



Sentencia 578 de 2002 Corte Constitucional

SCC05782002

SENTENCIA C-578/02

Referencia: expediente LAT-223

Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)".

Magistrado Ponente:

Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Bogotá, DC., treinta (30) de julio de dos mil dos (2002).

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL,

en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)".

I. ANTECEDENTES

El Presidente de la República remitió a esta Corporación el 5 de junio de 2002, copia de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)", para su control constitucional de conformidad con el artículo 241 numeral 10 de la Constitución.

Mediante providencia del doce (12) de junio de 2002 el magistrado sustanciador avocó el conocimiento del presente asunto, y solicitó al Secretario General del Senado de la República enviar con destino al proceso de la referencia copia de la totalidad del expediente legislativo relativo al trámite del proyecto correspondiente a la Ley 742 del 5 de junio de 2002. Luego, mediante auto del catorce (14) de junio de 2002 se ofició al Ministro de Relaciones Exteriores para que se sirviera remitir los antecedentes de la suscripción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En dicho auto se ordenó que, una vez vencido el período probatorio y recibidas las pruebas solicitadas, se fijará en lista el proceso y se diera traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor. Igualmente, se ordenó en el auto comunicar la iniciación del proceso al Señor Presidente de la República, al Presidente del Congreso, a los Ministros de Relaciones Exteriores, del Interior, de Justicia y del Derecho, de Defensa y Seguridad Nacional, al Fiscal General de la Nación y al Defensor del Pueblo, para los efectos legales pertinentes.

Cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, procede esta Corte a decidir sobre la exequibilidad del tratado y de la ley que lo aprueba.

II. Texto del Estatuto y de la ley objeto de revisión.

El texto del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional y de la ley aprobatoria que son objeto de revisión son los siguientes, según la publicación efectuada en el diario oficial N. 44826 del 7 de junio de 2002.

"LEY N° 742 de 2002

(5 de junio)

"Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma, el diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)"

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Visto el texto del ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos

noventa y ocho (1998), que a la letra dice:

(Se adjunta fotocopia del texto íntegro del instrumento internacional mencionado)

RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

BOGOTÁ, D.C. 7 DIC. 2001

APROBADO. SOMÉTASE A LA CONSIDERACIÓN DEL HONORABLE CONGRESO NACIONAL PARA LOS EFECTOS CONSTITUCIONALES

(Fdo.) ANDRÉS PASTRANA ARANGO

EL MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES

(Fdo.) GUILLERMO FERNÁNDEZ DE SOTO

D E C R E T A:

ARTICULO PRIMERO: Apruébase el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

ARTICULO SEGUNDO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 7ª de 1944, el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998), que por el artículo primero de esta Ley se aprueba, obligará al País a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto del mismo.

ARTICULO TERCERO. La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación.

EL PRESIDENTE DEL H. SENADO DE LA REPÚBLICA

CARLOS GARCIA ORJUELA

EL SECRETARIO GENERAL (E) DEL H. SENADO DE LA REPÚBLICA, LUIS FRANCISCO BOADA GÓMEZ

EL PRESIDENTE DE LA H. CÁMARA DE REPRESENTANTES, GUILLERMO GAVIRIA ZAPATA

EL SECRETARIO GENERAL DE LA H. CÁMARA DE REPRESENTANTES, ANGELINO LIZCANO RIVERA

REPÚBLICA DE COLOMBIA - GOBIERNO NACIONAL

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

EJECÚTESE, previa revisión de la Corte Constitucional, conforme al artículo 241-10 de la Constitución Política.

Dada en Bogotá, DC. el 5 de junio de 2002

EL MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES, GUILLERMO FERNÁNDEZ DE SOTO

EL MINISTRO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, RÓMULO GONZALEZ TRUJILLO

Dada su extensión, se anexa fotocopia del ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, a la presente sentencia. (Diario Oficial No. 44.826)

III. INTERVENCIONES Y CONCEPTOS

1. Intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores

El Ministerio de Relaciones Exteriores intervino por medio de apoderado para defender la exequibilidad de la Ley 742 de 2002.

El interviniente hace un recuento de las oportunidades en las que han funcionado instituciones jurisdiccionales internacionales de carácter penal. Luego sostiene que "desde el punto de vista histórico, debe tenerse el 17 de julio de 1998 como la fecha en la cual se adoptó el texto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, con una votación de 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones, habiendo Colombia votado a favor de la creación e implantación del mismo. El 10 de diciembre de 1998, nuestro gobierno suscribió dicha Convención" (F 3). Agrega que con la reforma del artículo 93 de la Constitución se removieron las incompatibilidades que pudieran existir para su posterior ratificación.

Resalta el carácter complementario de la Corte Penal Internacional respecto de la jurisdicción nacional y los casos en los cuales aquélla es competente. Sostiene que los tres primeros crímenes tipificados en el Estatuto se encuentran consagrados en convenciones internacionales anteriores: 1) La tipificación del genocidio por el artículo 6 del ER."coincide con los artículos 2 y 3 de la Convención [sobre la Prevención y el Castigo al Crimen de Genocidio]"; 2) Los crímenes de guerra, consagrados en el artículo 8 del ER..., se encuentran también contenidos en los Convenios de Ginebra de 1949 y en los Protocolos de Ginebra de 1977, que contemplan, entre otras, prohibiciones aplicables a los conflictos

armados de carácter interno; 3) Los crímenes de lesa humanidad, consagrados en el artículo 7 del ER... en el que se "[...] repite el artículo 6°(c) de la Carta de Nuremberg, el artículo 5° del Tribunal Penal Internacional para la ex - Yugoslavia (ICTY) y el artículo 3° del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR). La norma incluye también otras modalidades de crímenes que se enmarcan como de lesa humanidad" (F 9); 4) La agresión, que se encuentra en el artículo 5° del ER., es un tipo que "[...] no ha sido definido, por lo cual la Corte ejercerá competencia respecto de él una vez que la Asamblea de los Estados Partes apruebe una disposición en la que se defina el crimen y se enuncien las condiciones dentro de las cuales lo hará (Art. 5, ER)" (F 9).

Hace un recuento de las garantías procesales contempladas en el Estatuto a favor del procesado; analiza el contenido del principio de legalidad (artículos 22 y 23 del ER), del de irretroactividad (artículo 24 del ER) y del de presunción de inocencia (artículo 66 del ER); indica también que el Estatuto prevé en su artículo el mecanismo de la dispensa y la recusación para garantizar la imparcialidad de los magistrados y del Fiscal.

"En materia de restablecimiento y reparación de las víctimas, el Estatuto va más allá del concepto tradicional de la reparación como indemnización, la cual se limita al aspecto pecuniario, extendiéndolo, de manera mucho más integral y conducente al restablecimiento del derecho, a la restitución y a la rehabilitación" (F 11).

Señala que el artículo 71 del ER contempla la pena de reclusión a perpetuidad (lo cual se encuentra prohibido respecto de la jurisdicción nacional por el artículo 34 de la CN); que esta pena podrá ser revisada una vez que el recluso haya cumplido 25 años de prisión; que la Corte Penal Internacional tiene tan sólo una competencia complementaria en los casos en los que la justicia nacional no sea efectivamente operante; que los jueces colombianos no serán competentes para imponer las penas previstas en el Estatuto; y que un Estado podrá presentar algunas condiciones para que su territorio sea receptor de condenados.

En todo caso anota, que la Constitución fue modificada por el Congreso para poder incorporar el Estatuto de Roma al ordenamiento colombiano. Al respecto dice: (...) En todo caso, cualquier dificultad que se vislumbrara para la incorporación del Estatuto a nuestra legislación interna, quedó franqueada con la expedición del Acto Legislativo N° 2 de 2001 (F 14). (...) Removido en esta forma, cualquier óbice constitucional, se entiende que la competencia de la Corte Penal Internacional puede ser aceptada por el Estado colombiano en los términos establecidos en el Estatuto, y que sus normas son de carácter excepcional y únicamente válidas para los efectos del mismo Estatuto. En otras palabras, para los efectos de esta Convención, se enmendó de manera especial y directa la Constitución Política, esto es sin permitir que algunas particularidades se puedan extender con amparo del Acto Legislativo N° 2 de 2001 a la Justicia interna. Así, Colombia puede asumir la Corte Penal Internacional, porque su propia Constitución lo admite y ha autorizado su competencia, en los términos del Tratado de Roma (F 15).

Indica que "el Estatuto de Roma constituye un instrumento internacional con características especiales, pues por primera vez en la historia de la humanidad, ésta llega a un acuerdo sobre la adopción de un código sustantivo y de procedimiento penal internacionales" (F 15). Además, según el artículo 93 de la Carta, el Estatuto prima sobre la legislación colombiana y sirve de referencia para la interpretación de la misma.

El interviniente recuerda los criterios fijados por esta Corporación en las sentencias C-574 de 1992 en la que conoció de la constitucionalidad del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, y la C-225 de 1995 en la que se declaró la exequibilidad del Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra.

Concluye afirmando que la ratificación del Estatuto de Roma "[...] construye las bases para una institucionalidad penal internacional legítima, neutral, imparcial, equilibrada y universal que tendrá a su cargo la investigación y penalización de quienes, sin distinción de ninguna clase, llegaren a incurrir en la más graves violaciones a los Derechos Humanos o cometieren violaciones a las normas del Derecho Internacional Humanitario que regulan los conflictos armados internacionales e internos" (F 17), y que por ello, el Estatuto representa los más altos valores éticos y políticos.

2. Intervención del Ministerio Justicia y del Derecho

El Ministerio de Justicia y del Derecho intervino por medio de apoderado para defender la exequibilidad de la Ley 742 de 2002 y del correspondiente tratado.

El interviniente asegura que el estudio de constitucionalidad de la Ley 742 de 2002 sólo podrá abarcar las cuestiones formales, según se desprende de una interpretación sistemática e histórica del Acto Legislativo 02 de 2001 y el artículo 120 del Estatuto de Roma, que prohíbe las reservas respecto de dicho tratado.

Luego de analizar la naturaleza jurídica de las reservas en el ámbito internacional, señala que el Acto Legislativo 02 de 2001 posibilita el reconocimiento de la Corte Penal Internacional, acepta las reglas contenidas en el Estatuto de Roma y permite superar las diferencias entre éste y la Carta Política Colombiana.

Indica que la necesidad de reformar la Carta para poder aprobar el Estatuto fue tenida en cuenta por el Congreso; en él se expresó: "Para que la CPI. pueda ser ratificada por Colombia se requeriría el cambio de mucha de nuestra legislación, lo cual sería muy dispendioso y demorado. Es por ello que la solución para poder ratificar el Estatuto de Roma y permitir que Colombia pueda unirse a sus beneficios es menester emplear este mecanismo del acto legislativo pues, constitucionalmente, es el más adecuado y corto"¹; en segundo debate de plenaria del Senado, se decidió que el Gobierno Nacional sería el llamado a ratificar el tratado.

Señala que la Corte Penal Internacional responde a la universalidad de los derechos humanos en una época en que la dignidad humana es, ante todo, un principio de civilización y que su consagración en la legislación colombiana ayuda a fortalecer el valor normativo de la Constitución.

Sostiene que la universalidad de los derechos humanos se expresa en que (i) "su garantía y protección no es asunto exclusivo del derecho interno de los Estados"; (ii) en que la dignidad humana "convierte a la persona humana en un sujeto de Derecho Internacional"; y (iii) en que "si un Estado constitucional funda su legitimidad en el respeto de la dignidad humana y, por ende, en la primacía de los derechos humanos, todo Tratado de Derechos Humanos tiene la misma fuerza normativa de los preceptos constitucionales (art. 93 CN)" (F 12).

Asevera que en una situación constante "de peligro y zozobra, surge la necesidad política de proteger en forma preferente aquellos valores más valiosos para la convivencia pacífica" en un momento en el que, en el ámbito nacional "los medios utilizados por estos grupos [violentos] han sido los más crueles e inhumanos, propios de una mente enferma o de un grupo de salvajes" (F 13). Así, "el Estatuto de la Corte Penal Internacional señala el más decidido repudio contra los actos de barbarie cometidos al amparo, o en nombre, de la confrontación armada, procurando, en último término, la realización del derecho supremo y fundamental al disfrute de la paz" (F 14).

Asegura que el establecimiento de instituciones judiciales capaces de sancionar la comisión de delitos, es un medio para el fortalecimiento del sistema democrático, y que la aplicación de las normas contenidas en el Estatuto de Roma soluciona la carencia de una justicia penal internacional de carácter permanente.

3. Intervención del Ministerio de Defensa Nacional

El Ministerio de Defensa Nacional intervino por medio de apoderada para defender la constitucionalidad de la Ley 742 de 2002 y del tratado por ella aprobado. La interviniente solicita que ambos sean declarados exequibles.

Señala que "la Corte Penal Internacional fue creada y aprobada en la ciudad de Roma el 17 de julio de 1998 con 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones" (F 1), que para su entrada en vigor, se requería de la ratificación de por lo menos 60 Estados y que es una entidad de carácter permanente que cuenta con jurisdicción para perseguir a quienes comentan los más graves crímenes: "genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión".

La expedición de la Ley 742 de 2002 cumplió los requisitos establecidos en la Constitución respecto de las normas aprobatorias de tratados. Además, la ley en cuestión se aviene a lo prescrito en los artículos 226 y 227, relativos a los principios que guían a Colombia en materia de relaciones internacionales.

Sostiene que la norma en cuestión se ajusta a la Constitución Política por varias razones, entre las que se resaltan las siguientes: 1) El Estatuto de Roma es un mecanismo idóneo para fortalecer los principios establecidos en la Carta de las Naciones del 26 de junio de 1945 y reconocidos en el texto constitucional colombiano, que responde al llamado de la comunidad de naciones de que hubiese una entidad internacional de carácter permanente capaz de juzgar los crímenes de mayor gravedad; 2) El Estatuto ayuda al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y fomenta entre las naciones relaciones de respeto, según lo prescrito en el artículo 1° de la Carta de las Naciones Unidas; 3) Los principios que orientan la Corte Penal Internacional "se ajustan plenamente a los principios de derecho internacional aceptados por Colombia y a la necesidad de preservar los derechos fundamentales de las personas, consagrados en la Constitución Política de 1991, además de contribuir al fortalecimiento de los vínculos de cooperación entre los Estados con la adopción de medidas eficaces para la represión de delitos que atentan gravemente contra los derechos humanos" (F 5); 4) El Estatuto es respetuoso de la legislación interna de los Estados Partes; y 5) Las disposiciones de este instrumento "se adecuan plenamente a los principios generales del derecho internacional de los tratados, regulados por la Convención de Viena de 1969, y aceptados por Colombia, según se desprende del artículo 9° de la Carta Política, razón por la cual se encuentran conformes con la Constitución, contribuyendo por demás el estatuto objeto del estudio una herramienta que se encuentra a la altura del compromiso adquirido por el país con la comunidad internacional, para hacer de Colombia un país pacífico y seguro, con una administración de justicia fortalecida, capaz de afrontar graves problemas de violencia" (F 6).

4. Intervención del Defensor del Pueblo

El Defensor del Pueblo envió a esta Corporación un informe en el que analiza la exequibilidad del Estatuto de Roma. Luego de mencionar sus antecedentes, indica que el referido Estatuto es un código penal y de procedimiento penal de carácter internacional aplicable en los Estados Partes más no directamente por ellos. En efecto, "La Corte Penal Internacional [¿] actuará sólo en los casos más graves de violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario y en forma subsidiaria a la justicia nacional" (F. 4).

En su intervención, el Defensor hace énfasis en los aspectos del Estatuto de Roma que merecen especial consideración por parte de la Corte Constitucional.

El primero de ellos es el relativo al principio de complementariedad. La Corte Penal Internacional (CPI) debe examinar si una decisión adoptada por el poder judicial de un Estado en desarrollo de un proceso respecto de un delito de la competencia de aquella, busca sustraer a la persona de su responsabilidad penal, o si ha habido demora injustificada, o si el juicio se ha adelantado por jueces independientes de manera imparcial. De lo contrario, dicha Corte Internacional no puede admitir la causa.

La Corte se cerciorará de que es competente para adelantar un proceso en concreto y de que puede admitir el asunto. Además, notificará de ello al Estado en cuyo territorio se pretenda adelantar una investigación o un proceso; y permitirá que dicho Estado impugne tal decisión por considerar que en su territorio se adelanta o adelantó un juicio con el lleno de los requisitos y garantías, según lo dispuesto por el ordinal segundo del artículo 19 del Estatuto.

La Corte Penal Internacional será competente tan sólo respecto de los crímenes de mayor gravedad para la comunidad internacional, pues ella

"[¿] constituye el umbral de lo que es absolutamente condenable para todos; de lo que no puede dejar de ser aceptado; de lo que es absolutamente inviolable. En otras palabras, el Tribunal Penal es el brazo judicial para hacer efectivo el Derecho Internacional Humanitario" (F. 6).

El Defensor cita a Cherif Bassiouni, quien sostiene que para que la Corte Penal Internacional pueda ejercer su competencia respecto de un crimen, "éste debe haber sido cometido en el territorio de un Estado miembro o por uno de sus nacionales. Asimismo, la Corte Penal Internacional puede ejercer su competencia si un Estado que no es parte lo acepta y el crimen ha sido cometido en el territorio de ese Estado o el acusado es nacional del mismo. La competencia de la Corte Penal Internacional se basa en el principio universalmente reconocido de la territorialidad y no sobre el criterio de la jurisdicción penal universal. Incluso cuando el alcance de la competencia de la Corte sea universal, esto no supone que estemos ante una aplicación de la teoría de la competencia universal, salvo en el caso de las remisiones del Consejo de Seguridad, que no se vinculan a la territorialidad de ningún Estado, sea Estado Parte o no"².

En cuanto a la estructura de la Corte Penal Internacional, el Defensor describe el diseño institucional de la Corte Penal Internacional y agrega que "(r)especto al sistema adoptado por Colombia, existen importantes coincidencias, cabe resaltar, la adscripción de la Fiscalía al poder judicial. En efecto, de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución Política, la Fiscalía General de la Nación hace parte de la rama judicial, sus decisiones son, así, independientes. En el Estatuto de la Corte Penal Internacional, como ya se vio, la Fiscalía es uno de los órganos del Tribunal. No obstante, en cuanto a las facultades asignadas a la misma, se presenta una diferencia; ella se refiere a la prerrogativa que tiene el fiscal colombiano de tomar decisiones que restrinjan los derechos fundamentales de los implicados, tales como, la libertad. En los dos sistemas penales, esto es, ante la Corte Penal Internacional y en Colombia, rige el principio de la presunción de inocencia y la carga de la prueba compete a las instancias judiciales" (F 8).

El Defensor resalta la competencia que el Estatuto confiere al Fiscal para iniciar investigaciones de oficio, o por solicitud de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad. Se subraya la mutua colaboración respecto de las relaciones entre el Fiscal y la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional. "En este sentido, la Sala dictará todas las providencias y órdenes que sean necesarias a los fines de la investigación, a petición del fiscal (artículo 57 ordinal 3 literal a)" (F 10).

En cuanto al Consejo de Seguridad, el Defensor señala que el artículo 16 del Estatuto prevé que el Consejo de Seguridad podrá solicitar a la Corte Penal Internacional que se aplase una investigación o un juicio hasta por 12 meses prorrogables mediante una resolución aprobada de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. "Aunque esta disposición puede interpretarse como una injerencia indeseable de un organismo estrictamente político en los asuntos de la Corte Penal Internacional, las condiciones en las que se debe presentar la petición introducen límites a esta prerrogativa, pues imponen que la petición se haga a través de una resolución que podrá ser vetada, en caso de desacuerdo, por alguno de los miembros del Consejo de Seguridad. La Corte Penal Internacional podrá retomar el caso y tomar la decisión que corresponda en derecho, sin que la petición que en algún momento hiciera el Consejo de Seguridad, incida en su determinación final". (F 11).

En lo que respecta a la protección de los derechos, afirma que dado que la Corte Penal Internacional tiene un carácter meramente penal, es necesario que sus actuaciones se encuentren rodeadas de garantías. Anota que "(l)os fundamentos generales de carácter procedimental establecidos en el Estatuto, se adecuan a las normas básicas señaladas en los artículos 5, 8, 9, 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y los artículos 6, 7, 9, 10, 14 y 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos".

Además, las definiciones legales de los delitos son respetuosas de los instrumentos internacionales y "[¿] en los casos en los que las conductas se refieren a hechos no definidos en otros tratados internacionales, en el Estatuto se lleva a cabo una descripción que respeta los requisitos del principio de legalidad, esto es, la certeza, la claridad y la precisión en las definiciones legales del crimen. En el artículo 9 se previó, además, la aprobación, por parte de la Asamblea de los Estados Partes, de los elementos de los crímenes que ayudarán a la Corte Penal Internacional a interpretar y aplicar las normas pertinentes" (F 12).

En relación con los eventuales inconvenientes que pueda presentar el Estatuto a la luz de la Constitución Política, el Defensor resalta los siguientes:

a) La inmunidad de la que disfrute una persona según normas nacionales, no impedirá que la Corte ejerza su competencia (artículo 24 del ER). "Para la Defensoría del Pueblo, la Corte Penal Internacional constituye, por sí misma, una jurisdicción especialísima, que actuará solo en los casos más graves de violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario" (F 13). Por ello, el estatuto no reconoce fueros de ninguna naturaleza respecto de los investigados.

b) Se prevé la posibilidad de que haya penas perpetuas, lo cual se encuentra prohibido en el artículo 34 de la Carta Política Colombiana. No obstante, esta sanción se aplicará sólo de manera excepcional dada la gravedad del crimen cometido (artículo 77 - b del ER); la pena podrá reducirse una vez el condenado haya cumplido a lo menos 25 años de prisión (artículo 110 - 3 del ER); la imposición de una pena de cadena perpetua no sería competencia de los jueces nacionales; existe la posibilidad de que los Estados impongan algunas condiciones para la recepción de prisioneros, lo cual "[¿] significa que Colombia no estará obligada a ejecutar una pena de este tipo en su territorio" (F 15); y, "[f]inalmente, en el artículo 80 del Tratado de Roma se establece que nada de lo dispuesto en el mismo Estatuto sobre las penas aplicables se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en el Estatuto" (F 15).

c) El Estatuto "[¿] determina la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional y guarda silencio respecto a la

prescripción de las penas [artículo 27 del ER]. La Constitución Política, en el artículo 28 establece que no podrá haber penas ni medidas de seguridad imprescriptibles y calla con respecto a los delitos. Aunque las normas en estudio se refieren a fenómenos diferentes, persiste la duda sobre una posible discrepancia constitucional entre la norma del artículo 27 del Estatuto y la Carta Política" (F 16).

d) El Estatuto prevé en su artículo 20 que nadie que haya sido condenado o absuelto por la Corte Penal Internacional podrá ser juzgado de nuevo por ella o por otro tribunal bajo el mismo cargo. Una persona procesada por algún tribunal tampoco podrá ser procesada por la Corte salvo que la actuación de aquél "obedeciere al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal" o no se hubiere adelantado de forma independiente e imparcial o de hubiere desarrollado en forma "incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia".

