro, William Fredy, y otros. *Estado de Derecho y Sistema Penal*. Med., I. E. P. Universidad de Antioquia - Diké, 1997.

cio de sus sometidos. Este tipo de consideraciones podrían servir más tarde a la Corte Suprema de Justicia para negar el principio constitucional de la no reforma en peor, consagrada en el artículo 31 superior o para afirmar que el principio de legalidad no estaba instituido exclusivamente para otorgar una garantía dirigida al individuo sometido a proceso penal, sino también para el Estado como sujeto activo de la pretensión punitiva.<sup>42</sup>

Aquel argumento de la Corte Constitucional se presentaba de la siguiente manera:

*La acción de habeas corpus persigue la intervención del juez con miras a que se examinen las circunstancias alegadas por quien se considera ilegalmente privado de la libertad [...] La persona sujeta a un proceso judicial tiene a su disposición los recursos legales para someter los actos judiciales, limitativos de la libertad a la revisión de las instancias judiciales superiores, con lo cual se asegura cabalmente su defensa y la imparcialidad de la justicia.*

*El derecho de acceso a la justicia, fin inmediato de la acción de habeas corpus, se logra a través de la interposición de los recursos contemplados en la legislación [...] El derecho de acceso a la justicia (C.P. art. 229) y el derecho al debido proceso (C.P. art. 29), no pueden desconocer los principios básicos sobre los cuales se estructura la organización judicial y la actividad que desarrollan los jueces [...]*

*En suma, los asuntos relativos a la privación judicial de la libertad, tienen relación directa e inmediata con el derecho fundamental al debido proceso y la controversia sobre los mismos debe, en consecuencia, respetar el presupuesto de este derecho que es la existencia de un órgano judicial independiente cuyo discurrir se sujeta necesariamente a procedimientos y recursos a través de los cuales puede revisarse la actuación de los jueces y ponerse término a su arbitrariedad.<sup>43</sup>*

A partir, entonces, de estas líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana —ejemplificadas para el caso en los debates citados— es previsible su actitud a la hora de confrontar la ley y el tratado que incorpora al

42 Al respecto se pueden consultar: sentencia de julio 29 de 1992, M. P. Dídimo Páez Velandía; sentencia del 6 de octubre de 1994, M. P. Ricardo Calvete Rangel; y sentencia del 13 de marzo de 1997, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

43 Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 1993. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Resalto sobrepuesto.

ordenamiento el Estatuto del Tribunal Penal Internacional: mantendrá una posición que no obstaculice las pretensiones que subyacen a ese documento. Pretensiones que ineludiblemente se encuentran emparentadas con las tendencias económicas y globalizantes contemporáneas y conducidas por el vehículo fácilmente aceptable de la defensa universal de los derechos humanos. Es difícil, inclusive, imaginar mayores restricciones en el Estatuto venidero que las construidas hoy en un orden jurídico nacional dispuesto, atento, condicionado y sometido por el orden mundial y a partir de ejercicios tan elaborados como los propios de la ponderación y, en general de una lectura relativista de aquellos mismos *bienes universales*.

### TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Algunas disposiciones del orden jurídico colombiano que inicialmente no tienen un rango superior por disposición de la Constitución se integran a su nivel y adquieren este carácter. De ello se puede definir que no todo el contenido de la Constitución se encuentra en ella. Doctrinariamente se ha dicho que la Constitución atrae un cierto conjunto de normas que técnicamente no hacen parte de su entramado normativo pero que se integran a ella en el momento de efectuar el juicio de constitucionalidad. Este fenómeno denominado bloque de constitucionalidad tuvo su origen reciente en el derecho constitucional Francés y Español.<sup>44</sup> En Colombia su desarrollo por parte de la doctrina de la Corte Constitucional ha sido tan amplio que aun las leyes estatutarias han integrado un tal parámetro de constitucionalidad.