El Defensor advierte que mientras que en un caso se utilizan las expresiones "condenado" o "absuelto", en el otro se habla de "procesado". Por ende, considera que "[¿] el empleo de un lenguaje diferente no es neutro, puesto que es justamente en ese caso que se plantea la prerrogativa para la Corte Penal Internacional de entrar a investigar a alguien que ya haya sido procesado por el aparato judicial de un Estado, pero en condiciones tales que son una burla para la debida administración de justicia, por ello mismo, no puede hablarse de una absolución o de una condena, pues tanto lo uno, como lo otro, supone que realmente se impartió justicia" (F 16). De esta manera, no se puede afirmar que el artículo 20 del Estatuto constituya una excepción al principio según el cual nadie podrá ser juzgado por un delito por el que ya lo hubiera sido, sino una medida contra la impunidad y a favor de la administración efectiva de justicia.

Con base en este resumen, se concluye que "[¿] es posible afirmar que en Colombia se habrían podido presentar algunas objeciones de carácter constitucional al Estatuto de Roma. Por esta razón, y consciente de la trascendencia mundial de este Instrumento internacional, la Defensoría del Pueblo lideró el proceso de reforma constitucional, con el apoyo decidido del Congreso de la República [¿]. El artículo 93 de la Constitución Política reformado se convirtió así, en la plataforma constitucional habilitante, que permitió al Gobierno Nacional presentar al Congreso, el 15 de marzo de 2002, el proyecto de ley aprobatorio del Estatuto. El proyecto se transformó en la Ley 742, el 5 de junio pasado" (F 17).

En conclusión, "[¿] para la Defensoría del Pueblo, la Corte Penal Internacional supone un reto para todos los colombianos de respeto integral por los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario. No se puede menos que asumir el desafío y estar a la altura de este reto que se impuso la comunidad internacional hace cuatro años" (F 18).

5. Intervención del Fiscal General de la Nación

El Fiscal General de la Nación divide su intervención en tres partes. La primera indica que lo relativo a los eventuales vicios de forma es un "aspecto que la Corte Constitucional deberá examinar minuciosamente para de esta forma determinar si se cumplieron o no los mandatos estipulados en los artículos 154, 157, 158 y 160 del ordenamiento superior, para dicha materia" (folio 1).

En la segunda describe el contenido material del Estatuto de Roma. Resalta los elementos garantistas del Estatuto y subraya que "la creación de la Corte Penal Internacional constituye un paradigma en el desarrollo del derecho penal internacional, pues se convierte en un instrumento vital y fundamental para la lucha contra la impunidad de aquellas conductas contrarias al orden natural, al tener una teología de reivindicación y garantía de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario del conglomerado social mundial" (folios 1 y 2). De los derechos reconocidos al acusado enumera los que recogen el consenso internacional plasmado en instrumentos internacionales y destaca su importancia. Anota que "de estos derechos, el Estatuto presta especial atención a dos: el derecho del acusado a hallarse presente durante el juicio y el derecho a no declararse culpable (art. 65). Respecto al primer derecho, se permite que los juicios se desarrollen sin la presencia del acusado cuando se trate de un elemento perturbador, en cuyo caso se deben adoptar medidas para permitirle que observe el proceso y dé instrucciones a su defensor desde fuera. Sin embargo, se permite que se confirmen los cargos sin la presencia del acusado y requiere la presencia de asesoría legal para el sospechoso cuando la Sala de Primera Instancia determina que redunde en interés de la justicia (art. 63). Igualmente, se establece que los derechos del acusado no deben ser vulnerados cuando se realicen audiencias a puerta cerrada o testimonios grabados en la medida en que no vulneren los derechos del acusado, medidas que deberán adoptarse cuando la víctima sea menor de edad o haya sufrido violencia sexual, salvo que la Corte decida lo contrario" (folio 3).

En la tercera parte se pronuncia sobre la constitucionalidad del Estatuto de Roma, al cual califica de "elemento importante disuasorio para los actores del conflicto armado interno". Empieza por sostener que "(...) la Corte Penal Internacional es plenamente compatible con nuestro ordenamiento superior, ya que su objetivo central de lucha contra la impunidad que se puede producir por la comisión de delitos que afectan los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, es un propósito igualmente compartido por nuestra institucionalidad política, por ser un mandato expresamente consagrado en el preámbulo y los artículos superiores que determinan las normas rectoras de nuestras partes tanto dogmática como orgánica constitucional" (folio 5).

No obstante, identifica algunas materias donde existiría una incompatibilidad entre el Estatuto de Roma y la Constitución. Al respecto concluye: "Y si bien es cierto, algunos artículos del Estatuto de Roma a *prima facie* parecen entrar en conflicto con determinados elementos presentes de nuestra máxima norma, así por ejemplo la prohibición de las inmunidades, o la consagración de la cadena perpetua, y la imprescriptibilidad de los delitos, junto al desconocimiento del principio del *non bis in idem*, determinarán una inconstitucionalidad, también lo es que para solucionar esa problemática expertos en derecho constitucional como son Brigitte Suhr y Aura María Roldan han planteado dos formas de respuesta a esas incompatibilidades, a través o de una interpretación flexible de la Constitución, o mediante una reforma constitucional, camino este que tomó nuestro país para lograr una perfecta concordancia entre las dos normas dispares. Fue así como se incorporó directamente a la Carta Política dicho instrumento internacional por intermedio del acto legislativo número 2 de 2001 que modificó el artículo 93 con una cláusula genérica³ en ese sentido, con lo cual se deja sin piso jurídico las posibles anomalías constitucionales del tratado" (folios 5 y 6).

Para terminar el Fiscal General dice que "con fundamento en las anteriores consideraciones solicito a la Corte Constitucional declarar constitucional la Ley 742 de 2002, que incorpora el Estatuto de Roma creador de la Corte Penal Internacional por ajustarse a nuestra Carta Política" (folio 6).

6. Intervenciones ciudadanas

Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas

El ciudadano Gustavo Gallón Giraldo intervino en su calidad de director de esta organización para defender la exequibilidad de la Ley 742 de 2002, aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y del correspondiente tratado internacional.

El interviniente señala que "(l)a Corte Penal Internacional es un tribunal de carácter permanente, con funciones judiciales para determinar la responsabilidad penal individual de las personas que hayan cometido los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y eventualmente el de agresión, cuando los Estados no hayan cumplido con su deber de perseguir, juzgar y sancionar a los responsables de dichos crímenes" (F 1). Se trata pues, de una institución complementaria a la justicia penal de los países que la reconozcan.

La Corte será competente para conocer de los delitos tipificados en el Estatuto que no sean perseguidos por un Estado Parte, bien por falta de disposición o de capacidad. La falta de voluntad de un Estado de perseguir a los actores de tales delitos se hace evidente en los casos en los que los procesos adelantados lo son sólo en apariencia, o en los que se presentan dilaciones injustificadas, o en los que el proceso no se desarrolla de forma imparcial.

En este orden de ideas, "[...] el Estatuto establece que la cosa juzgada no operará cuando el proceso que se hubiere seguido en otro tribunal a) obedeciere al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte; o b) no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial, o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (artículo 2, párrafo 3)" (F 2). Se quiere así que los crímenes más graves no queden en la impunidad.

El Estatuto coincide con los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que consagra la obligación de los Estados que la hayan suscrito de respetar y garantizar los derechos reconocidos y de investigar a quienes los vulneren. El interviniente sostiene que "La Corte Interamericana ha afirmado que: ¿Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción¿."4

Asevera que el Estatuto es el primer instrumento internacional permanente para dotar a las normas del derecho internacional humanitario de poder coercitivo dado que la Corte tendrá competencia para conocer de las infracciones graves a los Convenios de Ginebra y de otras normas relativas a los conflictos armados internacionales y nacionales.

Señala que el Estatuto de Roma es compatible con la Constitución en virtud a que ella fue reformada por el Congreso de la República por medio del Acto Legislativo 02 de 2001, con el fin de alcanzar dicho propósito y subsanar las eventuales contradicciones entre ambas normas. Comenta que durante el trámite de este acto legislativo se presentaron algunas diferencias entre el Congreso y el Gobierno pero que finalmente se estableció que éste tendría la facultad de presentar el proyecto de ley aprobatoria del Estatuto y que para ello tendría "[...] la autorización constitucional que eliminaba las dificultades constitucionales" (F 6), proyecto que siguió el procedimiento legislativo establecido para el efecto.

Resalta que el artículo 93 de la Carta adicionado por el Acto Legislativo 02 de 2001 admite diferencias entre la justicia nacional y la impartida por la Corte Penal Internacional pero que tales diferencias tienen aplicación sólo respecto de la aplicación del Estatuto de Roma, pues éste no admite reservas, lo cual hacía necesario adaptar la Constitución antes de aprobar el Tratado.

Agrega que, de acuerdo con lo establecido en las sentencias C-574 de 1992 y C-225 de 1995, las normas de derecho internacional humanitario hacen parte del bloque de constitucionalidad, y que la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que los principios que lo fundan "tienen el carácter de normas imperativas o de *ius cogens*" (F 9).

Concluye afirmando que la Corte Penal Internacional "[...] desarrolla el valor constitucional de la justicia en la medida en que su finalidad es enfrentar la impunidad de los graves crímenes de su competencia" (F 10).

Intervención del ciudadano Ernesto Rey Cantor

El ciudadano Ernesto Rey Cantor intervino en este proceso para solicitar que se declare la exequibilidad de la Ley 742 de 2002 aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y de dicho tratado.

El interviniente señala que "(c)on el objeto de discurrir alrededor del bloque de constitucionalidad, respetuosamente pido a la H. Corte integrar los artículos 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con el inciso 2 del artículo 29 de la Constitución Política", relativo al derecho al debido proceso (F 2).

Lo anterior porque la Corte Constitucional reconoce los efectos vinculantes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como se desprende de las sentencias T-568 de 1999, C-010 de 2000 y C-200 de 2002.

De esta forma, el interviniente estima que la Corte debe aclarar si la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporada a la

legislación colombiana por la Ley 16 de 1972, prevalece sobre las leyes colombianas, incluida la Ley 742 de 2002, aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación (E) rindió su concepto mediante oficio del 10 de julio de 2002.

Inicia su escrito señalando, en un primer numeral, los antecedentes de la Ley 742 de 2002 "por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1998)"

Posteriormente, en el numeral segundo, hace un análisis formal que incluye tanto el recuento de los antecedentes de la suscripción del Estatuto de Roma -en el que se describe tanto el trámite internacional como nacional del Estatuto- como lo que fuera el trámite del proyecto de ley ante el Congreso de la República. Consta el cumplimiento de los requisitos que sobre quórum deliberatorio y decisorio establecen los artículos 145 y 146 de la Carta Política, así como las exigencias constitucionales de sanción presidencial y remisión a la Corte Constitucional, surtidas el día 5 de junio de 2002. Concluye el Procurador, que "(t)eniendo en cuenta que la Ley 742 de 2002 aprobatoria del instrumento internacional en análisis cumplió los requisitos constitucionales y de la ley 5ª de 1992 para su expedición, ésta ha de ser declarada exequible".⁵

En el numeral tercero, el concepto se ocupa del estudio material del control constitucional.

El Procurador al explicar el sentido del Estatuto de la Corte Penal Internacional señala que:

"El Estatuto de Roma condensa el esfuerzo de la comunidad internacional por crear un sistema jurídico de rango supranacional de carácter permanente e independiente que, como tal, permita la investigación, la persecución y el castigo de aquellos delitos que por su naturaleza se consideran un atentado grave contra la totalidad del género humano. Dichos delitos se señalan expresamente en el Estatuto, asunto éste de gran importancia, toda vez que no todas las conductas delictivas quedan comprendidas dentro de la órbita de competencia del organismo supranacional de justicia que crea el Estatuto y cuya denominación es *Corte Penal Internacional*".⁶

Explica que el antecedente remoto de la Corte Penal Internacional son los Tribunales de Nuremberg y Tokio, integrados por jueces *ad hoc* nombrados por los Estados Vencedores en la Segunda Guerra Mundial. Presenta como antecedente próximo a los tribunales de justicia encargados de juzgar los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia y Ruanda, tribunales de carácter temporal que sancionan en forma individual a los responsables de crímenes atroces cometidos en el conflicto y juzgados a pesar de la terminación del conflicto mismo.

Resalta que la necesidad de perseguir a los responsables de ciertos delitos cometidos en la guerra, inclusive después de terminada ésta, empezó a materializarse a través de los Tratados de Versalles y de Sevres. Dice que si bien estos Tratados fallaron en lograr que se reconociera la responsabilidad criminal individual luego del fin de hostilidades, sí lograron fijar en la comunidad internacional, la idea de crear una Corte Internacional que conociera de crímenes cometidos durante un conflicto y reprochables por toda la civilización. "Este objetivo [por su parte] encontró una razón de peso en el moderno fenómeno de la globalización de las relaciones estatales y los crímenes transnacionales, como en la intervención de los medios de comunicación que han mostrado al mundo las atrocidades que se cometen por algunos regímenes, grupos, etc., y frente a los cuales la sociedad mundial no puede ser ajena, toda vez que son una afrenta a la dignidad de la raza humana, hecho éste que por sí solo justifica una intervención internacional en procura de una sanción efectiva para los responsables de perpetrar tales atrocidades."⁷

Señala el Procurador que el objetivo principal de la Corte Penal Internacional, de acuerdo a lo establecido por el Estatuto de Roma, consiste en:

"(¿)asegurar que los autores de los crímenes más graves y de trascendencia para la comunidad internacional sean sometidos a la acción de la justicia y como tal, efectivamente castigados, entre otros, para prevenir nuevos crímenes. Haciendo énfasis en el carácter complementario de esta jurisdicción frente a la jurisdicción penal de cada Estado (Preámbulo del Estatuto) y su naturaleza permanente en oposición a las jurisdicciones *ad hoc* y temporales que fueron reconocidas en el pasado."⁸

Y que por lo tanto, al reconocerse y aceptarse la competencia de la Corte Penal Internacional, no se está renunciando a ejercer el *ius punendi*, uno de los principales atributos propios de la soberanía, sino que al contrario, se reafirma esa potestad, ya que si ella no es ejercida respecto de crímenes contra la humanidad, ésta será desplegada por la comunidad internacional a través de la Corte Penal Internacional. Es decir que la competencia de la Corte sólo se ejerce cuando los Estados Partes, por las razones señaladas en el texto, incumplan su deber de administrar justicia. Es por ello que la Corte es un órgano de administración de justicia supraestatal y el Estatuto de Roma el primer estatuto penal y procedimental de carácter universal aplicable a falta de una jurisdicción penal interna efectiva.

A continuación, en el concepto se describen someramente los principales artículos que componen cuatro partes del Estatuto de Roma, a saber: Parte I: Del establecimiento de la Corte Penal Internacional, Parte II: De la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable, Parte III: De los principios generales de derecho penal, y, Parte IV: De la composición y administración de la Corte.

La presentación del cuerpo y contenido del texto del Estatuto se finaliza enunciando que "el Estatuto de Roma presenta aspectos que, desde la óptica del derecho constitucional colombiano deberían ser analizados. Estos aspectos se refieren específicamente al reconocimiento de jurisdicción en materia penal a un órgano de carácter supranacional y a la incorporación de principios y reglas sustanciales y procedimentales que contienen unos estándares que no son compatibles con los que determinó el Constituyente de 1991, específicamente aquellos que hacen referencia a la imprescriptibilidad de la acción penal; el no reconocimiento de la cosa juzgada en algunos eventos; la inaplicación del principio del *non bis in idem*, en casos específicos; el no reconocimiento de fueros o cargos especiales para la determinación de competencia, etc."⁹

Se detiene en el análisis del reconocimiento de la jurisdicción y competencia de la Corte Penal Internacional a la luz de la Constitución Política. En este acápite señala que para todos los Estados fue un reto de hacer compatible el Estatuto con el derecho interno. En cuanto a Colombia, explica que esto se logró mediante la expedición del Acto Legislativo No. 02 de 2001. Dice que mediante este acto legislativo "el Congreso de la República, en ejercicio de la facultad contemplada en los artículos 114, 374 y 375 de la Constitución Política, decidió adicionar el artículo 93 Superior".

La Vista Fiscal manifiesta que,

"Con esta reforma, entiende el Procurador General de la Nación (E), que la voluntad inequívoca del legislador en ejercicio de su facultad de reformar la Constitución, fue la de reconocer en forma plena y sin salvedad alguna la jurisdicción y competencia de la Corte Penal Internacional, tal como ésta quedó estructurada en el Estatuto de Roma, conclusión a la que se llega de la lectura del inciso primero del Acto Legislativo transcrito y de sus antecedentes legislativos, siempre y cuando los órganos del Estado que deben intervenir en la aprobación de los instrumentos internacionales así lo decidiesen.

Significa lo anterior, que el Constituyente dejó a la decisión del Presidente de la República, como director de las relaciones internacional (artículo 189, numeral 3 de la Carta) y del Congreso de la República como órgano de representación popular (artículos 150, numeral 16 y 224 de la Carta), la decisión política de presentar y aprobar en el orden interno el Estatuto de Roma, opción política de la cual éstos hicieron uso."¹⁰

En lo relativo al control de la Corte Constitucional, el Ministerio Público estima que "éste se debe circunscribir a reconocer que dicha jurisdicción es compatible con la Constitución, por cuanto así lo dispuso el Constituyente derivado al expedir el Acto Legislativo No. 2 de 2001 (¿) cerrando así cualquier debate que sobre el particular se pudiera presentar, razón por la que este Despacho considera que el control constitucional sobre este aspecto queda relevado ante la expedición del mencionado Acto Legislativo.(¿) Así las cosas, se considera que efectuar un análisis de constitucionalidad de cada una de las normas del Estatuto en lo que a esta materia se refiere carece de sentido, dado que ellas han sido aceptadas expresamente por nuestro Constituyente derivado."¹¹

No obstante y en gracia de discusión, destaca que, independientemente de la adopción del Acto Legislativo, el controvertido tema de creación de una autoridad supraestatal, puede entenderse mejor a través del concepto moderno de soberanía el cual "permite la admisión de organismos de carácter supraestatal, ejemplo de ello es el artículo 227 de la Constitución, que expresamente contempla la creación de esta clase de organismos en el marco de la integración Latinoamericana y del Caribe."¹²

Además, manifiesta que independientemente del Acto Legislativo que resuelve la compatibilidad del Estatuto con la Constitución Política, en cuanto a la jurisdicción y competencia de la Corte Penal Internacional, la Corte se soporta sobre tres pilares fundamentales, que permiten concluir que, su reconocimiento en el ámbito del derecho interno hubiere sido posible, aun si no hubiese mediado el acto legislativo. Estos tres pilares son:

Primero, la primacía de la jurisdicción nacional y el carácter subsidiario o complementario a la Corte Penal Internacional. Señala el Procurador que no hay desplazamiento de la jurisdicción interna porque de acuerdo a la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo es claro que la Corte Penal Internacional es un mecanismo adicional a la justicia de los Estados y que como tal,

"(¿) ello no puede entenderse como un desconocimiento del concepto de soberanía, entendida ésta como una cláusula de independencia del Estado y no injerencia en los asuntos internos que a él le atañen (sentencia C-048 de 2001), sin que dicha independencia implique un desconocimiento de las reglas y de los principios de aceptación universal (sentencia C-574 de 1992), y uno de ellos es la responsabilidad de los Estados de juzgar y castigar aquellas conductas que son atentatorias contra la dignidad y preservación del género humano.(¿) para este despacho es claro que el ámbito material de este instrumento internacional no es otro que el de establecer una jurisdicción y una competencia en materia de investigación y juzgamiento de unos determinados delitos que por su trascendencia universal, en términos de la amenaza que ellos constituyen para la paz del mundo y la vida de millones de seres humanos, deben ser castigados por la justicia internacional cuando los aparatos judiciales internos de los países afectados no han cumplido con el deber de hacerlo."¹³

Segundo, la aplicación por el Estado Parte de su legislación interna en materia de sanciones y procedimientos pese a que éstos no contengan las penas del Estatuto (artículo 80). Manifiesta el Jefe del Ministerio Público que el carácter complementario de la Corte Penal Internacional, asegura que los Estados, en la represión, el juzgamiento y la sanción siguen aplicando su legislación interna siempre que ésta castigue en debida forma a los responsables de tales delitos.

"En este sentido, debe entenderse que el Estatuto de Roma es de aplicación exclusiva en el ámbito de la Corte Penal Internacional y no en el de los Estados cuando éstos están haciendo uso de su potestad penal. De ahí, que sea importante destacar que el régimen de excepción que consagra dicho estatuto, en el caso del Estado colombiano, se entiende aceptado bajo el régimen de los juicios que se adelanten ante ese organismo, pero no frente a los que en ejercicio de su deber de represión, siga internamente el Estado colombiano."