Pero más allá de una discusión que involucra el problema de la supremacía normativa de la constitución.<sup>45</sup> está claro que para efectos de lo que interesa ahora que las disposiciones sobre derechos humanos y sobre derecho internacional humanitario en virtud de lo establecido en los arts. 93, 94 y 214 de la Constitución Política hacen parte del bloque de constitucionalidad, no pueden ser modificadas ni desconocidas por las demás normas del ordenamiento jurídico ni siquiera mediante los estados de excepción.<sup>46</sup>

44 Favoreu, Louis y Rubio Llorente, Francisco. *El Bloque de la Constitucionalidad*, Editorial Civitas, 1991.

45 Incluso se podría afirmar que tiene una condición de supraconstitucionalidad por cuanto ni siquiera la propia Constitución los puede desconocer. Algunos doctrinantes salvan esta discusión afirmando que la superioridad como está dada por la misma Carta no puede tener esta condición por disposición del art. 4º. en donde se establece que la Constitución es norma de normas. Al respecto consultar sentencia C-225 del 95, Corte Constitucional.

46 *Ibidem*.

Ahora bien, en cuanto las disposiciones contenidas en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional fueron creadas para evitar la "impunidad" en materia de violación de derechos humanos y en materia de violaciones al derecho internacional humanitario, una vez sea aprobado por el Congreso y supere el control previo de constitucionalidad este instrumento, integrará el bloque de constitucionalidad del ordenamiento.

Una vez adquiera esta dimensión, puede llegar, incluso, a tener una connotación supraconstitucional por mandato del artículo 93 de la C. N., siempre que se acepte la tesis de la supraconstitucionalidad de los tratados públicos. Principios como la igualdad, la soberanía, la dignidad humana, la independencia judicial y el acceso a la justicia podrán ser otra vez— desconocidos delante de aquella regulación. Derechos y garantías como el debido proceso y el juez natural entrará incluso en un juego de colisión con lo que sobre ellos disponen otros instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, en los cuales se encuentran finamente reguladas estas instituciones en beneficio de las personas sometidas al poder del Estado —ahora trasladado a la comunidad internacional.

La concepción del juez natural en los términos en que tradicionalmente ha sido concebida sufrirá un severo replanteamiento y afrontará enormes dificultades en cuanto se tratará de una reconceptualización vinculante en un contexto de conflicto y crisis cuya solución pasa seguramente por la intervención de terceros imparciales y soberanos.

El Tribunal Penal Internacional tendrá competencia para conocer de los delitos de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión.<sup>47</sup> Esos tres primeros eventos suelen sucederse ordinariamente en nuestro país, unas por la confrontación armada que se vive, otras por la confrontación social derivada. Lo verdaderamente delicado es que por gracia de la proliferación de sujetos

47 De estas cuatro modalidades la última difícilmente podrá ser cometida en nuestro país, por cuanto esta es una actividad propia de los Estados fuertes y poderosos que pueden adelantar acciones políticas y militares en contra de la libre autodeterminación de las naciones que no comparten determinados lineamientos. Es el caso de la agresión que por más de 40 años los Estados Unidos ha adelantado en contra de Cuba con el propósito de debilitarla, con la pretensión deliberada de transformar el sistema organizativo adoptado por ellos mismos luego de la revolución de 1959. Multiplicidad de casos se presentan en la historia reciente en los que se encuentra comprometida la rapacidad de los gringos. Tal vez ésta fue la razón fundamental para negarse a suscribir el tratado en cuestión, además porque en este momento son los principales criminales de guerra que se conocen.



activos, así como por la confrontación social producto de las desigualdades sociales, la concentración de poder y la permanencia de un sistema antidemocrático, el Estado como sujeto responsable, termine definitivamente desvanecido. Este señalamiento se hace puesto que precisamente buena cantidad de instrumentos internacionales le han impuesto la obligación al Estado de garantizar la vigencia de los derechos humanos y, sin embargo, además de desconocerlos, relativizarlos, mediatizarlos y ejecutar actos directos de vulneración, su responsabilidad tendería a desaparecer. El individuo, eso sí, surge como responsable de la garantía y vigencia de este tipo de derechos.

Parece claro que el consenso que precedía a esta nueva lectura entendía que los crímenes de lesa humanidad y de genocidio, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, solo pueden ser cometidos por los Estados —por sus agentes o por quienes actúan en su nombre—, porque en su condición de personas jurídicas internacionales se han comprometido a su observancia, garantía y respeto como condición *sine qua non* para garantizar la legitimidad de los Estados luego de la segunda posguerra. En conclusión la violación de los derechos humanos requiere de un sujeto calificado quien no puede ser otro diferente al Estado por intermedio de las personas que actúan en su nombre. Los ciudadanos, en este contexto, a lo sumo serán lo beneficiarios de aquellos contenidos normativos.<sup>48</sup>

Con toda seguridad, por la generalización de un discurso mediante el cual se desvanece la responsabilidad de los Estados en materia de derechos humanos —su privatización—, actos indeterminados y provenientes de un sujeto no calificado podrán ser considerados como ocasionantes de determinado nivel de “conmoción”, serán calificados como genocidas o de lesa humanidad y pasarán a ser competencia del Tribunal Penal Internacional.