Tercero, la interpretación restrictiva del Estatuto respecto del resto de instrumentos internacionales, en especial, aquellos que consagran el reconocimiento y garantía de derechos humanos (artículo 10). En virtud de esta característica del Estatuto, "cuando se trate de conductas diversas a las señaladas en él, el Estatuto de Roma es inaplicable, como también lo es cuando sean los Estados lo que estén aplicando su legislación y jurisdicción."¹⁴

En la cuarta parte del numeral tercero del concepto y habiendo ya analizado la compatibilidad de la jurisdicción y competencia de la Corte Penal Internacional, el Procurador se refiere a las normas que parecen incompatibles con la Constitución, las cuales presenta así:

"i) El artículo 29 que consagra la imprescriptibilidad de la competencia de la Corte Penal Internacional para conocer de los crímenes a los que se refiere el Estatuto de Roma (artículo 5), como la reclusión a perpetuidad según la extrema gravedad del crimen o personalidad del imputado, de que trata el artículo 77. Normas estas que contradicen las garantías contenidas en los artículos 28 y 34 de nuestra Constitución.

ii) El artículo 20 relativo a la cosa juzgada, por cuanto éste consagra dos excepciones a la misma, excepciones éstas que pueden ser contrarias al inciso 4 del artículo 29 constitucional.

iii) El artículo 27, que hace referencia a la improcedencia del cargo oficial, asunto éste que se puede considerarse contrario a las normas constitucionales que reconocen fuero especial de juzgamiento al Presidente de la República, a los Congresistas, a los miembros de la fuerza pública, etc.

iv) El artículo 33 del Estatuto, norma ésta que no admite el principio de la obediencia debida, principio que está reconocido expresamente en nuestra Constitución frente a las fuerzas militares (artículo 91 constitucional). Sin embargo, es de resaltar que la jurisprudencia constitucional ha determinado que dicho principio no es aplicable cuando de crímenes de lesa humanidad, genocidio, desaparición forzada, etc., se trate. Sin embargo, nada se ha dicho sobre los crímenes de guerra."¹⁵

Respecto de la oposición entre estos artículos y la Carta Política, el Procurador explica que esta contradicción fue también resuelta por el Acto Legislativo No. 02 de 2001, al admitir las disposiciones del Estatuto como régimen de excepción frente a la Constitución Política. Su interpretación es la siguiente:

" [Esto] significa, por una parte, que tales mínimos, los del Estatuto, sólo operarán en relación con los delitos cuya investigación y juzgamiento acometa la Corte Penal Internacional y no para cuando el Estado colombiano esté ejerciendo su jurisdicción. Lo cual quiere decir que por fuera de la investigación y juzgamiento de tales conductas por la Corte Penal Internacional, los mínimos contemplados en dicho Estatuto no procederán en nuestro ordenamiento interno, pues la jurisdicción penal que ejerce el Estado colombiano frente a cualquier delito, incluidos aquellos señalados en el artículo 5 del Estatuto de Roma, debe tener como pilar infranqueable las garantías mínimas que nuestra Constitución ha instituido frente al ejercicio de *ius punendi* del Estado."¹⁶

En el último acápite del numeral tercero, el Procurador estudia si el Estatuto de Roma hace parte del bloque de constitucionalidad. Concluye que ello no es posible porque se trata de un tratado internacional que regula lo atinente a la jurisdicción y competencia de una Corte para juzgar y sancionar determinadas conductas delictivas que afectan de manera gravísima derechos fundamentales, y no un tratado de derechos fundamentales. El concepto resume este punto así:

"(¿) el Estatuto de Roma no encaja dentro de las previsiones establecidas por la Constitución y la jurisprudencia constitucional (sentencias C-225 de 1992; C-578 de 1995; C-358 de 1997; T-568 de 1999; C-567 de 2000, entre otras), para la aplicación de la noción de bloque de constitucionalidad, pues no son una sino varias las condiciones jurídicas del Estatuto que no coinciden con los presupuestos constitucionales y jurisprudenciales de esta figura."¹⁷

En efecto, (i) el Tratado no corresponde a un reconocimiento de derechos humanos, es un mecanismo de represión que busca el castigo efectivo de quienes han violado derechos humanos y, (ii) debido a los efectos circunscritos exclusivamente al Estatuto -de acuerdo al acto legislativo- el Estatuto no puede ser fuente de interpretación para los jueces colombianos, cuando éstos ejercen la jurisdicción constitucional.

En el cuarto y último numeral, el concepto del Procurador presenta las siguientes consideraciones finales:

1. La aprobación del Estatuto no desconoce el principio fundamental según el cual las relaciones exteriores del Estado colombiano se fundamentan en la soberanía nacional. Esto, debido al principio de subsidiariedad "que rige la actividad judicial de la Corte Penal Internacional, en virtud de la cual la Corte Penal Internacional es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales."

2. Del principio de "subsidiariedad o complementariedad" se desprende que cuando Colombia, como Estado Parte, acometa la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos tipificados en el Estatuto, nada de lo allí dispuesto tendrá aplicación en el ordenamiento punitivo interno.

3. De acuerdo con las condiciones de admisibilidad ante la Corte, la jurisdicción y competencia nacional priman. Sólo será competente la Corte Penal Internacional cuando Colombia haya incumplido su deber constitucional de administrar justicia.

4. La contradicción entre los presupuestos constitucionales que rigen la jurisdicción y competencia nacionales y las previsiones del Estatuto, no tienen posibilidad de concretarse en la práctica, toda vez que, dado el carácter especialísimo de la Corte Penal Internacional, a los jueces colombianos no les corresponde imponer sanciones por delitos que son competencia de la Corte Penal Internacional, ni a las autoridades penitenciarias ejecutarlas, de acuerdo a lo previsto en los artículos 78 y 103 del ER.

5. El Estatuto de la Corte Penal Internacional no tiene prevalencia en el ordenamiento jurídico interno ya que no es un tratado que reconoce derechos humanos sino un instrumento internacional destinado a establecer la jurisdicción y competencia de un tribunal internacional.

6. Habida consideración de lo anterior, el Estatuto de Roma no hace parte del bloque de constitucionalidad.

7. El Estatuto de Roma no fue incorporado como tal a la Constitución Política mediante el Acto Legislativo No. 02 de 2001, ya que el Constituyente derivado lo que quiso, con la adición al artículo 93 superior, fue autorizar al Estado colombiano para "reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma".

8. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales relacionadas con garantías constitucionales significa que se está ante un régimen de excepción que da un tratamiento más riguroso que el previsto en la Constitución, y que, por lo tanto, no ha de proyectarse sobre la jurisdicción penal colombiana. Debe pues, quedar circunscrito a la jurisdicción especialísima y supraestatal de la Corte Penal Internacional, la cual es, además, subsidiaria a la jurisdicción nacional.

9. "Siendo la materia regulada por el Estatuto de Roma el establecimiento de la jurisdicción y competencia de la Corte Penal Internacional en relación con unas conductas delictivas cuyo tratamiento en materia sustancial es diferente al de las garantías previstas en nuestra Constitución Política y avalado ese tratamiento diferencial por el Constituyente derivado, es de concluir, desde esa perspectiva, que dicho Estatuto es compatible con nuestra Carta Política, porque así lo determinó quien tiene la facultad de definir sus contenidos en razón de la función constituyente reconocida por la propia Constitución."¹⁸

En conclusión de lo expuesto, el Procurador General de la Nación (E), solicita a la Corte Constitucional declarar EXEQUIBLES el Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998) y la Ley 742 de 2002, mediante la cual se aprueba dicho instrumento internacional, de conformidad con el Acto Legislativo No. 2 de 2001.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia de la Corte Constitucional en materia de tratados y de leyes aprobatorias de tratados. Características especiales de la revisión del Estatuto de Roma.

1.1. Los lineamientos generales del control constitucional ordinario.

Por regla general, de conformidad con lo que establece el artículo 241 numeral 10 de la Constitución Política, corresponde a la Corte el examen de la constitucionalidad de los tratados internacionales y de las leyes aprobatorias de los mismos.

Según la sentencia C-468 de 1997,¹⁹ las características de dicho control son las siguientes:

"Este control constitucional de los tratados internacionales se caracteriza porque es previo al perfeccionamiento del tratado, pero posterior a la aprobación del Congreso y a la sanción gubernamental; es automático, por cuanto no está supeditado a la presentación en debida forma de una acción ciudadana sino que la ley debe ser enviada directamente por el Presidente de la República dentro de los seis días siguientes a la sanción gubernamental; es integral, en la medida en que la Corte debe analizar el aspecto formal y material de la ley y el tratado, confrontándolos con todo el texto constitucional; tiene fuerza de cosa juzgada, pues la Corte debe "decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban" (CN art. 241-10), lo que excluye la revisión posterior por vía de acción pública de inconstitucionalidad; y, finalmente, es una condición sine qua non para la ratificación del correspondiente acuerdo, esto es, para que el respectivo convenio pueda surgir como acto jurídico en el ámbito internacional".

Dicho control de constitucionalidad, según la reiterada jurisprudencia de esta Corporación,²⁰ se ejerce después de que el Congreso ha aprobado el proyecto de ley y el Presidente de la República lo ha sancionado, pero antes de su perfeccionamiento a nivel internacional, tal como lo señalan los artículos 150, numeral 16, 189, numeral 2, 224 y 241, numeral 10 de la Carta. Este control tiene también una función preventiva²¹, pues su finalidad es garantizar tanto la supremacía de la Constitución como el cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado colombiano. De ahí que sea automático y general, puesto que se predica de todos los tratados aprobados por el Congreso sin necesidad de demanda ciudadana.

El control de constitucionalidad que ejerce la Corte es, además, tanto de carácter formal como material. Según lo prescrito en el artículo 241 numeral 10 Superior, el control formal de constitucionalidad que la Corte ejerce sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueban, se dirige a verificar el trámite seguido durante la negociación y firma del tratado -esto es, el examen de la validez de la representación del Estado colombiano en los procesos de negociación y celebración del instrumento y la competencia de los funcionarios intervinientes- así como la formación de la ley aprobatoria en el Congreso y la debida sanción presidencial del proyecto correspondiente. En cuanto al examen de fondo, éste consiste en juzgar las disposiciones del texto del tratado internacional que se revisa y el de su ley aprobatoria, respecto de la totalidad de las disposiciones del Ordenamiento Superior, para determinar si las primeras se ajustan o no a la Constitución Política, independientemente de consideraciones de conveniencia y oportunidad, las cuales son extrañas al examen que le compete efectuar a la Corte Constitucional.

Dada la naturaleza especial de las leyes aprobatorias de tratados públicos, el legislador no puede alterar el contenido de éstos introduciendo nuevas cláusulas ya que su función consiste en aprobar o improbar la totalidad del tratado.²² Si el tratado es multilateral, es posible, en principio, introducir reservas, a menos que estén expresamente prohibidas, aun cuando siempre es posible hacer declaraciones interpretativas.²³

1.2 Las características especiales de la revisión del Estatuto de Roma.

Las anteriores consideraciones resumen las características ordinarias y generales del control constitucional sobre los tratados y las correspondientes leyes aprobatorias.

No obstante, respecto del trámite del Estatuto de Roma, el control constitucional que ahora ejerce la Corte difiere del que tradicionalmente ha realizado. Esto en razón de la adopción y vigencia del Acto Legislativo 2 de 2001, por el cual se autorizó al Estado a reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos del tratado firmado el 17 de Julio en la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, a pesar de que algunas de las disposiciones del Estatuto de Roma establecieran un "tratamiento diferente" al previsto por nuestro Ordenamiento Superior.

En efecto, dadas las características especiales del Estatuto de Roma, los Estados han seguido distintos caminos para que sus disposiciones internas sean compatibles con el Estatuto.²⁴ Dentro del conjunto de soluciones para superar los problemas constitucionales relativos a la ratificación del Estatuto, los Estados han optado, entre otras, por alguna de las siguientes alternativas:

- i) La inserción de un nuevo artículo en la Constitución que permita superar todos los problemas constitucionales y evite la tendencia de incluir excepciones a cada uno de los artículos relevantes del Estatuto. Así lo hizo, por ejemplo, Francia, después de la respectiva decisión del Consejo Constitucional.²⁵
- ii) La revisión y modificación de cada uno de los artículos constitucionales relevantes que deban ser cambiados para hacerlos compatibles con el Estatuto. Así lo hizo, por ejemplo, Alemania.²⁶
- iii) La introducción y aplicación de un procedimiento especial de aprobación por el Congreso, como consecuencia de la ratificación del Estatuto, a pesar de que ciertos artículos del Estatuto estén en conflicto con la Constitución respectiva, como lo hizo Países Bajos²⁷
- iv) La interpretación de las disposiciones de la Constitución que estén en conflicto con el Estatuto de Roma, de tal forma que sean compatibles a partir de dicha interpretación. Así ocurrió en España después de la opinión consultiva emitida por el Consejo de Estado.²⁸ Para varios Estados las incompatibilidades son aparentes pues estiman que los valores protegidos por sus constituciones coinciden con las finalidades del Estatuto de Roma.²⁹

En Colombia, el constituyente escogió un camino semejante al de Francia, con la diferencia de que la reforma a la Constitución colombiana es más amplia y se hizo antes de la aprobación del Estatuto y de su revisión por esta Corte.

En efecto, aun cuando los principios de respeto a la dignidad humana y de garantía al goce efectivo de los derechos así como el derecho a acceder a la justicia,³⁰ presentes en la Constitución de 1991, resultan compatibles con los fines que promueve la creación de la Corte Penal Internacional y, además, las disposiciones procedimentales del Estatuto de Roma se basan en su mayoría en los estándares de derecho internacional existentes en materia de procedimiento penal incluidos en tratados internacionales de los que hace parte Colombia,³¹ o en resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas,³² el constituyente derivado consideró que algunas de las disposiciones del Estatuto podían resultar ajenas a la tradición jurídica nacional y a ciertos principios de estirpe constitucional. En particular se interesó por las normas que establecen la posibilidad de imponer la reclusión perpetua como pena, la imprescriptibilidad de las acciones derivadas de la comisión de hechos punibles sancionados en el Estatuto, así como la inmutabilidad de las decisiones judiciales internas. Por esta razón, convino en establecer una adición al artículo 93 de la Carta Política, para facilitar el proceso de ratificación del Tratado de Roma, única y exclusivamente para efectos de la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Con esta perspectiva, un grupo de senadores³³ presentó al Congreso el 15 de marzo de 2001 un proyecto de acto legislativo para facilitar la incorporación del Estatuto de Roma³⁴.

En el informe de ponencia para primer debate, el 9 de abril de 2001, se alude, entre otros asuntos, a la importancia de la ratificación del Estatuto para avanzar en el proceso de paz en Colombia.³⁵ En este informe se identificó una lista de posibles dificultades constitucionales y legales que podrían surgir con la ratificación del Estatuto de Roma, y se propuso una fórmula que superara tales obstáculos.³⁶ Dice la ponencia:

"Por las características especiales del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, el mecanismo más idóneo para incorporarlo a la legislación nacional es la reforma de la Constitución Política, mediante acto legislativo. Al respecto, existe el antecedente de Francia, país en donde el gobierno consideró que la mejor forma de superar los obstáculos constitucionales, planteados por el Consejo Constitucional, era la adición del artículo 53 de la Constitución Política, como en efecto ocurrió".

El proyecto de acto legislativo evolucionó a lo largo de su trámite por el Congreso. Si bien inicialmente su redacción parecía incorporar de manera directa el Estatuto de Roma,³⁷ en el tercero de los ocho debates, luego de un acuerdo con el Gobierno, se propuso un texto mediante el cual se autorizaba al gobierno a ratificar el Estatuto de Roma, pero sin incorporarlo directamente al texto constitucional.³⁸ A este texto se propuso adicionar una disposición transitoria que señalaba un plazo para que el gobierno expidiera las normas de implementación del Estatuto,³⁹ pero esa propuesta fue también rechazada, y en su lugar se aprobó un nuevo texto recogiendo lo ya debatido, mediante el cual se admitía un tratamiento distinto al ordinario para efectos de la aplicación del Estatuto de Roma, que fue la base del acto legislativo finalmente aprobado por el Congreso⁴⁰ como Acto Legislativo 2 de 2001, mediante el cual se adicionó el artículo 93 Superior con dos incisos, cuyo tenor es el siguiente⁴¹:

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

"El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él".

Artículo 2º. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación."

Esta reforma constitucional -que entró en vigor el 27 de diciembre de 2001- contiene cuatro decisiones fundamentales del constituyente derivado. Las dos primeras son de orden competencial. La primera consiste en una autorización al "Estado colombiano" para "reconocer la

jurisdicción de la Corte Penal Internacional" y para hacerlo exactamente en los "términos previstos en el Estatuto de Roma". La segunda es una facultad al Estado para "ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución". Las otras dos son de naturaleza material. La primera permite "la admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución". La segunda limita los alcances de dicho tratamiento diferente, al señalar que éste "tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada" en el Estatuto de Roma.

Además, la ubicación del contenido del Acto Legislativo en el artículo 93 significa que las decisiones mencionadas, en especial las sustantivas, tienen carácter permanente y vocación de continuidad, ya que no se encuentran en la parte de disposiciones transitorias de la Constitución.

Para determinar las particularidades del análisis constitucional del Estatuto de Roma la Corte constata, además, que la finalidad del acto legislativo mencionado fue introducir una base constitucional sólida para que el Estado colombiano pudiera reconocer la competencia de la Corte Penal Internacional en los términos del Estatuto de Roma.⁴²

Dicho acto legislativo también tuvo como finalidad que los tratamientos especiales sólo surtieran efectos dentro del ámbito propio del Estatuto, de ahí que en el inciso segundo de dicho acto se hubiera advertido que la admisión de éstos "tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él", con lo cual se atendieron las inquietudes expresadas a lo largo de los debates por varios congresistas.⁴³

La Corte también subraya que el acto legislativo citado no deroga ni sustituye a la Constitución sino que se incorpora a ella, bajo la técnica de la adición de un artículo constitucional, el 93 de la Carta. Esta adición empieza diciendo que "el Estado colombiano puede" reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional ya que el propósito final del acto legislativo no fue incorporar directamente el tratado a la Constitución ni hacer imperativa su ratificación.⁴⁴

A partir de las consideraciones anteriores, corresponde a la Corte Constitucional precisar el alcance de sus funciones constitucionales en relación con el Estatuto de Roma habida cuenta de la adopción por el constituyente derivado del Acto Legislativo 2 de 2001.

Lo primero que debe hacer la Corte Constitucional en relación con el Estatuto de la Corte Penal Internacional y con su ley aprobatoria es definir el ámbito de su propia competencia. Al hacerlo, encuentra que el fundamento jurídico de la misma está determinado por el artículo 241, numeral 10, que dispone que a esta Corporación le corresponde "[d]ecidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben", y por el artículo 93, que permite al Estado colombiano "ratificar este tratado" con la única condición de hacerlo "de conformidad con el procedimiento establecido en la Constitución".

Por lo tanto, la competencia de la Corte en relación con el control de constitucionalidad comprende resolver si: a) el procedimiento de celebración del tratado y b) el procedimiento legislativo mediante el cual se expidió la ley aprobatoria se ajustaron a la Constitución. El pronunciamiento en torno a estos dos aspectos, se realizará en el apartado 3 de la presente sentencia.

Lo anterior no obsta para que esta Corporación realice un análisis material del Estatuto. En particular, debe a) interpretar los alcances de dicho tratado, b) realizar una descripción y un análisis que permitan armonizar el Acto Legislativo 02 de 2001 con el resto de la Constitución, para luego, a partir de esas premisas, c) delimitar el ámbito especial del Estatuto y d) precisar los "tratamientos diferentes", identificados *prima facie* y en abstracto, independientemente de circunstancias fácticas previsibles, imaginables o hipotéticas.

En este orden de ideas, y dadas las particularidades del análisis material del Estatuto, la Corte, en este caso, se limitará a identificar los tratamientos diferentes, cuando versen sobre una materia sustancial dentro del ámbito de regulación de la competencia de la Corte Penal Internacional, en lugar de pronunciarse sobre inconstitucionalidades, inexequibilidades o incompatibilidades de las normas contenidas en el Estatuto habida cuenta del Acto Legislativo No. 2 de 2001.

Este análisis material, a pesar de sus particularidades, está orientado por dos principios fundamentales, a saber: (i) "garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución", como lo dispone el artículo 2 de la Carta relativo a los fines esenciales del Estado; y (ii) cumplir sus funciones en desarrollo del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público y dentro del respeto a la independencia de los órganos que las componen (artículo 113 C.N.).

Este tipo de análisis del contenido material del Estatuto, para los fines anteriormente enunciados, se hará en el apartado 4 de las consideraciones a la presente sentencia.

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

Antes de proceder a la revisión de la Ley 742 de 2001 y del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la Corte considera necesario precisar el contexto internacional dentro del cual surge este organismo como instrumento para luchar contra la impunidad frente a graves crímenes internacionales que han lesionado la dignidad humana y los derechos humanos y desconocido el derecho internacional humanitario.

2. La creación de la Corte Penal Internacional: principales antecedentes y trascendencia en el contexto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

La creación de una Corte Penal Internacional de carácter permanente e independiente es el resultado de un prolongado proceso de construcción de consensos en el seno de la comunidad internacional en torno a la necesidad de garantizar la protección efectiva de la dignidad humana frente a actos de barbarie y de proscribir los más graves crímenes internacionales. Su establecimiento constituye un avance para la protección efectiva de los derechos humanos y el respeto al derecho internacional humanitario. Con el fin de apreciar la importancia de ese proceso en toda su extensión, la Corte Constitucional hará un breve recuento de la historia de su creación como organismo internacional (apartado 2.1) así como del ámbito general de su competencia material sobre un *core delicta iuris gentium* (apartado 2.2).

El derecho internacional y la creación de una Corte Penal Internacional de carácter permanente

Durante el siglo pasado, millones de seres humanos perecieron como consecuencia de genocidios, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros crímenes graves reconocidos como tales por el derecho internacional. Debido a los limitados instrumentos jurídicos con que contaba el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos para el establecimiento de responsabilidades individuales, los autores de tales conductas rara vez fueron condenados penalmente. Con el fin de romper el ciclo de violencia e impunidad, la comunidad internacional ha estado preocupada por promover la creación de mecanismos jurídicos que permitan asegurar un juicio de responsabilidad por tales conductas, así como la sanción efectiva de sus autores y cómplices, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.⁴⁵ Este movimiento contra la impunidad y a favor de la efectividad de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, ha generado un consenso respecto de la necesidad de crear una instancia internacional de carácter permanente para el juzgamiento de los responsables de crímenes atroces, consenso que ha quedado manifiesto con la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el año 2002, después de haber sido ratificado por más de sesenta Estados, tan sólo cuatro años después de su suscripción en Roma, el 17 de julio de 1998, por 120 Estados. Ello contrasta con el ensayo anterior, respecto del cual no hubo consenso. El intento de la Liga de Naciones para alcanzar la misma meta fracasó: en 1937 fue adoptado un tratado que establecía una Corte Penal Internacional, pero nunca entró en vigor debido a que el número de Estados que lo ratificaron no fue suficiente.⁴⁶

Tradicionalmente las autoridades nacionales han ejercido su jurisdicción penal sobre delitos cometidos en su territorio y, bajo ciertas condiciones, sobre delitos cometidos contra sus nacionales, aun cuando éstos hayan ocurrido por fuera de su territorio. Por su parte, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario han evolucionado hacia el reconocimiento de una jurisdicción penal que tiene la vocación de alcanzar una competencia universal, en todo caso complementaria, sobre los crímenes internacionales más graves, así como el desarrollo de un sistema de derecho penal internacional justo y efectivo.

El primer intento en el siglo XX⁴⁷ por definir la responsabilidad penal individual de orden internacional, así como un tribunal para su juzgamiento, se remonta al final de la Primera Guerra Mundial. Una comisión investigadora internacional fue creada por los Aliados durante la conferencia de paz preliminar en París en 1919, para el juzgamiento del káiser alemán Guillermo II,⁴⁸ así como de oficiales alemanes y turcos por crímenes contra las leyes y costumbres de la guerra.⁴⁹ La comisión completó su informe en 1920, y suministró una lista de 895 presuntos criminales de guerra y formuló cargos específicos contra varios de ellos. Sin embargo, ninguna acción posterior de juzgamiento internacional fue llevada a cabo. Razones de tipo político llevaron a que los Aliados no continuaran con el juzgamiento de los responsables de tales conductas.⁵⁰ No obstante, se acordó que los eventuales responsables alemanes fueran juzgados por cortes alemanas en los llamados "Juicios de Leipzig".⁵¹

Posteriormente, después del fallido intento de la Liga de las Naciones anteriormente mencionado, al final de la Segunda Guerra Mundial, las potencias aliadas firmaron, en enero de 1942, la Declaración de Saint James⁵² para la creación de la "Comisión de las Naciones Unidas de Crímenes de Guerra", un cuerpo investigador intergubernamental, como un primer paso para la conformación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. A pesar de que esta Comisión tuvo poco apoyo político y no contó con suficiente personal investigador ni con fondos suficientes, logró recopilar 8.178 expedientes de presuntos criminales de guerra y sirvió como centro de documentación entre los gobiernos. No obstante lo anterior, la Comisión no tuvo ningún vínculo institucional con los Tribunales Militares Internacional de Nuremberg y para el Lejano Oriente. La Comisión continuó con su trabajo de investigación y posteriormente elaboró una lista de 750 criminales de guerra italianos. Los cargos en su contra incluían el uso ilegal de gas venenoso contra civiles y combatientes en violación del Protocolo de Ginebra de 1925, el asesinato de civiles inocentes y personal protegido, tortura y maltrato a prisioneros, bombardeo de ambulancias, destrucción de propiedad cultural y otras violaciones a las leyes del conflicto armado durante la guerra entre Italia y Abisinia.⁵³

En 1945, mediante el Acuerdo de Londres⁵⁴ se estableció el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, cuyo anexo contenía el estatuto del nuevo tribunal, así como la definición de los crímenes por los cuales serían juzgados, principalmente, los líderes del régimen nazi.⁵⁵ El proceso fue controvertido, no sólo por tratarse de un tribunal de las potencias victoriosas, -para el juzgamiento de criminales por un tribunal establecido mediante un acto que su Estado nacional no había aceptado-, sino porque la regulación misma del tribunal resultaba muy compleja en su esfuerzo de crear un procedimiento que hiciera compatibles los distintos sistemas penales. Algo similar ocurrió con el Tribunal de Tokio,⁵⁶ impuesto unilateralmente por las tropas de ocupación estadounidenses en Japón, el cual, tampoco tuvo aceptación por parte del Estado nacional de los procesados. Por su parte, el Tribunal de Nuremberg culminó con la acusación formal a 19 criminales nazi, 12 de los cuales fueron condenados a pena de muerte por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. El Tribunal de Tokio sólo juzgó crímenes de guerra, y condenó a 25 personas a prisión, pero ninguna cumplió la totalidad de su condena y la mayoría fue liberada hacia finales de la década de los años 50.⁵⁷

Este primer paso, el juicio de criminales de guerra,⁵⁸ fue complementado paulatinamente en convenciones internacionales a partir de 1948;

dentro de ellas fue pionera la Convención contra el Genocidio, ya que prevé la creación de una Corte Penal Internacional.⁵⁹ En la Organización de Naciones Unidas, se le asignó a la Comisión de Derecho Internacional la tarea de desarrollar un Estatuto para una Corte Penal Internacional, pero la "Guerra Fría" no permitió avances en este sentido.⁶⁰ No obstante ese estancamiento, se dieron algunos resultados en materia de cooperación internacional para combatir la impunidad frente a los crímenes más atroces.⁶¹ Sólo después de finalizada la guerra fría fue posible la creación de tribunales internacionales para el juzgamiento de individuos responsables de crímenes atroces.

En 1992, la ejecución de actos resultantes de una política de limpieza étnica entre provincias de Yugoslavia provocó la indignación de la opinión pública internacional y su condena por varias resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos y del Consejo de Seguridad. En Ruanda, una política de exterminio étnico semejante y otros actos atroces también consternaron a la comunidad internacional. En ambos casos, representantes de los Estados y expertos internacionales concluyeron que las situaciones merecían el establecimiento de tribunales penales internacionales, los cuales fueron creados por resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1993 para la ex-Yugoslavia, con sede en la Haya, y en 1994 para Ruanda, con sede en Arusha.⁶²

La solución, a pesar de ser expedita, planteó, sin embargo, varios problemas. En primer lugar, existían cuestionamientos sobre la competencia del Consejo de Seguridad para crear un tribunal internacional particular, en aplicación de sus facultades en materia del mantenimiento de la paz.⁶³ Por otra parte, la creación de los tribunales en los dos Estados afectados implicaba, necesariamente, que la competencia de las jurisdicciones fuese limitada, *ratione loci*, a las violaciones cometidas en el territorio de Yugoslavia y de Ruanda⁶⁴, con lo cual era imposible extender su aplicación a crímenes cometidos en otros territorios.

Estas dos experiencias fortalecieron el consenso internacional en torno a la importancia que tenía para el sistema de protección de derechos humanos y de garantía del derecho internacional humanitario la creación de un tribunal penal internacional permanente, que juzgara a los individuos responsables de crímenes tales como el genocidio, la tortura, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Así, en 1995 la Asamblea General de Naciones Unidas creó un Comité Preparatorio para completar, sobre la base del trabajo reiniciado por la Comisión de Derecho Internacional en 1990 y el borrador adoptado por ella en 1994, el texto del Estatuto de la Corte Penal Internacional que sería adoptado en una conferencia diplomática.⁶⁵

De 1996 a 1998, el Comité Preparatorio realizó 6 reuniones⁶⁶ para discutir la definición de los crímenes, los principios generales del derecho penal, los temas de procedimiento, la cooperación internacional y las penas que podría imponer la Corte Penal Internacional. Finalmente, del 15 de junio al 17 de julio de 1998, con la asistencia de plenipotenciarios de prácticamente todos los Estados y la invitación a organizaciones no gubernamentales de todo el mundo, se aprobó, en la Conferencia de Roma, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y a partir de ese momento se inició una intensa campaña para lograr su ratificación por el mayor número posible de Estados. El 11 de abril de 2002, el Estatuto fue ratificado por el sexagésimo estado. Entró en vigor el 1 de julio de 2002, de conformidad con lo que establece el artículo 126 del mismo, para los Estados que lo ratificaron.

La Corte Penal Internacional fue concebida como un instrumento para combatir la impunidad y lograr el respeto y la efectividad de los derechos humanos básicos, de las leyes de la guerra y del derecho internacional humanitario, incluso dentro de las fronteras de un Estado. Complementa los sistemas penales nacionales en la sanción de los responsables, en la reparación a las víctimas y en el restablecimiento de los derechos, al buscar que quienes sean responsables de cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o el crimen de agresión,⁶⁷ y no hayan sido o no hayan podido ser juzgados en el ámbito nacional, sean juzgados por una Corte Penal Internacional con vocación de universalidad.

El derecho internacional y el desarrollo de un *core delicta iuris gentium*

Otro de los aspectos sobresalientes de la construcción del consenso de la comunidad internacional para la protección de los valores de la dignidad humana y de repudio a la barbarie, es el reconocimiento de un conjunto de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario como crímenes internacionales, cuya sanción interesa a toda la comunidad de naciones por constituir un *core delicta iuris gentium*, es decir, el cuerpo fundamental de "graves crímenes cuya comisión afecta a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las naciones."⁶⁸ En esta sección se describirá brevemente la evolución de ese consenso internacional para proscribir tres de las cuatro categorías de crímenes internacionales recogidas por los artículos 5 a 8 del Estatuto de Roma, así como las dificultades para lograr un acuerdo en torno a la definición del crimen de agresión.

A la par de la evolución de las leyes de la guerra, del derecho internacional humanitario, del derecho de los derechos humanos y de la creación de tribunales internacionales para juzgar a los responsables de crímenes atroces, la comunidad internacional fue llegando a un consenso en torno a la necesidad de proscribir en el derecho internacional los crímenes más atroces, cuya gravedad se podía apreciar por las dimensiones en las que ocurrían, por el impacto profundo que tenían sobre la dignidad humana, o por los devastadores efectos que podían tener sobre la paz, la seguridad o la convivencia de la comunidad de naciones. Ese consenso fue construido a lo largo de varios siglos,⁶⁹ pero su mayor y acelerado desarrollo se dio después de finalizada la Segunda Guerra Mundial.

La adquisición de compromisos internacionales para proteger valores y bienes jurídicos considerados por la comunidad internacional como especialmente importantes y sancionar penalmente a los infractores, no es un fenómeno reciente. A principios del siglo XIX en el Acta Final del Congreso de Viena de 1815, relativo a la trata de esclavos, se proscribió la esclavitud y se afirmó que el propósito buscado era el de "ponerle fin a un flagelo que desde hace tanto tiempo desoló al África, degradó a Europa y afligió a la humanidad", como una elocuente forma de expresar respeto por valores universales de la humanidad. Ese rechazo quedó plasmado posteriormente en la Convención sobre la Esclavitud de 1927.⁷⁰ Otro ejemplo, anterior inclusive a la proscripción de la esclavitud, y también de origen consuetudinario, fue la sanción de la piratería en alta mar,

cuya persecución internacional requería no sólo el reconocimiento de una jurisdicción universal,⁷¹ sino también el desarrollo de instrumentos de cooperación para lograr su sanción efectiva.⁷²

Además de la prohibición de estas dos conductas, los Estados consideraron necesario regular el uso de la fuerza, no sólo con el fin de garantizar la preservación de la paz y prevenir los conflictos armados entre las naciones,⁷³ y acordaron que ciertos métodos y armas resultaban inaceptables aun durante la guerra. Como consecuencia de ello, se establecieron reglas para garantizar, por ejemplo, un tratamiento digno a los prisioneros de guerra y se prohibió el uso de ciertas armas que pudieran causar daños indiscriminados o innecesarios. Este aspecto del derecho de la guerra, relativo principalmente a los métodos para conducirla, fue recogido por los Convenios de la Haya de 1899 y 1907, y los Convenios de Ginebra de 1925 y 1929, que fueron la base para el juzgamiento de los criminales de guerra en los Tribunales de Nuremberg y Tokio.⁷⁴

Los mayores avances en la concreción del concepto de responsabilidad penal individual en el derecho internacional y en la definición de crímenes internacionales, cuya sanción interesaba a toda la comunidad internacional se logra a partir de 1946, con la creación del Tribunal Militar de Nuremberg y los demás Tribunales Militares creados en la post guerra, así como con la decisión de las Naciones Unidas de establecer una Comisión de Derecho Internacional para la elaboración de un código de delitos contra la paz y la seguridad del género humano, fundado en los principios desarrollados en el Tribunal de Nuremberg, cuyos primeros resultados se dieron en 1950.⁷⁵ No obstante, la falta de consenso para lograr una definición del crimen de agresión,⁷⁶ llevó a que en lugar de la adopción de un código, se optara por instrumentos internacionales separados, para la sanción de distintas conductas cuya gravedad les daba la categoría de crímenes internacionales.⁷⁷

La evolución de varios de estos crímenes fue acogida por el Estatuto de Roma en sus artículos 6 a 8. No obstante, si bien el Estatuto de Roma recoge el consenso internacional para la definición de tales crímenes, también establece ámbitos y contenidos específicos para su aplicación por la Corte Penal Internacional, tal como se analizará en la sección 4.4.1. de esta sentencia. Por ejemplo, cuando se trata de la comisión de actos de tortura u homicidios, la mera comisión de estos actos es insuficiente para que se configure el crimen internacional de competencia de la Corte Penal Internacional. Se requiere un elemento adicional: que la acción esté dirigida contra un grupo con la intención de destruirlo, como ocurre en el caso del genocidio; que la acción revista un patrón sistemático o generalizado basado en la característica civil de las víctimas, como sucede con los crímenes contra la humanidad; que la acción ocurra durante un conflicto armado, como se especifica para los crímenes de guerra;⁷⁸ o, finalmente, que la acción destruya sin base jurídica legítima una situación de paz como sucede en los crímenes contra la paz o el crimen de agresión.

Hasta hace medio siglo las diferencias entre estas cuatro categorías de crímenes no eran tan claras, sin embargo, los elementos específicos y distintivos establecidos en el Estatuto de Roma recogen la evolución de tales crímenes hasta su definición actual. Por ejemplo, la definición de crímenes contra la humanidad en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg exigía, necesariamente, la conexión con crímenes de guerra o crímenes contra la paz.⁷⁹ Sin embargo, esta conexión no se exige en el Estatuto del Tribunal de Ruanda.⁸⁰ En otro sentido, la evolución de los llamados crímenes de guerra ha conducido a que estos no dependan de la naturaleza internacional del conflicto. De tal forma que los crímenes de guerra pueden ser cometidos en el contexto de un conflicto armado interno.⁸¹ Por otra parte, el crimen de agresión, aun cuando no existe todavía consenso sobre una definición precisa de éste, corresponde a una acepción moderna y restringida de la expresión "crímenes contra la paz" empleada en los Estatutos de los Tribunales de Nuremberg y Tokio.

En el Estatuto de Roma se agrupa este cuerpo de crímenes internacionales en cuatro categorías y cada una de ellas comprende una variedad de actos, como el homicidio, el *apartheid*, la desaparición forzada o la tortura. A continuación se hace una breve referencia a la evolución de cada una de las cuatro categorías de crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional.

La primera de estas categorías es el genocidio, conocido como el "crimen de crímenes".⁸² El término genocidio tiene sus orígenes en los trabajos de Raphaël Lemkin, quien enfatizó que el elemento que distinguía al genocidio de otros crímenes era la existencia de un plan sistemático para destruir las bases esenciales de un grupo con el fin de eliminarlo.⁸³ Su reconocimiento como categoría legal ocurrió en el contexto del Tribunal de Nuremberg y aun cuando en el Estatuto no se emplea la expresión genocidio, ni ninguno de los criminales nazis fue condenado en Nuremberg por genocidio, la definición de crímenes contra la humanidad que se utiliza en el artículo 6 (c) del mismo, cobija varios de los actos que hoy en día hacen parte de la definición legal de genocidio. A pesar de que el genocidio se considera como el crimen más atroz y que el mundo ha sido testigo de muchos actos de genocidio ocurridos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, han sido pocas las condenas por este crimen.⁸⁴

Luego de que la Asamblea General de las Naciones Unidas declarara en 1946 que el genocidio era un crimen internacional,⁸⁵ se iniciaron los trabajos para la redacción de un instrumento convencional que lo proscribiera definitivamente, tarea que concluyó con la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio,⁸⁶ cuya principal finalidad fue evitar que quedaran impunes los autores y ejecutores de políticas de exterminio contra comunidades específicas, identificables por atributos relativamente inmutables y estables, tales como la raza, el origen nacional o étnico y la religión, que facilitaran su individualización del resto de la población, tal como sucedió durante la Segunda Guerra Mundial.⁸⁷ De ahí que la definición de genocidio haya recogido el consenso alcanzado hasta ese momento en el derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, no protegiera planes de exterminio dirigidos contra grupos políticos.

El reconocimiento de la prohibición del genocidio como norma de *ius cogens* lo hizo la Corte Internacional de Justicia,⁸⁸ en su Opinión Consultiva sobre las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio⁸⁹, donde dijo:

"Los orígenes de la Convención muestran que la intención de las Naciones Unidas consistía en condenar y castigar el genocidio como "un crimen bajo Derecho internacional" que involucra una negación al derecho de existir de grupos enteros de seres humanos, una negación que conmociona la conciencia de la raza humana y genera grandes pérdidas para la humanidad, y que es contraria a la ley moral y al espíritu y

objetivos de las Naciones Unidas (resolución 96(II) de la Asamblea General, Diciembre 11 de 1946). La primera consecuencia que surge de esta concepción es que los principios presentes en la Convención son principios que son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados al margen de cualquier vínculo convencional. Una segunda consecuencia es el carácter universal tanto de la condena al genocidio y de la cooperación requerida para "liberar a la raza humana de tan odioso escarmiento" (Preámbulo de la Convención)." (subrayado agregado al texto)

Junto al reconocimiento del genocidio como el crimen de crímenes contra la humanidad, los Estados acordaron la prohibición de otras conductas también consideradas como atroces, cuya sanción se lograría a través de jueces nacionales o de tribunales internacionales.

Una definición incipiente de crímenes de guerra se encuentra en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, que recogió algunas de las prohibiciones establecidas en los Convenios de la Haya de 1899 y 1907 y de Ginebra de 1925 y 1929, ya mencionadas. Ese conjunto de conductas consideradas como crímenes internacionales se fue ampliando posteriormente, y, así, en 1949, cuando se aprueban los Cuatro Convenios de Ginebra,⁹⁰ se incluye en el artículo 3 común de dichos Convenios un listado de conductas realizadas durante un conflicto armado que se estiman atroces.⁹¹ A diferencia del llamado derecho de La Haya, relativo principalmente a los métodos de la guerra y al comportamiento de los combatientes, el llamado derecho de Ginebra se refiere principalmente a la protección de personas y bienes especialmente valiosos para la comunidad. Ese listado fue ampliado posteriormente por los Protocolos I y II de 1977, adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, y su aplicación era posible tanto en conflictos armados de carácter internacional como interno, y luego, recogido por los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda.

En cuanto a la evolución del concepto de crímenes de lesa humanidad, este cubre un conjunto de conductas atroces cometidas de manera masiva o sistemática, cuyo origen es principalmente consuetudinario, y que han sido proscritas por el derecho internacional desde hace varios siglos. Aun cuando en un principio se exigía su conexidad con crímenes de guerra o contra la paz, esta condición ha ido desapareciendo.