Desde la creación del sistema de Naciones Unidas en excepcionales eventos entidades diferentes a los Estados podían ser sujetos del derecho internacional público, en virtud de los Convenios de Ginebra y sus dos protocolos adicionales (aplicables a las confrontaciones de índole internacional o interno). Personas integrantes de los diferentes bandos eventualmente podían encontrarse

48 Así, las violaciones a los derechos humanos asumen la modalidad de genocidio dependiendo de que se trate de actos lesivos de la integridad de determinados grupos sociales o políticos considerados como débiles o en proceso de extinción: o de lesa humanidad cuando para mantener las condiciones económicas y políticas, se atenta en contra de las personas que ejercen algún tipo de oposición o exigen el otorgamiento de garantías de todo orden para mantener una subsistencia en términos soportables o dignos.

jurídicamente obligados; luego en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estado y Organizaciones Internacionales, algunas organizaciones privadas con carácter internacional pueden serlo al quedar facultadas para obligarse en el ámbito jurídico del derecho internacional público. En adelante, como se ha dicho, la lectura de la obligación y la responsabilidad —por lo menos en materia penal—, distará mucho de entenderse en aquellos excepcionales eventos.

La comunidad internacional, concebida en sus inicios como el medio idóneo para asegurar la vigencia de un “orden armónico” que garantizara la paz mundial, dirigirá ahora su novísima agencia punitiva a *individuos* que atenten contra el orden internacional. Es aquel abstracto ente “comunidad internacional” y a la víctima difusa “propietaria de derechos” operados por ese orden, y no el “conjunto de la humanidad”, quienes inspirarán y determinarán los verdaderos enemigos, los sujetos criminales y las conductas reprochables:

*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 [...] Decididos, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.*<sup>49</sup>

En este apartado que se cita se encuentran los verdaderos propósitos y fines del Estatuto y no en el dolor y el desprecio por las miserias de la humanidad. En primer lugar porque las atrocidades que conmueven y sacuden la conciencia humana precisamente son ocasionadas y mantenidas por los mismos Estados que conforman esa comunidad internacional; la misma que designará los jueces que compondrán este aparato penal. En segundo lugar porque los Estados que han sembrado durante el presente siglo la barbarie y miseria no podrán ser enjuiciados por este tribunal. Por ejemplo Estados Unidos no suscribe el tratado, entonces no le es aplicable, pero desde Naciones Unidas puede determinar, en ejercicio de la competencia que le corresponde al Consejo de Seguridad, cuáles casos se

49 Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Resalto sobrepuesto.

deben tramitar (artículo 13, literal b); puede así mismo, imponer suspensiones en el trámite de un proceso en contra de determinada persona (artículo 16).

Aquí es donde se encuentra la verdadera conciencia de la humanidad, en la capacidad de determinar cuáles son las conductas que pueden ser objeto de juzgamiento y castigo, y sobre todo, en contra de quienes se debe aplicar la normatividad. Es apenas lógico pensar que los crímenes por ellos cometidos, en defensa de esta comunidad internacional, constituyen conductas incuestionables no sujetas al juzgamiento por medio del Estatuto o en virtud del principio de jurisdicción universal. Los actos de terror padecidos por millones de personas en Hirochima y Nagazaki, en Vietnam, en Latinoamérica, en Irak y últimamente en la sospechosa y criminal "intervención" en los Balcanes, constituyen atentados criminales en contra de los pueblos del mundo que no tienen cuestionamiento relevante en las instancias supranacionales.

### UN ARGUMENTO FINAL

En nuestro país se encuentra el terreno abonado para la aceptación del Estatuto de la Corte Penal Internacional por parte de la Corte Constitucional, con su consecuente vinculación al bloque de constitucionalidad. Si revisamos, por ejemplo, los antecedentes que en materia jurisprudencial se tiene sobre el Derecho Internacional Humanitario y sobre la manera como se debe abordar desde esta instancia el manejo del conflicto armado, encontraremos el fundamento de este aserto.