El primer intento moderno para imputar responsabilidad penal individual tiene lugar durante la Primera Guerra Mundial. A pesar de que en 1919, durante la Conferencia de Paz, las Potencias Aliadas encontraron que hechos como la masacre de armenios por parte de los turcos y otros de similar gravedad eran "violatorios de las leyes y costumbres de guerra y de las leyes elementales de humanidad", el Tratado de Versalles no ordenó la realización juicios de responsabilidad penal contra sus autores, por considerar que el concepto de leyes de humanidad señalaba un asunto de carácter moral respecto del cual no existía un estándar fijo que permitiera su juzgamiento por una corte.⁹²

La noción moderna de crímenes contra la humanidad nace en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y está contenida en su artículo 6(c) que incluye las siguientes conductas: "asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano cometido contra una población civil, antes o durante el curso de una guerra, así como persecuciones sobre bases políticas, raciales o religiosas, ejecutados en conexión con cualquier otro crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal, haya existido o no violación del derecho interno del Estado donde fueron perpetrados."⁹³ Aun cuando la mayor parte de las violaciones imputadas a criminales nazis fueron crímenes de guerra cuyo origen estaba en el derecho de la Haya, la consagración de esta nueva categoría de crímenes contra la humanidad era necesaria para poder extender la responsabilidad penal de altos oficiales nazis por actos cometidos contra la población civil. El problema que planteaba esta nueva categoría era que se acusara a los Aliados de juzgar *ex post facto* si se hacía una interpretación estricta del principio de legalidad. Con el fin de evitar ese cuestionamiento, se optó por establecer una conexión con los crímenes de guerra y contra la paz. La extensión de la responsabilidad penal se sustentó en el reconocimiento de que la aplicación de ciertas provisiones sobre crímenes de guerra, se aplicaban a civiles y otras personas protegidas, por lo cual su sanción se justificaba si existía una conexión con algún crimen de guerra o contra la paz de competencia del Tribunal de Nuremberg.⁹⁴ Este desarrollo permitió el juzgamiento de 18 líderes nazis por crímenes contra la humanidad, de los cuales 16 fueron condenados y dos (Hess y Fritzsche) fueron exonerados. Dos de los 16 condenados (Streicher y von Schirach) fueron condenados exclusivamente por crímenes contra la humanidad.⁹⁵ Bajo la Ley No. 10 del Consejo de Control, los Aliados juzgaron oficiales y soldados alemanes en sus respectivas zonas de ocupación por crímenes contra la humanidad, pero sin la exigencia de conexidad de los crímenes contra la humanidad con la iniciación de la guerra o con los crímenes de guerra, que fue eliminada por la Ley 10.⁹⁶ Debido a que muchos criminales nazis se ocultaron para evitar su juzgamiento, varios Estados mantuvieron abiertos, por años los procesos criminales iniciados a principios de los años 50. Así, por ejemplo, durante la década de los años 80 y principios de la década de los 90, Francia juzgó a Klaus Barbie y a Paul Touvier por crímenes contra la humanidad.⁹⁷

Por fuera del contexto de la Segunda Guerra Mundial, otros estados han juzgado crímenes atroces contra la humanidad, como es el caso de Latvia y Estonia que juzgaron oficiales de policía por asesinato, tortura y deportaciones forzadas. En Etiopía los líderes del régimen *Dergue* también fueron procesados por crímenes atroces contra la humanidad.⁹⁸ Durante el debate de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad,⁹⁹ se propuso eliminar el requisito del nexo de los crímenes de lesa humanidad con la guerra. Finalmente, se aceptó que tales crímenes podían cometerse "tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz"¹⁰⁰, definición que, a pesar de los esfuerzos, no eliminó totalmente el nexo con la guerra. Este nexo se mantuvo en el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia, pero no para el Tribunal de Ruanda.¹⁰¹ En el Estatuto de Roma optó por desvincularlos de la existencia de un conflicto armado. Respecto de estas conductas existe consenso sobre su carácter de normas de *ius cogens*.¹⁰²

En cuanto al crimen de agresión, no existe aun consenso sobre su contenido expreso como crimen internacional, a pesar de los esfuerzos del derecho internacional para regular el uso de la fuerza como medio para que los Estados hagan valer sus derechos y protejan sus intereses¹⁰³ y de su prohibición expresa en la Carta de Naciones Unidas.¹⁰⁴ Un primer intento por la consagración de la responsabilidad penal individual por agresión se encuentra en la Primera Guerra Mundial en el Tratado de Versalles, para el juzgamiento del Kaiser Guillermo "por una ofensa suprema contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados."¹⁰⁵ Posteriormente, en los Tribunales de Nuremberg y Tokio, los jefes y

organizadores del Eje fueron procesados y sancionados por "crímenes contra la paz", definidos por el artículo 6(a) del Estatuto de Nuremberg como "la planeación, preparación, iniciación o libramiento de una guerra de agresión o una guerra en violación a tratados internacionales, acuerdos, o garantías".¹⁰⁶ No obstante, esta definición no precisó las características de la agresión como crimen que generara responsabilidad individual. Los esfuerzos posteriores por definir el crimen agresión se apartaron y se concentraron en la definición del término agresión, sin definir sus elementos para efectos penales.¹⁰⁷ Ello explica, en parte, la razón por la cual los Tribunales para Yugoslavia y para Ruanda no lo hayan incluido en sus Estatutos, y también el hecho de que tal crimen aun no haya sido precisado en el Estatuto de Roma.

Coetáneamente con el desarrollo y consolidación del derecho internacional humanitario, la Asamblea General de la ONU, adoptó varias declaraciones relativas a la protección de los derechos humanos que fueron cristalizando el consenso internacional de repudio a conductas tales como la segregación racial,¹⁰⁸ la tortura y las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes¹⁰⁹ y que llevaron posteriormente a su consagración convencional y a su reconocimiento como normas de *ius cogens*.

Un ejemplo de ello es la prohibición general de la discriminación racial, plasmada en instrumentos de carácter vinculante, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965.¹¹⁰ Esta sirvió como punto de partida para el posterior reconocimiento del apartheid como crimen internacional.¹¹¹ Fue en 1973, cuando la Asamblea General de la ONU aprobó la Convención sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, en el cual se califican como crímenes de lesa humanidad las políticas y las prácticas de segregación y de discriminación racial implementadas con el fin de mantener la dominación de un grupo racial sobre otro¹¹². Este crimen fue expresamente recogido por el Estatuto de Roma en el artículo 7, literal j) como uno de las conductas que se consideran crímenes de lesa humanidad.

Algo similar ocurrió con la tortura, prohibida por un amplio número de tratados sobre derechos humanos.¹¹³ Su definición como crimen internacional se hizo tanto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes del 10 de diciembre de 1984,¹¹⁴ y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura adoptada en Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985.¹¹⁵ No obstante, ambos tratados tienen un campo de aplicación limitado a las actuaciones de funcionarios o empleados públicos y de las personas que actúan por instigación suya.¹¹⁶

El listado de conductas consideradas como crímenes internacionales, cuya sanción le interesa a la comunidad internacional, se ha ido ampliando con conductas como la desaparición forzada¹¹⁷ o las ejecuciones sumarias,¹¹⁸ y mediante el reconocimiento de una jurisdicción universal para su juzgamiento y sanción, ya sea que hubieren sido cometidas total o parcialmente dentro del territorio de un Estado, por lo cual se han aceptado como respetuosas del derecho internacional su juzgamiento incluso por fuera de la jurisdicción de dicho Estado, ya sea por otros Estados¹¹⁹ o por Tribunales Internacionales.¹²⁰

Colombia hace parte de ese consenso internacional para la lucha contra la impunidad frente a las más graves violaciones a los derechos humanos. Ese compromiso de Colombia se refleja en el hecho de ser parte de los principales instrumentos internacionales que recogen el consenso internacional en esta materia y que han servido de base para la creación de la Corte Penal Internacional. A saber:

- i) Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948, aprobada por la Ley 28 de 1959;
- ii) Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por la Ley 22 de 1981;
- iii) Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, aprobada como legislación interna por la Ley 76 de 1986;
- iv) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo aprobada por la Ley 74 de 1968;
- v) Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972;
- vi) Los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, incorporados a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 5 de 1960: Convenio I, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra;
- vii) Protocolo I Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 11 de 1992;
- viii) Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 171 de 1994;
- ix) Convención sobre la represión y castigo del Apartheid aprobada por la Ley 26 de 1987;
- x) Convención Americana contra la Desaparición Forzada, incorporada a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 707 de 1994.

La importancia de la Corte Penal Internacional

A pesar de que algunos promotores de la creación de una Corte Penal Internacional y varios expertos en derecho penal internacional han manifestado que se hubiera podido avanzar más y que en las negociaciones diplomáticas en Roma se efectuaron concesiones contrarias a la filosofía que inspira su creación, existe un consenso acerca de que el llamado Estatuto de Roma representa un gran paso hacia la protección efectiva de la dignidad del ser humano mediante instrumentos jurídicos internacionales, por numerosas razones de las cuales esta Corte destaca las siguientes.

Primero, por una razón histórica. La creación de una Corte Penal Internacional con jurisdicción permanente marca un hito en la construcción de instituciones internacionales para proteger de manera efectiva el núcleo de derechos mínimos, mediante juicios de responsabilidad penal individual, por una Corte que no es creada *ad hoc*, ni es el resultado del triunfo de unos estados sobre otros al final de una guerra, ni es la imposición de las reglas de unos estados poderoso a los habitantes de otro, como sucedió con los Tribunales Militares de Nuremberg, de Tokio, o más recientemente, en los Tribunales de Ruanda y Yugoslavia, creados mediante resolución del Consejo de Seguridad. A diferencia de sus antecesores, la Corte Penal Internacional surgió del consenso de la comunidad internacional relativo a la creación de una instancia internacional, independiente y de carácter permanente, para el eventual juzgamiento de responsables de graves crímenes internacionales.

Segundo, por una razón ética. Las conductas punibles de competencia de la Corte Penal Internacional comprenden las violaciones a los parámetros fundamentales de respeto por el ser humano que no pueden ser desconocidos, ni aun en situaciones de conflicto armado internacional o interno, los cuales han sido gradualmente identificados y definidos por la comunidad internacional a lo largo de varios siglos con el fin de superar la barbarie.

Tercero, por una razón política. El poder de quienes en el pasado han ordenado, promovido, coadyuvado, planeado, permitido u ocultado las conductas punibles de competencia de la Corte Penal Internacional, también les sirvió para impedir que se supiera la verdad o que se hiciera justicia. La Corte Penal Internacional ha sido creada por un estatuto que cuenta dentro de sus propósitos medulares evitar la impunidad de los detentadores transitorios de poder o de los protegidos por ellos, hasta la más alta jerarquía, y garantizar la efectividad de los derechos de las víctimas y perjudicados a conocer la verdad, a obtener justicia y a recibir una reparación justa por los daños que dichas conductas les han ocasionado, a fin de que dichas conductas no se repitan en el futuro.

Cuarto, por una razón jurídica. El Estatuto de Roma representa la cristalización de un proceso de reflexión, a cargo de juristas de diversas tradiciones, perspectivas y orígenes, encaminado a ampliar el ámbito del derecho internacional con la edificación de un régimen de responsabilidad penal individual internacional respaldado por una estructura orgánica institucionalmente capaz de administrar justicia a nivel mundial, respetando la dignidad de cada nación pero sin depender de autorizaciones políticas previas y actuando bajo la égida del principio de imparcialidad.

Es esta dimensión jurídica la que plantea las cuestiones de orden constitucional que aborda la Corte en la presente sentencia, las cuales se refieren a los elementos medulares de la Constitución puesto que conciernen a la soberanía, a la estructura de poder y a las relaciones entre órganos, así como a la garantía de los derechos.

Clarificados estos aspectos generales pasa la Corte a la revisión formal y material de la Ley 742 de 2002 y del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Para ello, primero examinará el trámite seguido para su aprobación en el Congreso de la República y, posteriormente, analizará la compatibilidad de la ley y el Estatuto con la Constitución. Para esta revisión material del Estatuto se seguirá la siguiente metodología.

En primer lugar, se hará una breve descripción de la estructura del Estatuto de Roma y de su contenido. Luego se procederá a efectuar un análisis constitucional de cada una de las partes del tratado siguiendo el orden en él establecido. Excepcionalmente, cuando la materia así lo exija, dicho análisis recaerá simultáneamente sobre artículos que pertenecen a diferentes partes del Estatuto y que guardan una estrecha relación de conexidad. En segundo lugar, en cada parte, el análisis constitucional se efectuará a su vez en dos etapas. La primera se refiere a las cuestiones generales abordadas en la parte correspondiente y la segunda alude a las cuestiones especiales que requieren un estudio detenido habida cuenta de que pareciera existir una contradicción entre una norma del Estatuto y una disposición constitucional. Entonces, además del examen general de cada una de las partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la Corte se referirá en cada parte a cuestiones especiales que presentan algún problema de constitucionalidad o que hacen necesario un pronunciamiento sobre su alcance y debida interpretación a la luz del derecho constitucional interno. Para el examen constitucional de estas cuestiones especiales la Corte procederá a transcribir el artículo respectivo del estatuto, a considerar su aporte, importancia o función, a formular los problemas jurídicos que presenta y, finalmente, a resolver sobre su compatibilidad con la Constitución.

3. Revisión formal

Esta Corte comparte el criterio del procurador General de la Nación en el sentido que de no presentar vicios de forma, por las siguientes razones.

Competencia del funcionario que suscribió el Convenio en revisión

El Tratado objeto de revisión, fue suscrito en nombre de la República de Colombia por el Embajador Representante Permanente de Colombia ante la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Alfonso Valdivieso Sarmiento, de acuerdo con los poderes conferidos por el Presidente de la República de Colombia y Refrendados por el Ministro de Relaciones Exteriores, el día 3 de diciembre de 1998.

Aprobación Presidencial

El 7 de diciembre de 2001, el Presidente de la República aprobó y ordenó someter a la consideración del Congreso de la República el Estatuto en revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 189, numeral 2, de la Constitución. El decreto correspondiente fue suscrito también por el Ministro de Relaciones Exteriores.¹²¹

Trámite de urgencia del Proyecto de Ley número 221 de 2002 (Senado) - 232 de 2002 (Cámara) y su conformidad con la Constitución Política.

Se analizan a continuación cada una de las etapas del trámite:

3.3.1. La Viceministra de Relaciones Exteriores, Clemencia Forero Ucrós, encarga de las funciones del Despacho del Ministro de Relaciones Exteriores; el Ministro de Justicia y del Derecho, Rómulo González Trujillo y el Ministro de Defensa Nacional, Gustavo Bell Lemus, en nombre del Gobierno Nacional, presentaron el 19 de marzo de 2002 ante la Secretaría General del Senado de la República, el proyecto de ley por medio del cual se solicitaba aprobar el "*El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*", hecho en Roma, el diecisiete (17) de julio de 1997.¹²² El Proyecto de ley fue radicado el 19 de marzo de 2002, bajo el número 221 de 2002, y publicado en la Gaceta del Congreso N° 72, de abril 3 de 2002.

3.3.2. El 19 de marzo de 2002 el Presidente de la República, Andrés Pastrana Arango, solicitó a los Presidentes de la Comisión Segunda y de la Plenaria, tanto del Senado como de la Cámara de Representantes, que de conformidad con los artículos 163 de la Constitución y 191 de la Ley 5ª de 1992, se le diera trámite de urgencia al proyecto de ley, y con este propósito, se convocaron las sesiones conjuntas de las Comisiones Segundas de Senado y Cámara.¹²³

3.3.3. Luego de ser autorizadas las Comisiones Segundas de ambas Cámaras para sesionar conjuntamente,¹²⁴ el 22 de abril de 2002 el Senador Jimmy Chamorro Cruz, Presidente encargado de la Comisión Segunda, autorizó que se repartiera la Ponencia para primer debate del Proyecto de Ley 221 de 2002, Senado - 232 de 2002, Cámara, según lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley 5ª de 1992.¹²⁵ En el expediente reposa copia de la constancia de que la ponencia fue repartida y recibida por cada uno de los senadores miembros de la Comisión.¹²⁶ El mismo 22 de abril, el Presidente de la Comisión Segunda de la Cámara de Representantes, Jaime Puentes Cuellar, autorizó dicho reparto, según certificación que reposa en el expediente, al igual que del reparto de la ponencia y su recibo por cada uno de los miembros de la Comisión.¹²⁷

La Ponencia fue presentada por el Senador Jimmy Chamorro Cruz y los Representantes Maria Eugenia Jaramillo H., Manuel Ramiro Velásquez A., Benjamín Higuera Rivera, Jaime Puentes Cuellar y publicada en la Gaceta del Congreso número 129 de abril 23 de 2002.

3.3.4. El día veinticuatro (24) de abril de 2002, en sesión conjunta de las Comisiones Segundas de Senado y Cámara, el Proyecto de Ley 221 de 2002, Senado - 232 de 2002, Cámara fue debatido y aprobado por unanimidad de los nueve (9) Senadores presentes, en primer lugar, y por los catorce (14) Representantes presentes, posteriormente, según consta en el Acta de la sesión conjunta, suscrita por los Presidentes y Secretarios de ambas Cámaras, y en la certificación de junio 17 de 2002, suscrita por el Secretario de la Comisión Segunda del Senado, Felipe Ortiz Marulanda.¹²⁸

Examinado el anterior procedimiento, encuentra la Corte, que se satisfacen los requerimientos para la aprobación del proyecto en comisión, artículos 145, 157 y 160 de la Constitución.

3.3.5. El Proyecto de Ley 221 de 2002 Senado fue aprobado en segundo debate con el lleno de los requisitos constitucionales, legales y reglamentarios, mediante votación ordinaria y un quórum decisorio de 92 Senadores de 102 que integran la Plenaria de la Corporación, en la sesión ordinaria correspondiente al día 14 de mayo de 2002, como consta en el acta 31 de la fecha, y según lo certifica Luis Francisco Boada Gómez, Secretario General del Senado de la República.¹²⁹

3.3.6. El Proyecto de Ley 232 de 2002 Cámara fue aprobado en segundo debate con el voto de 118 Representantes, en la sesión ordinaria correspondiente al día 16 de mayo de 2002, como lo certifica Angelino Lizcano Rivera, Secretario General de la Cámara de Representantes de la República.¹³⁰

Sanción Presidencial

Una vez enviado por la Cámara de Representantes el Proyecto de Ley 221 de 2002, Senado - 232 de 2002, Cámara, a la Secretaría General del Senado de la República, éste lo remitió al Presidente de la República, quien lo sancionó el día 5 de junio de 2002, como Ley 742 de 2002.

Remisión a la Corte Constitucional

La Presidencia de esta Corporación, recibió el texto de la Ley 742 de 2002, junto con el *Estatuto* que ella aprueba, el doce (12) de junio de 2002, es decir, dentro del lapso de los seis (6) días que señala el artículo 241, numeral 10, de la Constitución. En el oficio remisorio, el Presidente de la República solicita a la Corte Constitucional que estudie la posibilidad de darle al correspondiente proceso de constitucionalidad el trámite de urgencia.

Revisión preliminar de la ley aprobatoria

La Ley 742 de 2002, aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, consta de 3 artículos. En el primero de ellos se aprueba el tratado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150, numeral 16, de la Constitución.

En el segundo se indica que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 7ª de 1944, el estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, obligará al País a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto del mismo. Este artículo sólo reitera que el estado queda obligado desde el momento en que se perfecciona el vínculo, según el derecho internacional y la Constitución; la norma para nada se ocupa de la responsabilidad penal internacional individual.

Por último, el tercer artículo señala que la Ley rige a partir de la fecha de su publicación. No encuentra la Corte vicio de constitucionalidad alguno en tales normas. Éstas corresponden a la estructura de las leyes aprobatorias de tratados y no incluyen disposiciones extrañas a dicha función.

En conclusión, tanto el tratado en revisión como la ley que lo aprueba, por cumplir todos los trámites de carácter formal, son constitucionales, razón por la que la Corte entrará a estudiar el aspecto material del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, confrontándolo con la totalidad de los preceptos constitucionales.

4. Contenido material del Estatuto de Roma incorporado en la Ley 742 de 2002. Análisis relativo a la armonización y a la delimitación de sus alcances

De conformidad con la metodología de análisis señalada por la Corte al final de la sección 2 de esta sentencia, esta Corporación procede a interpretar el contenido del Estatuto de Roma con el fin de armonizar el Acto Legislativo 2 de 2001 y el Estatuto de Roma por él autorizado con el resto de la Constitución. Luego identificará los llamados "tratamientos diferentes", con el fin de delimitar el ámbito especial del Estatuto de Roma respecto del régimen jurídico interno y precisará el ámbito de aplicación de tales tratamientos a la materia regulada en dicho Estatuto. En el evento de que tales tratamientos diferentes existan en materias sustanciales, declarará que ellos han sido autorizados especialmente por el constituyente derivado en el año 2001. En el evento contrario, la Corte no tendrá que subrayar que existe "un tratamiento diferente" autorizado por el acto legislativo citado.

Resumen general del cuerpo del Estatuto

En este apartado se hará una exposición sinóptica del contenido del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional incorporado a la legislación nacional mediante la Ley 742 de 2002 que ahora es objeto de control previo por parte de la Corte Constitucional en los términos del numeral 10 del artículo 241 de la Carta Política y del Acto legislativo 02 de 2001. Ha de señalarse que sólo se hará una exposición general del contenido del Estatuto dejando para cada una de las secciones subsiguientes el análisis detallado del contenido de cada capítulo del Estatuto a la luz de la Constitución Política.

El Estatuto se inicia con un *Preámbulo* en el que los Estados Partes expresan con claridad las consideraciones, motivos y fines que los han animado a acordar la regulación que da vida a un organismo de derecho internacional, "en interés de las generaciones presentes y futuras", de tal forma que una Corte Penal Internacional "de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de Naciones Unidas", tenga la competencia para investigar, juzgar y castigar "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto" y "que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad". De esta manera, los Estados firmantes del Estatuto *reconocen* que los "estrechos lazos" y el "patrimonio común" que unen e identifican a diferentes culturas pueden romperse en cualquier momento; *tienen en cuenta* que durante el presente siglo millones de personas "han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la humanidad"; y *deciden* "poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes" previniendo, por esta vía, su futura comisión, sobre la base de un sistema de cooperación en donde la Corte Penal Internacional será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales".

El cuerpo normativo del Estatuto está compuesto por trece partes cuyo contenido se puede resumir de la siguiente manera:

La primera parte se encarga del *establecimiento* de la Corte. En ella se define la naturaleza de dicha institución internacional (artículo 1 del Estatuto de Roma¹³³); se establece la relación de la Corte con las Naciones Unidas (artículo 2 ER); se fija su sede (artículo 3 ER); y se señalan su condición jurídica y sus atribuciones (artículo 4 ER).

La segunda parte está dedicada a identificar *la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable* por la Corte. Así, se enumeran los cuatro tipos de crímenes que serán de competencia de dicho Tribunal (artículo 5 ER); se definen los componentes básicos de cada uno de ellos (artículos 6 a 8 ER); sus posibilidades de interpretación y reforma (artículos 9 y 10 ER); la competencia temporal de la Corte (artículo 11 ER) y el ejercicio de la misma (artículo 12 ER). De otra parte, se establece la forma de remisión de una situación que uno de los Estados Partes del Estatuto estima debe ser conocida por la Corte (artículo 14 ER); aludiendo a las atribuciones que se le reconocen al Fiscal en ese momento del proceso (artículo 15 ER), y señalando, para el efecto, las condiciones de suspensión de la investigación o enjuiciamiento (artículo 16 ER); las cuestiones de admisibilidad de los asuntos remitidos por los Estados Partes o el Consejo de Seguridad a la Corte (artículo 17 ER); el tipo de decisiones preliminares relativas a la admisibilidad del asunto propuesto (artículo 18 ER); la impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa (artículo 19 ER); el reconocimiento del principio de cosa juzgada como elemento definitorio de la competencia de la Corte (artículo 20 ER); y el derecho aplicable en cada una de las actuaciones de dicha institución (artículo 21 ER).

La tercera parte del Estatuto consagra los *principios generales de derecho penal* que han de servir de referente en la acción de la Corte Internacional de Justicia. Se reconocen, pues, los de *nullum crimen sine lege* (artículo 22 ER); *nulla poena sine lege* (artículo 23 ER); irretroactividad *ratione personae* (artículo 24 ER); el principio de responsabilidad penal individual (artículo 24 ER); la exclusión de menores de 18 años de la competencia de la Corte (artículo 25 ER); el principio de igualdad en la aplicación del Estatuto (artículo 27 ER); la responsabilidad de los jefes y otros superiores ante la Corte por su participación en los delitos que le corresponde conocer (artículo 28 ER); la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte (artículo 29 ER); el principio de intencionalidad (artículo 30 ER); la circunstancias eximentes de la responsabilidad penal (artículo 31 ER); las consecuencias del error de hecho o de derecho en el asunto que es objeto de estudio por parte de la Corte (artículo 32 ER); y el alcance del cumplimiento de las órdenes superiores y las disposiciones legales en la determinación de la responsabilidad penal de un acusado (artículo 33 ER).