En uno de estos momentos manifestó la Corte que

*No es pues legítimo que un actor armado irregular, o una fuerza armada estatal, consideren que no tienen que respetar en un conflicto armado las normas mínimas de la humanidad, por haber suscrito estos actores los convenios internacionales respectivos puesto que —se repite— la normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de la humanidad que estos instrumentos internacionales recogen. Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado.<sup>50</sup>*

50 Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. M. P. Alejandro Martínez Caballero. Resalto sobrepuesto.

Los presupuestos de legitimidad y aceptación que la Corte Constitucional le otorga a los instrumentos internacionales en materia humanitaria no son ciertos. Primero no se presenta una aceptación incuestionable de sus postulados, y segundo, se pretende aplicar a sujetos que no han suscrito estos convenios y de quienes, se supone, harán una manifestación incondicional de aceptabilidad, con ello se olvida que estas normas han sido impuestas por las naciones vencedoras en las guerras libradas durante el presente siglo<sup>51</sup> (pero paradójicamente en las guerras por ellos adelantadas recientemente —digamos los últimos 40 años empezando con la de Corea— no se sienten obligados por esos "valores de la humanidad").

Es posible advertir que eventualmente cuando la Corte Constitucional efectúe el juicio de constitucionalidad anticipado del Estatuto de la Corte Penal Internacional, sacará a relucir este tipo de justificaciones edificadas en valores de pretendida aceptación universal, sin que llegue a efectuar cuestionamientos de fondo en torno a la verdadera naturaleza del Tribunal. De esta manera se está posibilitando la integración de un bloque de constitucionalidad mediante justificaciones que cuestionan un ordenamiento jurídico todavía apenas salvable con el retorno constante al liberalismo fundante del constitucionalismo moderno; justamente aquel que entiende a la constitución —y si se quiere a las palabras del juez constitucional— como límite más que como autorización al ejercicio del poder político.

La Corte Constitucional sin embargo insiste en una conciencia jurídica universal que a la manera de Luigi Ferrajoli, moldea el escenario interno para dar continuidad a la intervención de los países dominantes que justamente integran el "alma" de la comunidad internacional.

No en vano más adelante señala:

*En el caso colombiano, estas normas humanitarias tienen además especial imperatividad, por cuanto el artículo 214 numeral 2° de la Constitución dispone que "en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario". Esto significa que, como ya lo*

51 Si entiendo bien, la ley da cuenta de la voluntad del vencedor; pero ella también, por lo que calla representa la derrota del menos fuerte. Una idea democrática si es seria respeta el principio mayoritario (que no es igual al principio de mayorías) que sin duda debe su existencia al respeto por las minorías. Aun el *ius cogens* no representa una voluntad natural; este no deja de ser apenas una convención mantenida por vencedores sucesivos. Un desarrollo de la idea inicial sobre la guerra y la derrota que late en la ley, en Foucault, Michel. *Genealogía del Racismo. De la guerra de las razas al racismo del Estado*. Madrid, La Piqueta, pp. 51 y ss.

señaló esta Corporación, en Colombia no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo "al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el "ius cogens". Por consiguiente, tanto los integrantes de los grupos armados irregulares como todos los funcionarios del Estado, y en especial todos los miembros de la Fuerza Pública quienes son destinatarios naturales de las normas humanitarias, están obligados a respetar, en todo tiempo y en todo lugar, las reglas del derecho internacional humanitario, por cuanto no sólo éstas son normas imperativas de derecho internacional (ius cogens) sino, además, porque ellas son reglas obligatorias per se en el ordenamiento jurídico y deben ser acatadas por todos los habitantes del territorio colombiano. Y no podía ser de otra manera, pues las normas de derecho internacional humanitario preservan aquel núcleo intangible y evidente de los derechos humanos que no puede ser en manera alguna desconocido, ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado. Ellos encarnan aquellas "consideraciones elementales de humanidad", a las cuales se refirió la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 1949 sobre el estrecho de Corfú. No se puede entonces excusar, ni ante la comunidad internacional, ni ante el ordenamiento jurídico colombiano, la comisión de conductas que vulneran claramente la conciencia misma de la humanidad, como los homicidios arbitrarios, las torturas, los tratos crueles, las tomas de rehenes, las desapariciones forzadas, los juicios sin garantías o la imposición de penas ex-post facto.<sup>52</sup>

La intangibilidad del derecho internacional humanitario debe proveerse de un instrumento adecuado mediante el cual se sancionen sus transgresiones, y que momento más oportuno que éste para aceptar el propuesto por la comunidad internacional. Eso sí, a esa comunidad internacional nunca la Corte Constitucional podrá cuestionarle sus atentados en contra de los valores universales que pregona.<sup>53</sup>

52 Corte Constitucional. Sentencia C - 225 de 1995. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

53 En el estudio de constitucionalidad del artículo 127 del Código Penal que establecía la exclusión de pena para los delitos conexos con la rebelión no constitutivos de ferocidad, barbarie

Ante la posición asumida por la mayoría de los integrantes de la Corte Constitucional es de esperar que estimen el Estatuto del Tribunal Penal Internacional como una codificación acertada mediante la cual se puede ayudar a perseguir a quienes asumen "[...] formas desviadas de acción política [...]"<sup>54</sup> y de seguro en función de la tesis relativista de los derechos fundamentales, la limitación que allí se pueda encontrar estará plenamente justificada por "la loable labor que se quiere desempeñar en beneficio de la humanidad".

## BIBLIOGRAFÍA

### LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia T-426 de 1992. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-556 de 1992.

Corte Constitucional. Sentencia C-557 de 1992.

Corte Constitucional. Sentencia T-102 de 1993. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 1993. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1996.

Corte Constitucional. Sentencia SU-111 de 1997. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-225 de 1998. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-456 de 1997. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 de julio de 1992. M. P. Dídimo Páez Velandia.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 6 de octubre de 1994. M. P. Ricardo Calvete Rangel.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 13 de marzo de 1997. M. P. Jorge Anibal Gómez Gallego.

o terrorismo, la Corte declara la inexecutable de esta disposición, básicamente por considerar que constituye una manera de otorgar un indulto y amnistía general anticipada, lo cual solo es posible excepcionalmente siguiendo los derroteros establecidos por la propia Constitución. Al margen de los amplios argumentos otorgados en aquel momento por la Corte, en el fondo lo que realmente subyace es la pretensión de tomar partido, de una vez por todas, en la confrontación y en la percepción que desde esta instancia del poder se tiene en torno al conflicto armado; asumiendo como verdad molesta que con los rebeldes y sediciosos el sistema ha sido sumamente generoso y desproporcionado. Corte Constitucional. Sentencia C-456 de 1997. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