La cuarta parte, comprendida por los artículos 34 a 52 del Estatuto, se refiere a *la composición y administración de la Corte*, identificando sus órganos (la presidencia; las secciones de apelaciones, de primera instancia y de cuestiones preliminares; la fiscalía y la secretaría); las calidades y condiciones que han de reunir los magistrados y personas que los conforman; el sistema de reposición de vacantes y las reglas generales de

funcionamiento logístico de cada uno de los cuatro órganos de la Corte, señalando particularmente la independencia de los magistrados en el desempeño de sus funciones (artículo 40 ER), y la atribución que se le reconoce a la presidencia para aceptar las dispensas presentadas por alguno de los magistrados (aplicando las reglas de procedimiento y prueba pertinentes), o al cuerpo de los magistrados para decidir sobre las recusaciones formuladas contra alguno de ellos (artículo 42 ER). En el mismo apartado se dispone la forma de funcionamiento de la secretaría; la conformación del personal de la Corte, su sistema de vinculación y separación del cargo, apuntando, concretamente, las medidas disciplinarias aplicables a las cabezas de cada uno de los órganos de la Corte y sus privilegios e inmunidades entre otras disposiciones de naturaleza específicamente funcional (v.g. sueldos, idiomas oficiales y reglamento de la Corte).

La parte quinta del Estatuto trata sobre la *investigación* y el *enjuiciamiento*. Allí se señala la forma de iniciar la investigación (artículo 53 ER); las funciones y atribuciones del fiscal con respecto a las investigaciones (artículo 54 ER); los derechos de las personas durante la investigación (artículo 55 ER); las funciones y atribuciones de la Sala de Cuestiones Preliminares (artículos 56 y 57 ER); la manera como han de cumplirse las órdenes de detención y comparecencia dictada por esta Sala (artículo 58 ER); y el procedimiento específico de detención en el Estado de detención (artículo 59 ER). Los artículos siguientes de esta parte están destinados a especificar las primeras diligencias de la Corte, de las que se destaca la confirmación de cargos antes del juicio (artículo 61ER).

La parte sexta está dedicada al *juicio*. Señala tanto su lugar físico (artículo 62 ER), como la necesidad de la presencia del acusado en el juicio (artículo 63 ER). Además, el Estatuto especifica con precisión las funciones y atribuciones de la Sala de Primera Instancia (artículo 64 ER); el procedimiento en caso de declaración de culpabilidad (artículo 65 ER); y resalta la íntima relación de este proceso con el principio de presunción de inocencia (artículo 66 ER), que se traduce, ineludiblemente, en el reconocimiento de derechos al acusado (artículo 67 ER). Ahora bien, dentro del conjunto de garantías expresamente reconocidas durante la etapa de juicio, además de las ya señaladas, se destacan la protección de las víctimas y testigos, y su participación en las actuaciones de la Corte (artículo 68 ER); y las reglas relativas a la práctica de las pruebas (artículo 69 ER), la protección de la información que afecte la seguridad nacional (artículo 72 ER) y, la información y documentos de terceros (artículo 73 ER).

Establecido el *iter* procesal que ha de recorrerse en la etapa del juicio se señalan, finalmente, los requisitos para el fallo (artículo 74 ER); la reparación de las víctimas (artículo 75 ER); y las características específicas de un fallo condenatorio (artículo 76 ER). En este apartado del Estatuto también se hace referencia a la existencia de delitos contra la administración de justicia en los que se puede incurrir, siempre y cuando se cometan intencionalmente (artículo 70 ER); y a las sanciones por faltas de conducta en la Corte (artículo 71ER).

La séptima parte trata lo referente a las *penas* en los artículos 77 a 80, las define y alude a su imposición y a la forma de cumplimiento por parte de los Estados Partes y sus respectivas legislaciones nacionales.

A la *apelación* y a la *revisión* está dedicada la parte octava. Se indica aquí la posibilidad de apelación del fallo absolutorio o condenatorio o de la pena distinguiendo las personas que pueden hacerlo y las razones que pueden ser invocadas para el efecto (artículo 81 ER); la forma de apelación de otras decisiones (artículo 82 ER); el procedimiento de apelación (artículo 83 ER); el mecanismo de revisión del fallo condenatorio o de la pena (artículo 84 ER); y la eventual indemnización del detenido o condenado cuando tales hechos hayan sido el resultado de una actuación ilegal.

La parte novena toca los asuntos relativos a la *cooperación internacional* y la *asistencia judicial* a partir de una obligación general de cooperar que se predica de los Estados Partes y que se rige por unas disposiciones generales, y por unos procedimientos aplicables en el derecho interno consagrados en los artículos 87 y 88 del Estatuto. Esta parte aborda fundamentalmente tres materias. La primera hace alusión a la entrega de personas a la Corte (artículo 89 ER) que supone la existencia de una solicitud de detención y entrega (artículo 91 ER); y la resolución de problemas que puede generar la existencia de solicitudes concurrentes de extradición y entrega (artículo 90 ER). Al respecto, se regula la detención provisional hasta que se presente la solicitud de entrega (artículo 92 ER). La segunda se refiere a otras formas de cooperación, como las solicitudes de asistencia para los fines enumerados y no prohibidos por la legislación del Estado requerido, cuya forma de operación está prevista en los artículos 93 y 96 a 99 y cuya posibilidad de aplazamiento de la ejecución se regula en los artículos 94 y 95. Finalmente, esta parte termina con una serie de disposiciones que tienen por objeto hacer posible material y jurídicamente el procedimiento de solicitud y entrega de personas a la Corte fijando la manera de responder por los gastos de dicho procedimiento (artículo 100 ER); así como con la enunciación del principio de especialidad en la materia, de tal forma que la persona que se pone a disposición de la Corte no puede ser procesada, castigada o detenida por una conducta anterior a su entrega, "a menos que esta constituya la base del delito por el cual haya sido entregada" (artículo 101 ER).

La parte décima se refiere a la *ejecución de la pena*. Define la función de los Estados al respecto (artículo 103 ER), la cual se desarrolla luego detalladamente en los artículos 104 a 109 en los que se prevé la forma de ejecución de las distintas sanciones, el examen de la reducción de las mismas (artículo 110 ER) y lo que habrá de hacerse en caso de evasión de un condenado (artículo 111 ER).

De la *asamblea de los Estados Partes* se encarga la parte undécima del Estatuto estableciendo sus atribuciones específicas, sus órganos subsidiarios, el régimen de sus sesiones, el quórum decisorio, y el ejercicio del derecho al voto, así como los idiomas oficiales y de trabajo (artículo 112 ER).

La parte décimo segunda está consagrada a la *forma de financiación* de la Corte. Esboza en los artículos 113 a 118, entre otras cosas, la necesidad de un reglamento financiero, el pago de gastos, la existencia de contribuciones voluntarias, la composición de los fondos de la Corte y la comprobación anual de cuentas.

Finalmente, la parte décimo tercera se ocupa de la fijación de las disposiciones finales que tienen que ver con la solución de controversias que surjan en ejercicio de las funciones judiciales desarrolladas por la Corte (artículo 119 ER); la prohibición de presentar reservas al Estatuto (artículo 120 ER); el régimen de enmiendas (artículos 121 y 122 ER); la posibilidad de revisar el Estatuto (7 años después de su entrada en vigor en los términos del artículo 123 ER); las disposiciones de transición y la firma, certificación, aceptación, aprobación o adhesión del Estatuto (artículo 125 ER); el momento de entrada en vigor (artículo 126 ER); y su denuncia (artículo 127 ER).

Como se advirtió, los siguientes apartados de esta sentencia estarán dedicados al estudio detallado del contenido e implicaciones del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el marco del Ordenamiento Superior establecido por la Constitución Política.

Preámbulo

Como ya se anotó, el *Preámbulo* del Estatuto expresa con claridad las consideraciones, motivos y fines que animaron a los Estados a acordar la regulación que da vida a un organismo de derecho internacional, "en interés de las generaciones presentes y futuras", de tal forma que una Corte Penal Internacional "de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de Naciones Unidas", tenga la competencia para investigar, juzgar y castigar "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto" y "que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad". También resalta que dicho organismo tendrá una jurisdicción "de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas".

Aun cuando la jurisprudencia y la doctrina internacionales consideran que el Preámbulo de un tratado carece de fuerza jurídica vinculante, su texto constituye un conjunto de criterios para la interpretación del mismo.¹³²

Los fines enunciados en el Preámbulo del tratado desarrollan principios de la Carta, como quiera que la efectividad de "los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución", se satisface cuando se desarrollan instrumentos eficaces para la lucha contra la impunidad, se garantiza el acceso a la justicia y se "asegura la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo" (artículo 2, CP). Los fines que orientarán el ejercicio de las funciones de la Corte Penal Internacional, reafirman la inviolabilidad del derecho a la vida (artículo 11, CP), garantizan la igualdad de las personas (artículo 13) y confirman el rechazo a la tortura, a la desaparición forzada (artículo 12, CP), a la esclavitud, a la servidumbre y a la trata de seres humanos en todas sus formas (artículo 17). Encuentra esta Corte, por lo tanto, que el Estatuto de Roma está inspirado en valores que no difieren de aquellos que orientan nuestro ordenamiento constitucional, y representa una cristalización del consenso internacional en torno al deber de protección de los seres humanos como un compromiso compartido por la comunidad de Estados. Precisamente, es este uno de los fines del Estado colombiano, según el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución.

Parte I: Del Establecimiento de la Corte Penal Internacional como órgano vinculado a las Naciones Unidas y de carácter complementario

4.1.1. Cuestiones Generales

Los artículos 1 a 4 del Estatuto se refieren al establecimiento de la Corte Penal Internacional como organización de carácter permanente, de competencia complementaria de los sistemas penales nacionales y con jurisdicción sobre individuos, respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional (Artículo 1, ER). Igualmente, describe de manera general su relación con el sistema de Naciones Unidas, como organismo vinculado a éste por un acuerdo que deberán aprobar los Estados Partes en Asamblea (Artículo 2, ER); señala además que su sede estará en La Haya (Artículo 3, ER) y define su condición jurídica y sus atribuciones como persona jurídica de derecho internacional (artículo 4, ER).

De la personalidad jurídica y atribuciones de la Corte Penal Internacional, enunciadas en el artículo 4, se derivan al menos dos consecuencias importantes para ella:¹³³ 1) el poder para celebrar tratados;¹³⁴ y 2) el ser sujeto de responsabilidad internacional.¹³⁵ Estas dos características le darán a la Corte la posibilidad, entre otras, de concertar acuerdos de cooperación con los Estados o con otras organizaciones internacionales que faciliten sus labores y de gozar de derechos, así como de adquirir obligaciones para el cumplimiento de sus funciones. Estas dos características, además, le confieren la independencia necesaria para el logro de sus fines de lucha contra la impunidad y de garantía de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Ello resalta que las relaciones de Colombia con la Corte Penal Internacional se basan en la expresión soberana del consentimiento del Estado para obligarse, así como en principios de derecho internacional tales como el de la buena fe en el cumplimiento de los compromisos adquiridos y de cooperación internacional, aceptados por nuestro país (artículo 9 CP).

La posibilidad de que Colombia se convierta en miembro de un organismo internacional mediante la ratificación del tratado constitutivo del mismo, es desarrollo de lo previsto en nuestro ordenamiento constitucional, pues de conformidad con el artículo 9 Superior, "las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional (...) y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia", dentro de los cuales se encuentran el principio de *pacta sunt servanda*.¹³⁶

De conformidad con este principio, un Estado sólo se vincula internacionalmente cuando expresa su consentimiento en obligarse para determinados fines, como en este caso, para constituirse en Parte de un organismo internacional creado mediante tratado y, como consecuencia de ello, se compromete de buena fe a cumplir las obligaciones que surgen de dicho tratado. La expresión de ese consentimiento reitera el carácter soberano de Colombia como Estado y su capacidad para adquirir obligaciones en el ámbito internacional. En el ejercicio de tal facultad, el Estado puede, autónomamente, aceptar limitaciones al ejercicio de su soberanía, y como lo autorizan los artículos 226 y 227 de la Constitución, llegar incluso hasta a ceder competencias propias que podrán ser ejercidas por organismos supranacionales.¹³⁷ El Estatuto no llega a tanto ya que no supone que el Estado ceda competencias pero, para proteger los derechos, sí limita el ejercicio de algunas de ellas, como se verá posteriormente.

No obstante, dos puntos de particular importancia sobresalen en esta Parte. Ellos guardan relación estrecha con artículos de la Parte II del Estatuto y por lo cual se hará una revisión integral de las normas pertinentes de ambas Partes del Estatuto. El primero de los puntos se refiere al carácter complementario de la competencia de la Corte Penal Internacional (Artículo 1, ER). El segundo versa sobre las relaciones que tendrá la Corte Penal Internacional con el sistema de Naciones Unidas (Artículo 2, ER). Por la trascendencia de estas dos cuestiones, procede la Corte a hacer un análisis detallado de ellas.

4.1.2. Cuestiones Especiales

4.1.2.1. La competencia complementaria de la Corte Penal Internacional

El artículo 1 del Estatuto de Roma, dice de manera general que la competencia de la Corte Penal Internacional tiene carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. El alcance de este principio orientador de la Corte, es posteriormente desarrollado en los artículos 17 y 19, Parte II del Estatuto de Roma, y también por el artículo 20, que regula el principio de la cosa juzgada. Con el fin de facilitar la comprensión de ese principio, así como de sus implicaciones, por razones metodológicas, el análisis de estas cuatro disposiciones se hará de manera conjunta. Aun cuando otras disposiciones del Estatuto de Roma también guardan relación con el principio de complementariedad, tal como el inicio de investigaciones de oficio por parte del Fiscal, regulado por los artículos 13, 14 y 15, estos artículos serán examinados en el acápite de esta sentencia correspondiente a la Parte II.

Los artículos 1, 17, 19 y 20 del Estatuto de Roma se transcriben a continuación y se resaltan algunos apartes particularmente importantes:

Artículo 1. La Corte.

(...) La Corte (...) tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto.

Artículo 17. Cuestiones de admisibilidad

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 19. Impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa

1. La Corte se cerciorará de ser competente en todas las causas que le sean sometidas. La Corte podrá determinar de oficio la admisibilidad de una causa de conformidad con el artículo 17.

2. Podrán impugnar la admisibilidad de la causa, por uno de los motivos mencionados en el artículo 17, o impugnar la competencia de la Corte:

a) El acusado o la persona contra la cual se haya dictado una orden de detención o una orden de comparecencia con arreglo al artículo 58;

b) Un Estado que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes; o

c) Un Estado cuya aceptación se requiera de conformidad con el artículo 12.

3. El Fiscal podrá pedir a la Corte que se pronuncie sobre una cuestión de competencia o de admisibilidad. En las actuaciones relativas a la competencia o la admisibilidad, podrán presentar asimismo observaciones a la Corte quienes hayan remitido la situación de conformidad con el artículo 13 y las víctimas.

4. La admisibilidad de una causa o la competencia de la Corte sólo podrán ser impugnadas una sola vez por cualquiera de las personas o los Estados a que se hace referencia en el párrafo 2. La impugnación se hará antes del juicio o a su inicio. En circunstancias excepcionales, la Corte podrá autorizar que la impugnación se haga más de una vez o en una fase ulterior del juicio. Las impugnaciones a la admisibilidad de una causa hechas al inicio del juicio, o posteriormente con la autorización de la Corte, sólo podrán fundarse en el párrafo 1 c) del artículo 17.

5. El Estado a que se hace referencia en los apartados b) y c) del párrafo 2 del presente artículo hará la impugnación lo antes posible.

6. Antes de la confirmación de los cargos, la impugnación de la admisibilidad de una causa o de la competencia de la Corte será asignada a la Sala de Cuestiones Preliminares. Después de confirmados los cargos, será asignada a la Sala de Primera Instancia. Las decisiones relativas a la competencia o la admisibilidad podrán ser recurridas ante la Sala de Apelaciones de conformidad con el artículo 82.

7. Si la impugnación es hecha por el Estado a que se hace referencia en los apartados b) o c) del párrafo 2, el Fiscal suspenderá la investigación hasta que la Corte resuelva de conformidad con el artículo 17.

8. Hasta antes de que la Corte se pronuncie, el Fiscal podrá pedirle autorización para:

a) Practicar las indagaciones necesarias de la índole mencionada en el párrafo 6 del artículo 18;

b) Tomar declaración a un testigo o recibir su testimonio, o completar la recolección y el examen de las pruebas que hubiere iniciado antes de la impugnación; y

c) Impedir, en cooperación con los Estados que corresponda, que eludan la acción de la justicia personas respecto de las cuales el Fiscal haya pedido ya una orden de detención en virtud del artículo 58.

9. La impugnación no afectará a la validez de ningún acto realizado por el Fiscal, ni de ninguna orden o mandamiento dictado por la Corte, antes de ella.

10. Si la Corte hubiere declarado inadmisibles una causa de conformidad con el artículo 17, el Fiscal podrá pedir que se revise esa decisión cuando se haya cerciorado cabalmente de que han aparecido nuevos hechos que invalidan los motivos por los cuales la causa había sido considerada inadmisibles de conformidad con dicho artículo.

11. El Fiscal, si habida cuenta de las cuestiones a que se refiere el artículo 17 suspende una investigación, podrá pedir que el Estado de que se trate ponga a su disposición información sobre las actuaciones. A petición de ese Estado, dicha información será confidencial. El Fiscal, si decide posteriormente abrir una investigación, notificará su decisión al Estado cuyas actuaciones hayan dado origen a la suspensión.

Artículo 20. Cosa juzgada

1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.

2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

Las disposiciones citadas, regulan las condiciones bajo las cuales se desarrollará la relación entre las jurisdicciones penales nacionales y el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional. Como principio general, el Estatuto de Roma establece que son los Estados quienes deberán ejercer en primer lugar sus competencias penales contra quienes puedan ser responsables de la realización de las conductas descritas en los artículos 5 a 8 del Estatuto y se encuentren en su territorio. Sin embargo, cuando un Estado Parte del Estatuto se niegue (indisposición) o no pueda (incapacidad) investigar o enjuiciar a estas personas, la Corte Penal Internacional puede hacerlo. Por eso, se entiende que la Corte Penal Internacional es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales.

Si bien la competencia de la Corte Penal Internacional no priva a los Estados de su potestad de investigación y juzgamiento de tales crímenes, y el mismo Estatuto establece mecanismos de control a las decisiones que puedan adoptar la Corte o el Fiscal para el ejercicio de sus funciones (Artículos 18 y 19 ER), el ejercicio de tales competencias parece establecer una limitación al ejercicio soberano de la jurisdicción penal de los Estados. Pasa esta Corporación a estudiar dicha cuestión. En primer lugar, examinará las diferencias entre competencia y admisibilidad que trae

el Estatuto de Roma. Luego analizará las limitaciones que implica el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en relación con la soberanía de los Estados y determinará el alcance de esa limitación. En tercer lugar, analizará tres aspectos claves del ejercicio de la competencia complementaria de la Corte: los criterios de indisponibilidad e incapacidad previstos en el artículo 17, su regulación cuando el Fiscal es quien decide iniciar la investigación (artículo 18 ER), y las excepciones al fenómeno de la cosa juzgada (artículo 20 ER). Finalmente, dado el impacto que podría tener el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional en los procesos de paz en Colombia, la Corte examinará el efecto de este principio sobre las amnistías, los indultos y los perdones judiciales.

4.1.2.1.1. La diferencia entre competencia y admisibilidad

En este punto es importante resaltar las diferencias entre los conceptos competencia y admisibilidad, que se emplean en el Estatuto de Roma, como quiera que la distinción entre éstos fue desarrollada para garantizar la soberanía de los Estados y asegurar que la Corte Penal Internacional no suplante o sustituya a las jurisdicciones nacionales.

El término competencia se refiere a la delimitación del ámbito de ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Dicho ámbito es definido con base en varios criterios tales como los crímenes de los cuales puede conocer la Corte Penal Internacional (*ratione materiae*), el momento de comisión de las conductas a partir del cual puede conocer de ellas (*ratione temporis*), el lugar de ocurrencia de los hechos que determina si la Corte puede o no ejercer sus funciones (*ratione loci*) y la nacionalidad de las personas que están sujetas a su jurisdicción (*ratione personae*).

La competencia *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional se refiere a los crímenes que pueden ser investigados y juzgados por ésta: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, regulados por los artículos 5 a 8 del Estatuto de Roma, cuyo análisis se hará en el acápite 4.4.1. de esta sentencia. La competencia *ratione temporis* se encuentra regulada por los artículos 11, 12 (3) y 24 del Estatuto de Roma y establece que la Corte Penal Internacional no podrá ejercer su jurisdicción sobre crímenes cometidos antes de la entrada en vigor del Estatuto, que serán estudiados en la sección 4.3.2.1.3. de esta sentencia.

La competencia *ratione loci*, la regula el Estatuto de Roma en el artículo 4.2, al señalar que la jurisdicción de la Corte se ejercerá "en el territorio de cualquier Estado Parte" independientemente de la nacionalidad de la persona sindicada de realizar alguno de los crímenes mencionados o la de las víctimas, que se encuentre en el territorio de cualquier Estado Parte, o en el territorio de un Estado no Parte que la acepte mediante "acuerdo especial" o en el territorio de un Estado designado por el Consejo de Seguridad (artículo 13 b) ER). La competencia *ratione personae*, resulta relevante para el caso de nacionales de un Estado no Parte que se encuentren en el territorio ese Estado y que acepte, *ad hoc*, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional de conformidad con el artículo 12.2 del Estatuto de Roma.