54 Concepto mediante el cual se pretende restar entidad política al delito de rebelión. Sentencia citada.

## MANUALES Y LIBROS

- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Traducción Jorge M. Seña. Gedisa. Barcelona España, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción Ernesto Garzón Valés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, reimpresión de 1997.
- Alonso Espinal, Manuel A. "La modernización de las instituciones. Neoliberalismo y democratización". *Estudios políticos*. No. 3. Medellín, Instituto de Estudios políticos, Universidad de Antioquia, enero-junio de 1993.
- Ambos, Kai. *La nueva Corte Penal internacional*. Medellín, Nuevo Foro Penal No. 61, mayo - agosto 1999, pp. 89 - 93.
- \_\_\_\_\_. *Impunidad y Derecho Penal Internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina*. Medellín, Diké, 1997.
- Aparicio, Miguel. "Modelo constitucional de Estado y realidad política". En: Ibañez, Perfecto (comp.). *Corrupción y Estado de derecho*. Trotta, 1996, pp. 30-39.
- Auger, Clemente. "Mercado mundial y ordenamiento penal". En: Ibañez, Perfecto (comp.). *Corrupción y Estado de derecho*. Trotta, 1996, pp. 120-134.
- Bassiouni, M. Cherif. *La Corte Penal Internacional, Estudio Histórico: 1919-1998*. Revista de Derecho Penal Nro. 17, feb.-mar. de 2000. Ed. Leyer, pp. 29-51.
- Bobbio, Norberto y Matteucci, Nicola. *Diccionario de política*. Bogotá, Siglo Veintiuno, 1976.
- Bokenforde, Ernest - Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Del Aguila, Rafael (editor). *Manual de ciencia política*. Madrid, Trotta, 1997.
- Brotóns, Antonio Remiro. *Derecho Internacional*. Ed. McGraw-Hil, 1997, p. 82.
- Díaz, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Taurus, 1992.
- Dworkin, Ronald. *Los Derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1984.
- Fevoreu, Luis y Rubio Llorente, Francisco. *El Bloque de Constitucionalidad*. Civitas, 1991.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez, cap. 4 y 5 Andrés Greppi. Trotta, 1999.
- Foucault, Michel. *Genealogía del Racismo*. Madrid, La Piqueta.
- Gallón, Gustavo (comp). *Guerra y Constituyente*. Bogotá, Comisión Andina de Juristas, seccional Colombia, 1991.
- García de Enterría. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, reimpresión de 1997.
- García, Mauricio. *Derecho y eficacia simbólica*. Bogotá, Universidad de los Andes, 1994.
- Giraldo, Fabio Humberto. "Constituciones y cultura política 1863-1886". *Estudios políticos*. No. 1. Medellín, Instituto de Estudios políticos, Universidad de Antioquia, 1992.
- Gómez, Luis Fernando. *Coloquio de un estudiante con Carl Schmitt y Hans Kelsen*. Bogotá, *Magazin Dominical de El Espectador*, agosto 29 de 1976.
- González, Fernán y otros. *Un país en construcción*. Controversia, No. 163-164, Bogotá, CINEP, 1989.

- Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Trad. Roberto J. Brie. Madrid, Tecnos, 1995.
- Lechner, Norbert (comp). *Cultura política y democratización*. Santiago de Chile, FLASCO, CLACSO, ICI, 1987.
- López Calera, Nicolás María. *Yo, el Estado*. Madrid, Trotta, 1992.
- Pearce, Jenny. *Colombia dentro del laberinto*. Traducción de Hernando Valencia Villa. Bogotá, Altamir, 1992.
- Offe, Claus. *Contradicciones en el Estado de Bienestar*. Madrid, Alianza Universidad, 1990.
- Orozco Abad, Ivan y Gómez Albarello, Juan Gabriel. *Los peligros del nuevo Constitucionalismo en materia criminal*. Ministerio de Justicia y del Derecho, octubre de 1997.
- Peña Freire, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Trotta, 1997.
- Pérez, Bernardita. "Elementos para la recepción de la doctrina del Bloque de Constitucionalidad en nuestro orden jurídico". *Berbiquí*, No. 4. Medellín, Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, noviembre de 1995.
- Pérez Toro, William Fredy y otros. *Estado de Derecho y Sistema Penal*. Med. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia - Diké, 1997.
- Rabotnikof, Nora et. al. (Comps.). *La tenacidad de la política*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
- Rodríguez, Abel. "Estado Social de Derecho y neoliberalismo". *Foro*, No. 20. Santafé de Bogotá, Fundación Foro por Colombia, mayo de 1993, pp. 68-76.
- Sánchez, Gonzalo. *Guerra y política en la sociedad colombiana*. Bogotá, El Áncora, 1991.
- Segura, Manuel. *La racionalidad jurídica*. Madrid, Tecnos, 1998.
- Serrano, José Ramón. *Emergencia y crisis del estado social*. Barcelona, PPU, 1988.
- Sznajder, Mario. "Legitimidad y poder político frente a las herencias autoritarias: transición y consolidación democrática en América Latina". *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, Vol. 4, No. 1. Tel Aviv, Universidad de Tel Aviv, enero-junio de 1993.
- Uribe, María Teresa. "Legitimidad y violencia: una dimensión de la crisis política colombiana". En: *Rasgando Velos*. Medellín, Universidad de Antioquia, 1993.
- Wolkmer, Antonio Carlos. "A funcao do direito na legitimacao do poder". *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, No. 80. Bello Horizonte, Minas Gerais, Universidad Federal de Minas Gerais, Janeiro de 1995.
- Zaffaroni, Eugenio. "Dimensión política de un Poder Judicial Democrático". *Perfiles Liberales*, No. 33 y 34. Bogotá, Fundación Friedrich Naumann, 1994.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Traducción Marina Gascón. Madrid, Trotta, 1999.