Por su parte, el término admisibilidad se refiere a una cuestión distinta, v.gr. si la Corte Penal Internacional a pesar de ser competente no puede admitir el caso. Mientras que el cumplimiento de las condiciones de competencia es imperativo, la decisión sobre la admisibilidad de un caso es facultativa. Así, la Corte Penal Internacional puede tener competencia sobre una "situación" porque se dan las condiciones de materia, tiempo, lugar y nacionalidad mencionadas, pero declarar que el "caso" concreto es inadmisibile ante ella, por cuanto está siendo conocido por una jurisdicción penal nacional que tiene primacía, o por cualquiera de las otras razones señaladas en el Estatuto.¹³⁸ De esta manera se busca asegurar que la competencia de la Corte Internacional sea respetuosa del ejercicio efectivo de la soberanía de un Estado. No obstante, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional conlleva una limitación de la soberanía de los Estados. Por eso, antes de entrar a analizar en detalle la regulación del principio de complementariedad, esta Corte se referirá al tema de la soberanía.

4.1.2.1.2. La aceptación de limitaciones al principio de soberanía para el cumplimiento de los fines de la lucha contra la impunidad y la efectividad de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, son compatibles con la Carta Política

El contenido y los límites del principio de soberanía han ido evolucionando a la par del desarrollo de las relaciones internacionales y de las necesidades de la comunidad internacional y han llevado a una redefinición del concepto original de soberanía absoluta, sin que ello implique menoscabo de este principio fundamental del derecho internacional. No obstante esta evolución, el principio de la soberanía continúa siendo un pilar del derecho internacional.

Como resultado de la creciente interacción e interdependencia entre Estados y de la constatación de desafíos globales que interesan a toda la humanidad, surgieron límites a la concepción absoluta de soberanía, justificados por la necesidad de preservar la coexistencia pacífica entre sujetos iguales de derecho internacional, así como el reconocimiento de otros límites adicionales a la soberanía, fundados en la necesidad de respetar valores protegidos por el derecho internacional y asociados a la dignidad del ser humano, a la paz mundial, a la democracia y a la conservación de la especie humana.

A pesar de esa evolución, se mantienen constantes tres elementos de la soberanía: (i) el entendimiento de la soberanía como independencia,¹³⁹ en especial frente a Estados con pretensiones hegemónicas; (ii) la aceptación de que adquirir obligaciones internacionales no compromete la soberanía,¹⁴⁰ así como el reconocimiento de que no se puede invocar la soberanía para retractarse de obligaciones válidamente adquiridas,¹⁴¹ y (iii) la reafirmación del principio de inmediatez según el cual el ejercicio de la soberanía del Estado está sometido, sin intermediación del poder de otro Estado, al derecho internacional.¹⁴²

Así entendida, la soberanía en sentido jurídico confiere derechos y obligaciones a los Estados, quienes gozan de autonomía e independencia para la regulación de sus asuntos internos,¹⁴³ y pueden aceptar libremente, sin imposiciones foráneas, en su condición de sujetos iguales de la comunidad internacional, obligaciones orientadas a la convivencia pacífica y al fortalecimiento de relaciones de cooperación y ayuda mutua.¹⁴⁴ En ocasiones ello puede requerir la aceptación de la competencia de organismos internacionales sobre algunos asuntos de competencia

nacional, o la cesión de algunas competencias nacionales a instancias supranacionales. De conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, tal posibilidad es compatible con nuestro ordenamiento constitucional,¹⁴⁵ siempre que tal limitación a la soberanía no suponga una cesión total de las competencias nacionales.

Según lo que establece el Estatuto de Roma, la soberanía de los Estados es limitada de varias formas. En primer lugar, porque es la Corte Penal Internacional -y no cada Estado Parte- quien decide cuándo un Estado no está dispuesto o no ha sido capaz de ejercer su jurisdicción. En segundo lugar, porque el análisis de la existencia de una causal de incapacidad o de indisposición de un Estado, supone que la Corte examinará las condiciones bajo las cuales el Estado ha ejercido o ejerce su jurisdicción. En tercer lugar, porque el ejercicio de las competencias soberanas de los Estados para definir las sanciones y procedimientos penales de graves violaciones a los derechos humanos tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, deberá hacerse de tal forma que resulte compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y con los fines de lucha contra la impunidad que resalta el Estatuto de Roma. En cuarto lugar, porque cuando la Corte Penal Internacional admite un asunto, la jurisdicción nacional pierde competencia sobre el mismo. Por lo anterior, es necesario examinar dichas limitaciones.

En primer lugar, destaca la Corte que la autonomía para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional no es absoluta. El Estatuto establece no sólo que dicho ejercicio se hará en las condiciones extraordinarias enumeradas en los artículos 17 y 20 del Estatuto, sino que además, si decide hacerlo, los Estados podrán impugnar dicho ejercicio (artículo 18), si la decisión de la Corte Penal Internacional no se encuentra dentro de las circunstancias autorizadas en los artículos 17 y 20 y apelar ante la Sala de Cuestiones Preliminares las decisiones que sobre el ejercicio de su competencia tome la Corte Penal o el Fiscal.

En efecto, cuando se trate de situaciones que estén bajo una de las cuatro categorías de crímenes de competencia de la Corte (artículo 5 ER) tanto el artículo 17 como el artículo 20 señalan de manera expresa cuatro distintas situaciones bajo las cuales la Corte Penal Internacional puede ejercer su jurisdicción:

- i) Si la situación particular está siendo investigada o juzgada, o aún no se ha iniciado el procedimiento interno por parte del Estado que tiene jurisdicción sobre el mismo, y la Corte constata que existe *indisposición* del Estado para investigar o juzgar (artículo 17.1 ER);
- ii) Si la situación particular está siendo investigada o juzgada, o aún no se ha iniciado el procedimiento interno por parte del Estado que tiene jurisdicción sobre el mismo, y la Corte constata que existe *incapacidad* del Estado para investigar o juzgar por un colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia (artículo 17.3 ER);
- iii) Cuando la situación ya ha sido investigada y decidida por el Estado que tiene jurisdicción, pero el procedimiento interno se hubiere llevado a cabo con el *propósito de sustraer* a la persona de su responsabilidad penal (artículo 20.3, literal a) ER);
- iv) Cuando la situación ya ha sido investigada y decidida por el Estado que tiene jurisdicción, pero el procedimiento interno no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de forma incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (artículo 20.3, literal b) ER).

El Estatuto reconoce a los Estados el derecho a impugnar las decisiones de la Corte Penal Internacional que determinen la ocurrencia de alguna de las cuatro situaciones descritas, con lo cual se evita el ejercicio arbitrario de su competencia. Estas cuatro situaciones se analizan en detalle en las secciones 4.3.2.1.4, 4.3.2.1.5 y 4.3.2.1.6 de esta sentencia.

En segundo lugar, el reconocimiento de la competencia de la Corte Penal Internacional, no constituye una sustitución de la jurisdicción del Estado para el juzgamiento del genocidio, de crímenes de guerra, de crímenes de lesa humanidad, o del crimen de agresión, sea que tales hechos ocurran en nuestro territorio o los responsables se encuentren en él después de haberlos cometido en otro territorio, como quiera que la Corte ejercerá su jurisdicción, si y sólo si se presenta alguna de las cuatro situaciones enumeradas anteriormente.¹⁴⁶ En ausencia de tales circunstancias, la Corte Penal Internacional debe respetar la jurisdicción interna de los Estados e inadmitir el caso de que se trate.

El Estatuto de Roma establece un principio general de ejercicio autónomo y primigenio de las jurisdicciones nacionales para el juzgamiento de los crímenes definidos en la Parte II del mismo, con lo cual se reafirma la soberanía de los Estados Partes para el ejercicio de competencias judiciales en su territorio. Pero autoriza un ejercicio complementario de la competencia de la Corte Penal Internacional para la investigación y el juzgamiento de tales crímenes en el evento en que los Estados no puedan o no quieran hacerlo.

En tercer lugar, si bien es cierto que los Estados son soberanos para definir las sanciones y procedimientos penales internos que resulten más adecuados para impedir la impunidad frente a crímenes tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, existe un consenso internacional en torno a que tal regulación debe hacerse de manera compatible con el deber de protección de los derechos humanos y de respeto al derecho internacional humanitario y, por lo tanto, las limitaciones a la soberanía en estas materias han sido aceptadas por los Estados como parte de su compromiso de garantizar la efectividad de tales derechos. El Estatuto de Roma reitera ese compromiso y reafirma el consenso internacional en la materia. El estándar de protección que recoge el Estatuto de Roma no es distinto de otros compromisos internacionales en la materia, pero sí más efectivo, por cuanto recoge un anhelo de la comunidad internacional de garantizar que no exista impunidad frente a los crímenes más atroces.

En cuarto lugar, un punto adicional relacionado con el ejercicio soberano de las jurisdicciones nacionales debe ser analizado aquí. De conformidad con el principio de complementariedad, cuando la Corte Penal Internacional admite un asunto y ejerce su jurisdicción sobre nacionales de un Estado que delinquieron en el territorio de dicho Estado, la justicia penal nacional correspondiente ya no puede juzgar dicho

asunto (artículo 20 ER). Cabe preguntarse si ello constituye una violación de la soberanía del Estado colombiano. La Corte estima que no, por las siguientes razones.

La primera, y fundamental, es que la soberanía de un Estado existe para proteger a los habitantes que residen en su territorio, no para amparar a quienes han violado los derechos humanos o desconocido los mínimos establecidos en el derecho internacional humanitario ni, mucho menos, para servir de muralla infranqueable para quienes desea convertir un determinado territorio en un escondite para gozar de impunidad.

La razón primigenia de un Estado constitucional y democrático es cumplir el deber fundamental de proteger a todos sus residentes en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (artículo 2 inciso 2, CP). Este deber fundamental sintetiza la esencia del contrato político mediante el cual los ciudadanos de una república aceptan obedecer a una autoridad democráticamente instituida, conformada, ejercida y controlada, a cambio de que ésta les brinde protección efectiva contra diversas amenazas de distinto origen, dentro de las cuales se destacan las amenazas provenientes de toda forma de violencia, incluidas las que se manifiestan por el ejercicio arbitrario del monopolio de la fuerza confiado al Estado y la practicada por grupos armados irregulares.

Si bien en todas las sociedades hay manifestaciones de violencia que quedan impunes, los pueblos han llegado gradualmente a un consenso para definir el grado de violencia cuya impunidad no puede ser tolerada porque ello destruiría las bases de la convivencia pacífica de seres igualmente dignos. Cuando se rebase dicho umbral, los autores de atrocidades contra los derechos humanos de sus congéneres, sin importar la nacionalidad de unos u otros, su poder o vulnerabilidad, ni su jerarquía o investidura, deben ser juzgados y sancionados penalmente como una concreción del deber de protección que tiene todo Estado. Cuando ese deber se viola, no por cualquier razón, sino por la circunstancia extrema y evidente de que un Estado no está dispuesto a cumplir ese deber o carece de la capacidad institucional para cumplirlo, la comunidad internacional decidió que las víctimas de esas atrocidades debían ser protegidas por vías institucionales y pacíficas de carácter judicial, mediante una Corte Penal Internacional.

La indisposición y la incapacidad de un Estado para cumplir el deber fundamental de protección de quienes residen en su territorio es lo que permite que la Corte Penal Internacional admita un caso. Una vez ésta lo ha hecho, y se ha decidido negativamente la impugnación de la admisión cuando el Estado la ha recurrido, de conformidad con el procedimiento establecido en el Estatuto, la garantía de los derechos de las personas - tanto del sindicado que podría ser sumariamente juzgado por el Estado para demostrar eficacia como de las víctimas que podrían asistir a un proceso penal menos riguroso - y la seguridad jurídica justifican que la "situación" sea del conocimiento de la Corte Penal Internacional.

Por ello, las limitaciones a la soberanía enunciadas están en consonancia con los fines de protección y garantía a los derechos humanos y de respeto al derecho internacional humanitario y representan un desarrollo del artículo 9 de la Constitución.

Analizadas estas cuestiones generales, pasa la Corte a estudiar aspectos específicos la forma como el Estatuto ha regulado el ejercicio de la competencia complementaria.

4.1.2.1.3. Las condiciones previas para el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional

Según el artículo 11 del Estatuto, la Corte tiene competencia sólo respecto a los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto. Cuando un Estado se convierte en Parte del tratado, la Corte podrá ejercer su competencia sólo respecto de los crímenes cometidos luego de la entrada en vigor del Estatuto para ese Estado, excepto cuando se haga la declaración prevista en el artículo 12(3), es decir, el Estado consienta expresa y formalmente en que un crimen cometido después del 1 de julio de 2002, pero antes de que entrara en vigor el Estatuto para ese Estado, sea de competencia de la Corte Penal Internacional.

Esta competencia de la Corte surge a partir de la ratificación del Tratado (artículo 12.1, ER) y no depende de un acto de aceptación adicional como se propuso durante la redacción del Estatuto.¹⁴⁷ Un Estado, al aceptar ser parte del Estatuto, reconoce, sin más requisitos, la jurisdicción de la Corte respecto de los crímenes estipulados en el artículo 5 (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión, una vez que sea definida) y acepta automáticamente la competencia de la Corte sobre éstas conductas y las personas que incurran en ellas, a partir del día en que entre en vigor el Estatuto (artículo 11).

La Corte Penal Internacional también será competente cuando un Estado no Parte acepte su competencia respecto de crímenes particulares cometidos dentro de su territorio o por sus nacionales, por medio de una declaración depositada en poder del Secretario (artículo 12.3 ER). Igualmente lo será cuando el Consejo de Seguridad le remita un asunto actuando con arreglo al capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas (artículo 13 ER).

Encuentra la Corte que estas disposiciones desarrollan los principios que rigen el manejo de las relaciones internacionales de Colombia previstas en nuestro ordenamiento constitucional, en cuanto reiteran el respeto a los principios de soberanía y *pacta sunt servanda* aceptados por Colombia (artículo 9 CP), según los cuales los compromisos internacionales de Colombia y de cualquier Estado, surgen sólo cuando se ha expresado válidamente el consentimiento para obligarse.

4.1.2.1.4. El ejercicio de la jurisdicción penal en el derecho internacional y el principio de complementariedad

Tal como ya se mencionó, el derecho internacional reconoce una serie de principios a través de los cuales un Estado puede ejercer su jurisdicción para juzgar hechos criminales. Los dos principios de mayor aplicación son el de territorialidad (*ratione loci*) y el de nacionalidad (*ratione personae*). Bajo el principio de territorialidad, los estados tienen jurisdicción para investigar y juzgar crímenes cometidos en su territorio.

De conformidad con el principio de nacionalidad, los estados se reservan el derecho de juzgar a sus propios nacionales, incluso por crímenes cometidos fuera de su territorio. También se han desarrollado otros principios, como el de personalidad pasiva, muy controvertidos, según el cual un Estado puede reclamar su jurisdicción para juzgar los delitos que afecten los derechos de sus nacionales, aun si tales delitos fueron cometidos fuera de su territorio; o el principio de protección, a partir del cual se garantiza a los Estados jurisdicción sobre extranjeros, por delitos cometidos por fuera de su territorio, cuando tales delitos afectan su seguridad nacional.¹⁴⁸ Cada uno de estos principios protege el interés del Estado en el juzgamiento de un hecho criminal y el ejercicio soberano de sus competencias.

Además de estos principios, el derecho internacional ha desarrollado el principio de jurisdicción universal, según el cual todos los Estados tienen interés en la sanción de graves crímenes de trascendencia internacional, tal como ha ocurrido con el genocidio,¹⁴⁹ la tortura,¹⁵⁰ la esclavitud,¹⁵¹ o el apartheid,¹⁵² entre otros, con el fin de garantizar que los valores más importantes cuya protección compromete a toda la comunidad, puedan ser garantizados por cualquier Estado, el cual puede juzgar y sancionar en beneficio de la comunidad internacional.¹⁵³

Como quiera que la aplicación de cada uno de estos principios ante un mismo hecho criminal puede llevar a que varios Estados reclamen concurrentemente jurisdicción para su investigación, juzgamiento y sanción, tanto en el derecho internacional como en los distintos sistemas nacionales se han desarrollado mecanismos para solucionar tales conflictos. Tal es el papel que cumplen las normas que regulan el carácter complementario de las competencias de la Corte Penal Internacional.¹⁵⁴

A diferencia de la jurisdicción prevalente que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas le otorgó a los Tribunales Internacionales para Yugoslavia y para Ruanda para el juzgamiento de crímenes de guerra y de lesa humanidad,¹⁵⁵ el Estatuto de Roma estableció un sistema que a la vez que reconoce la soberanía de los Estados para el ejercicio de sus competencias judiciales y promueve el ejercicio originario de éstas, establece mecanismos para subsanar la incapacidad o la indisposición de un Estado para sancionar a los responsables de los crímenes más graves. Tales mecanismos están regulados por los artículos 17, 18, 19 y 26 del Estatuto de Roma.

4.1.2.1.5. La regulación del principio de complementariedad

De conformidad con lo que establece el artículo 17 del Estatuto, la Corte Penal Internacional ejercerá su jurisdicción complementaria para investigar, juzgar y sancionar un crimen de los enumerados en su artículo 5, cuando se presente alguna de las siguientes situaciones excepcionales, llamadas de indisposición o incapacidad:

- i) Cuando el Estado donde se encuentra la persona de que se trate no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento (artículo 17.1, literal a) ER);
- ii) Cuando el Estado donde se encuentra la persona de que se trate no esté en capacidad de investigarla o enjuiciarla (artículo 17.1, literal a) ER);
- iii) Cuando luego de la investigación, la decisión del Estado de no enjuiciar a la persona de que se trate obedezca a que el Estado no esté dispuesto a que la persona sea llevada ante la justicia (artículo 17.1, literal b) ER);
- iv) Cuando luego de la investigación, la decisión del Estado de no enjuiciar a la persona de que se trate obedezca a su incapacidad para llevar a cabo un procedimiento judicial (artículo 17.1, literal b) ER);

En estos eventos, la Corte Penal Internacional examinará si existe o no disposición para actuar o capacidad por parte del Estado para investigar enjuiciar y sancionar al responsable. El alcance de estos dos criterios ha sido definido expresamente en el Estatuto.

La "falta de disposición" la define el artículo 17.2. En líneas generales significa que el Estado ha ejercido o dejado de ejercer su competencia para juzgar con la intención de sustraer de la justicia a la persona implicada, con lo cual se ha producido impunidad frente a los hechos que configuran alguno de los crímenes señalados en el artículo 5. Por su parte, el artículo 17.3, define que un Estado es "incapaz" de juzgar a la persona de que se trate cuando existe un colapso total o sustancial de la administración nacional de justicia del Estado, que tiene el efecto de que no puede hacer comparecer al acusado, o no dispone de las pruebas y testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo un juicio. Las expresiones "total" o "sustancial", cualifican la dimensión del colapso que justifica que la Corte pueda complementar al Estado en el ejercicio de su jurisdicción. Así, incapacidades que no sean, a lo menos, sustanciales impiden la aplicación del principio de complementariedad. El propio Estatuto indica los criterios para medir la gravedad del colapso al enumerar los efectos que este debe tener, dentro del cual se destaca la incapacidad para hacer comparecer al acusado.

No obstante, el párrafo 3 del artículo 17 sólo menciona dos situaciones indicativas del colapso total o sustancial de la justicia nacional y, agrega, que puede haber "otras razones" que muestren que un Estado no está "en condiciones de llevar a cabo el juicio".

La Corte encuentra que esta expresión es demasiado indeterminada: carece de referentes objetivos, de criterios para evaluar si una situación impide llevar a cabo el juicio, de elementos temporales acerca del surgimiento, permanencia e irreversibilidad de dicha situación, así como de parámetros para corroborar su existencia.

La Corte también entiende que es difícil anticipar todas las razones indicativas del colapso total o sustancial de la administración de justicia de un Estado.

Aprecia que los eventos expresamente mencionados son fácilmente verificables por ser evidentes, refieren a condiciones objetivas y versan sobre requisitos sin los cuales no es posible llevar a cabo el juicio.

Entonces, la Corte estima procedente que estas mismas características sirvan en el caso de Colombia para determinar si existen "otras razones" por las cuales el Estado no puede investigar o enjuiciar a una persona. De tal manera que en relación con el artículo 17, párrafo 3, del Estatuto de Roma, las "otras razones" a fin de determinar la incapacidad del Estado para investigar o enjuiciar un asunto se refieren a la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio.

Por su parte, el artículo 19 del Estatuto, reitera el respeto de los sistemas nacionales en el juzgamiento de las conductas enumeradas en su artículo 5, mediante el establecimiento de un procedimiento a través del cual un Estado pueda impugnar la competencia de la Corte Penal Internacional para iniciar la investigación, cuando el Estado ha ejercido de buena fe su jurisdicción o se encuentra ejerciéndola. Estas dos disposiciones reiteran el carácter complementario de la jurisdicción de la Corte y establecen mecanismos de control para evitar la primacía de la jurisdicción internacional sobre la nacional.

Esta modalidad de competencia complementaria de la Corte Penal Internacional permite que las autoridades colombianas ejerzan plenamente sus competencias para el juzgamiento de tales conductas en el territorio, pero acepta, mediante la ratificación del Estatuto de Roma, que en los eventos extraordinarios enunciados en el artículo 17, sea la Corte Penal Internacional quien ejerza su jurisdicción, pudiendo en todo caso impugnarse la decisión de la Corte Penal Internacional, de conformidad con el artículo 19. Anota esta Corporación que los eventos de indisposición suponen una situación muy grave de afectación de sus instituciones para administrar justicia, lo que representaría una circunstancia contraria a lo dispuesto por nuestro ordenamiento fundamental. En efecto, una actuación dirigida a sustraer de la justicia a un responsable de crímenes atroces, o la incapacidad del Estado para administrar justicia, sería contraria a nuestra Carta Política y los compromisos internacionales de Colombia que exigen el cumplimiento de buena fe de las obligaciones de investigación y juzgamiento de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

Por las razones expuestas, encuentra la Corte que el principio de complementariedad consagrado en el artículo 1 del Estatuto y desarrollado en los artículos analizados del mismo, asegura, dentro del ámbito regulado por el Estatuto, los fines constitucionales de garantía a la efectividad de los derechos, de acceso a la justicia y de lucha contra la impunidad que orientan nuestro ordenamiento constitucional.

4.1.2.1.6. El principio de cosa juzgada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

De conformidad con lo que establece el artículo 20 del Estatuto de Roma, las decisiones de la Corte Penal Internacional sobre condena o absolución por alguno de los crímenes de su competencia, hacen tránsito a cosa juzgada y, por lo tanto, nadie podrá ser enjuiciado de nuevo, por los mismos hechos respecto de los cuales hubo pronunciamiento, ni por la Corte Penal Internacional ni por otro juez (Artículo 20, numerales 1 y 2, ER). No obstante, el numeral 3 del artículo 20 consagra una excepción a esta regla de inadmisibilidad.

En efecto, cuando a pesar de que en la jurisdicción interna exista cosa juzgada sobre el asunto denunciado ante la Corte Penal Internacional, y tal circunstancia se haya presentado con el propósito de sustraer al responsable de la competencia de la Corte (Artículo 17. 1, literal c), en concordancia con el artículo 20.3, ER), mediante un proceso aparente, o por un procedimiento interno adelantado por un tribunal que no cumple con los requisitos de imparcialidad e independencia y que "bajo las circunstancias", actuó de manera inconsistente con el deber de traer a la persona de que se trate ante la justicia, la Corte Penal Internacional podrá ejercer su jurisdicción sobre dicho asunto, y declarar la admisibilidad del caso.

Para que la Corte pueda ejercer su jurisdicción complementaria, el juicio nacional tuvo que haberse realizado con el propósito de sustraer a una persona de que responda ante la justicia. Pero si la persona fue genuinamente enjuiciada, como cuando el proceso se adelanta con el fin de establecer la verdad de los hechos, hacer justicia efectiva y garantizar la reparación a las víctimas, por un tribunal independiente e imparcial, la Corte Penal Internacional no podrá ejercer su jurisdicción y deberá declarar que el asunto es inadmisibile, de conformidad con lo que establece el artículo 20, numerales 1 y 2 del Estatuto.

Un evento implícito en el artículo 20, que garantiza la soberanía estatal para juzgar y sancionar crímenes, se presenta cuando después de que la Corte Penal Internacional ha asumido el conocimiento de una situación, absuelve al implicado por considerar que no cometió alguno de los crímenes descritos en los artículos 5 a 8 del Estatuto, sino un crimen ordinario de competencia del Estado. En ese evento, el Estado que tiene jurisdicción podrá juzgar al implicado por un crimen ordinario, a pesar de la decisión de absolución de la Corte Penal Internacional en relación con alguno de los crímenes graves señalados en los artículos 5 a 8 del Estatuto.

Encuentra la Corte que los eventos descritos en el artículo 20.3 del Estatuto suponen, primero, una violación del deber internacional de sancionar el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, segundo, una actuación contraria al deber constitucional de protección que incumbe a las autoridades nacionales (artículo 2 CP) y, tercero, un desconocimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario (artículo 9 CP). Por ello, constituye un desarrollo del deber de protección que tienen los Estados el que se creen mecanismos necesarios para impedir que circunstancias como las descritas en el artículo 20, obstaculicen conocer la verdad de los hechos y el logro de la justicia.

4.1.2.1.7. Otros factores a considerar: amnistías, indultos y perdones judiciales

Las amnistías, los indultos y los perdones judiciales no están específicamente mencionados en el Estatuto, como si lo están en la Constitución para los delitos políticos, lo que hace necesario que la corte constitucional proceda a realizar la armonización respectiva.

Según el artículo 17 del Estatuto, las reglas sobre inadmisibilidad tienen una excepción cuando el Estado no quiere o no puede investigar o juzgar, lo cual plantea la inquietud de cuál es la relación de dicha norma con la potestad del Estado colombiano de conceder amnistías o indultos

"por delitos políticos" en ejercicio de las competencias que le son propias cuando se presenten "graves motivos de conveniencia pública" (artículo 150, numeral 17, CP.). Además, de conformidad con la regla establecida en el artículo 20 del Estatuto, en el evento en que un Estado haya otorgado una amnistía, un indulto, un perdón judicial, o cualquier otro beneficio penal, en un proceso adelantado por la jurisdicción nacional, a favor de una persona cuya responsabilidad penal vaya a ser examinada por la Corte Penal Internacional, ésta no la procesará de nuevo, a menos que los procedimientos internos hayan tenido como propósito el sustraer a la persona de la justicia. Siendo así, es preciso interpretar tanto el Estatuto como la Constitución para armonizarlos y delimitar el ámbito de cada uno.

En primer lugar, la Corte constata que la paz ocupa un lugar principalísimo en el orden de valores protegidos por la Constitución. Dentro del espíritu de que la Carta Política tuviera la vocación de ser un tratado de paz, la Asamblea Constituyente protegió el valor de la paz de diferentes maneras en varias disposiciones. Por ejemplo, en el Preámbulo la paz figura como un fin que orientó al constituyente en la elaboración de toda la Constitución. En el artículo 2 dicho propósito nacional cardinal se concreta en un fin esencial del Estado consistente en "asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo". Además, el artículo 22 va más lejos al establecer que "la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento". Dentro de los múltiples instrumentos para facilitar el logro de la paz, la Constitución reguló procedimientos de resolución institucional de los conflictos y de protección efectiva de los derechos fundamentales, como la acción de tutela (artículo 86 CP.). Además, sin circunscribirse a un proceso de paz, la Constitución permite que "por graves motivos de conveniencia pública" se concedan amnistías o indultos por delitos políticos y estableció requisitos claros para que ello se ajuste a la Carta, dentro de los cuales se destacan que (i) el órgano que los concede sea el Congreso de la República donde concurren las diversas fuerzas políticas que representan a la Nación, (ii) que la decisión correspondiente sea adoptada por una mayoría calificada de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara, (iii) que los delitos objeto de estos beneficios pertenezcan a la categoría de "delitos políticos" y (iv) que en caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, "el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar" (artículo 150, numeral 17, CP). además, corresponde al gobierno en relación con la rama judicial conceder los indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad (artículo 201, numeral 2, CP)

La Corte encuentra que el Estatuto no pretende restringir las potestades de los Estados ejercidas con el propósito de alcanzar los fines del Estatuto, en especial, impedir que continúen las violaciones al derecho internacional humanitario. De ahí que el artículo 10 del Estatuto advierta que "nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto".¹⁵⁶

En segundo lugar, la Corte destaca que las amnistías dictadas con el fin de consolidar la paz han sido consideradas como instrumentos compatibles con el respeto al derecho internacional humanitario. Así lo señala, por ejemplo, el artículo 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949:

"Artículo 6. Diligencias Penales. (...)

"5. A la cesación de hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado"

No obstante lo anterior, y con el fin de hacer compatible la paz con la efectividad de los derechos humanos y el respeto al derecho internacional humanitario, el derecho internacional ha considerado que los instrumentos internos que utilicen los Estados para lograr la reconciliación deben garantizar a las víctimas y perjudicados de una conducta criminal, la posibilidad de acceder a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y obtener una protección judicial efectiva.¹⁵⁷ Por ello, el Estatuto de Roma, al recoger el consenso internacional en la materia, no impide conceder amnistías que cumplan con estos requisitos mínimos, pero sí las que son producto de decisiones que no ofrezcan acceso efectivo a la justicia.

Figuras como las leyes de punto final que impiden el acceso a la justicia, las amnistías en blanco para cualquier delito, las auto amnistías (es decir, los beneficios penales que los detentadores legítimos o ilegítimos del poder se conceden a sí mismos y a quienes fueron cómplices de los delitos cometidos), o cualquiera otra modalidad que tenga como propósito impedir a las víctimas un recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos, se han considerado violatorias del deber internacional de los Estados de proveer recursos judiciales para la protección de los derechos humanos,¹⁵⁸ consagrados en instrumentos como, por ejemplo, la Declaración Americana de Derechos del Hombre,¹⁵⁹ la Declaración Universal de Derechos Humanos,¹⁶⁰ la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁶¹ y la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder."¹⁶²

Adicionalmente, el derecho internacional ha reconocido la inderogabilidad de normas de *ius cogens*¹⁶³, lo cual resulta sin duda relevante en el análisis de esta cuestión.¹⁶⁴ En este sentido, el derecho internacional ha penalizado los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.¹⁶⁵ Sin desconocer el derecho internacional, Colombia ha concedido amnistías e indultos específicamente por delitos políticos.¹⁶⁶

Entonces, los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia (artículo 9 CP.), el Estatuto de Roma, y nuestro ordenamiento constitucional, que sólo permite la amnistía o el indulto para delitos políticos y con el pago de las indemnizaciones a que hubiere lugar (artículo 150. numeral 17 de la CP.), no admiten el otorgamiento de auto amnistías, amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁶⁷

Dentro de estos parámetros, en el Estatuto de Roma han quedado a salvo los esfuerzos genuinos dirigidos a establecer la verdad de los hechos, la responsabilidad penal de los implicados, así como la reparación a las víctimas y perjudicados. En primer lugar, en tales eventos no es claro que se presente la indisposición del Estado a investigar o enjuiciar que señala el artículo 17.1, literal a) del Estatuto. En segundo lugar, un proceso interno para consolidar la paz, en el cual no se prive a las víctimas del derecho a acceder a la justicia, proporciona un elemento de juicio importante de que no obran razones de peso para creer que una investigación adicional de la Corte Penal Internacional redundaría en interés de la justicia.¹⁶⁸ En tercer lugar, la existencia de tales procedimientos judiciales internos, a la vez que reafirma la jurisdicción nacional sobre sus asuntos, es un criterio para que la Corte Penal Internacional aprecie si se cumple el presupuesto procesal señalado en el artículo 17.1, literal d) del Estatuto, como quiera que los procedimientos internos han sido suficientes.¹⁶⁹

Por lo anterior, sin adelantar juicio alguno sobre eventuales leyes de amnistía o indulto, no encuentra la Corte que la ratificación del Estatuto de Roma pueda implicar un obstáculo para futuros procesos de paz y de reconciliación nacional en donde se consideren medidas como los indultos y las amnistías con sujeción a los parámetros establecidos en la constitución y en los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia.

La Corte volverá sobre este punto en el capítulo V sobre conclusiones finales.

4.1.2.2. Las relaciones de la Corte Penal Internacional y la Organización de Naciones Unidas.

Además del principio de complementariedad, otro aspecto que requiere un análisis detallado es el de las relaciones de la Corte Penal Internacional con el Sistema de Naciones Unidas, en particular con el Consejo de Seguridad y sus posibles implicaciones para la independencia de la Corte Penal Internacional. El artículo 2 señala que la Corte Penal Internacional estará vinculada al Sistema de Naciones Unidas mediante acuerdo, cuyo contenido deberá ser aprobado por la Asamblea General de Estados Partes y suscrito posteriormente por el Presidente de la Corte. Los artículos 13. b) y 16 del Estatuto, que se encuentran en la Parte II pero guardan relación estrecha con el artículo 2, señalan el tipo de relación que tendrá la Corte Penal Internacional con los distintos órganos del Sistema de Naciones Unidas. El texto de tales artículos es el siguiente:

Artículo 2 Relación de la Corte con las Naciones Unidas

La Corte estará vinculada con las Naciones Unidas por un acuerdo que deberá aprobar la Asamblea de los Estados Partes en el presente Estatuto y concluir luego el Presidente de la Corte en nombre de ésta.

Artículo 13 Ejercicio de la competencia

(...)

b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o

Artículo 16. Suspensión de la investigación o el enjuiciamiento

En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.

Estas disposiciones plantean dos problemas. El primero, tiene que ver con la limitación del ejercicio soberano de la jurisdicción penal nacional para juzgar crímenes de guerra, de lesa humanidad o de genocidio cuando el Consejo de Seguridad, actuando bajo el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, le remite la situación a la Corte Penal Internacional. El segundo, se refiere a la limitación de la independencia e imparcialidad de la Corte Penal Internacional, cuando el Consejo de Seguridad le solicita que suspenda el ejercicio de su jurisdicción, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII mencionado. Pasa pues esta Corporación a analizar dichas cuestiones.

Desde el Preámbulo del Estatuto de Roma se indica que la Corte Penal Internacional será una organización "independiente y vinculada con el Sistema de Naciones Unidas". Posteriormente, en el artículo 5.2. se establece que la definición del crimen de agresión se hará de forma compatible con la Carta de Naciones Unidas. Igualmente, en el artículo 8 se definen como crímenes de guerra algunos actos cometidos contra personal de Naciones Unidas que cumpla misiones humanitarias o de mantenimiento de la paz. Luego, el artículo 115 del Estatuto establece que las Naciones Unidas sufragarán gastos de funcionamiento de la Corte Penal Internacional con Fondos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

De las opciones consideradas para el establecimiento de la Corte Penal Internacional, en el Estatuto se prefirió una que simultáneamente garantizaba la independencia de la Corte y la colaboración armónica con otros organismos del Sistema de Naciones Unidas. En efecto, para su establecimiento se tuvieron en cuenta las siguientes alternativas:¹⁷⁰

i) Que la Corte Penal Internacional fuera un órgano principal de las Naciones Unidas, lo cual no sólo implicaba una reforma a la Carta de Naciones Unidas, sino también posibles enfrentamientos con la Asamblea General o el Consejo de Seguridad;

ii) Que la Corte Penal Internacional fuera un órgano subsidiario de las Naciones Unidas, creado mediante resolución de la Asamblea General, con lo cual quedaría subordinada a los órganos políticos del Sistema de Naciones Unidas, y se le quitaría independencia para el ejercicio de sus

funciones;

iii) Que la Corte Penal Internacional fuera una organización internacional independiente de Naciones Unidas, lo cual podría dificultar la cooperación internacional para el cumplimiento de sus funciones y la posibilidad de conflictos de competencia con el Consejo de Seguridad cuando se tratara de situaciones que afecten la paz y seguridad mundiales;

iv) Que la Corte Penal Internacional fuera un organismo vinculado al Sistema de Naciones Unidas mediante acuerdo. Este fue el sistema acogido por ser el que ofrecía mayor independencia, a la vez que garantizaba la coordinación y cooperación para superar la impunidad y lograr la efectividad de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

No encuentra esta Corporación que el sistema fijado en el Estatuto de Roma para regular las relaciones entre la Corte Penal Internacional y el Sistema de Naciones Unidas, en general, y con el Consejo de Seguridad, en particular, debilite la autonomía de la Corte Penal Internacional, como quiera que de conformidad con lo establecido en el mismo Estatuto, ésta goza de la independencia necesaria para el cumplimiento de sus funciones, gracias a que en él se establecen mecanismos para garantizar la cooperación entre la Corte Penal y las Naciones Unidas y se dispone mecanismo para evitar posibles conflictos de competencia entre la Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad cuando el asunto a considerar afecte la paz y seguridad mundiales. Así, el Estatuto de Roma prevé la posibilidad de que el Consejo de Seguridad le remita a la Corte Penal Internacional un asunto, que además de afectar la paz y seguridad mundiales, está dentro de la órbita de competencias de la Corte, y además, consagra la posibilidad de que el Consejo de Seguridad le solicite la suspensión de un procedimiento, cuando ello sea necesario para garantizar la paz y seguridad mundiales.

Encuentra esta Corte que el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional y sus decisiones relativas a la admisibilidad de un caso no dependen del Consejo de Seguridad. La solicitud del Consejo se hace después de que se "haya iniciado" la investigación o el enjuiciamiento. Además, la solicitud es de orden temporal, puesto que se trata de una suspensión, no de un archivo, y ésta es por período fijo. Además, el Consejo de Seguridad está supeditado al cumplimiento de dos condiciones para poder adoptar una solicitud de suspensión. La primera es que se cumplan los requisitos previstos en el Capítulo VII de la Carta,¹⁷¹ es decir, cuando se decida que tal solicitud es necesaria para la paz y la seguridad mundiales, no para otros fines de menor envergadura. La segunda es que la decisión del Consejo de Seguridad sólo es posible si ninguno de los miembros permanentes del mismo ejerce su derecho de veto. Basta con que alguno de los cinco Estados, con este derecho, opte por ejercerlo para que la solicitud no sea aprobada.¹⁷²

Este sistema desarrolla el artículo 9 de la Carta, puesto que Colombia se comprometió a cumplir con sus obligaciones internacionales, incluidas las derivadas de ser miembro de la Organización de Naciones Unidas. Dentro de ese marco, presta su concurso para el mantenimiento de la paz y seguridad mundiales.

En cuanto a la relación de la Corte Penal Internacional con el Consejo de Seguridad, el artículo 13 establece que el Consejo de Seguridad puede remitirle una situación al Fiscal para su investigación y juzgamiento, mediante resolución adoptada por éste de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, es decir, cuando tal situación sea necesaria para la paz y seguridad mundiales. Esta solicitud puede ser analizada por el Fiscal el cual puede decidir no proceder a la investigación, a la luz de lo que establece el (artículo 53. 3 a) del ER).

Igualmente, el Fiscal puede solicitarle al Consejo de Seguridad su intervención para garantizar la cooperación en la obtención de pruebas, tanto de Estados Partes como de Estados no Partes que hayan celebrado acuerdos especiales con la Corte, cuando éstos se nieguen a apoyar a la Corte Penal Internacional, impidiéndole ejercer sus funciones.

Las disposiciones mencionadas, a juicio de esta Corporación garantizan, sin invadir la competencia del Consejo y Seguridad, la independencia de la Corte Penal Internacional frente al sistema de Naciones Unidas, a la vez que facilitan la cooperación entre estas dos organizaciones, en especial cuando se trate de situaciones que puedan afectar la paz y seguridad mundiales y que sean simultáneamente de competencia de la Corte Penal Internacional y del Consejo de Seguridad. Constata esta Corte que el contenido del Acuerdo entre las Naciones Unidas y la Corte Penal Internacional está dentro de los temas de agenda de la primera reunión de Estados Partes y deberá ser adoptado de conformidad con los procedimientos y reglas establecidas en el Estatuto para la toma de decisiones por parte de los órganos de la Corte Penal Internacional. No obstante, escapa a la competencia de la Corte Constitucional poder pronunciarse sobre el contenido de un Acuerdo que todavía no existe y que será celebrado entre dos personas jurídicas de derecho internacional respecto de las cuales no puede ejercer ningún tipo de control.

Parte II: De la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable

La Parte II está compuesta por 17 artículos relacionados con la competencia de la Corte Penal Internacional, la admisibilidad y el derecho aplicable.

De manera general, los artículos 5 a 8, describen los crímenes internacionales sobre los cuales ejercerá su competencia la Corte Penal Internacional. El artículo 9, confía la aprobación de los elementos de los crímenes a la Asamblea de los Estados Parte; el artículo 10 establece una regla para delimitar el campo de aplicación de las definiciones sobre crímenes previstas en el Estatuto, así como una regla para hacer compatible el desarrollo del derecho internacional con el derecho desarrollado por la Corte Penal Internacional. Los artículos 11 a 14, regulan la competencia de la Corte, así como las condiciones previas para el ejercicio de dicha competencia. El artículo 15, establece las circunstancias bajo las cuales el Fiscal puede iniciar una investigación de oficio; el artículo 16, señala la posibilidad de suspender una investigación cuando así lo solicite el Consejo de Seguridad; los artículos 17 a 19, reglamentan las condiciones de admisibilidad de asuntos ante la Corte y el procedimiento a seguir por los Estados para impugnar decisiones de admisión; el artículo 20, hace referencia al principio de la cosa juzgada; y el artículo 21, define el derecho aplicable por la Corte Penal Internacional.

En el análisis de la Parte I del Estatuto (sección 4.3 de esta sentencia) ya se aludió a los artículos 17, 19 y 20 del Estatuto, al examinar el principio de complementariedad (sección 4.3.2.1.), así como al artículo 16, al estudiar las relaciones de la Corte Penal Internacional con el Consejo de Seguridad (sección 4.3.2.2.), y se delimitó el ámbito dentro del cual dichas disposiciones surten sus efectos en armonía con la Constitución. Por eso, no se volverá a hacer referencia a ellos en este acápite.

4.1.3. Cuestiones Generales

4.1.3.1 Los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional

En cuanto a la competencia *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional, el artículo 5.1. del Estatuto de Roma establece que ésta tendrá jurisdicción sobre crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y el crimen de agresión. Son cuatro categorías que se desarrollan en los artículos siguientes y recogen el consenso internacional en torno a los crímenes internacionales más graves.

Como se mencionó en la sección 2.2. de esta sentencia, los crímenes sobre los que tendrá competencia la Corte Penal Internacional, parten de aquellos que sirvieron de fundamento de las condenas en el Tribunal de Nuremberg, pero su contenido y alcance se ha ampliado y complementado. Tales conductas encajan en las definiciones desarrolladas hasta ahora en el derecho penal internacional en materia de crímenes internacionales, las cuales se encuentran plasmadas en tratados y en normas consuetudinarias o han sido recogidas por la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales para Yugoslavia y Ruanda. El Estatuto también precisa varios conceptos relacionados con la definición de las conductas y extiende el espectro de algunos de ellos.

No obstante este avance, varios elementos de los crímenes de competencia de la Corte requieren una mayor precisión. Por esa razón, el artículo 9 prevé la adopción de un instrumento denominado Elementos de los Crímenes, el cual contribuirá a precisar la estructura de cada conducta y delimitará su interpretación. Con el fin de evitar conflictos sobre el alcance de cada uno de los crímenes y las diferentes formas de su tipificación en el derecho penal interno de los Estados, o de su concepción y evolución posterior en el derecho internacional (artículo 10 ER), la definición que prevalecerá para efectos de definición de la competencia y admisibilidad de un caso ante la Corte es la que trae el Estatuto de Roma, junto con los Elementos de los Crímenes que adopte la Asamblea General de Estados Partes.

La enumeración de los crímenes del artículo 5 del Estatuto de Roma y que determinan la competencia *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional, está en armonía con lo previsto en nuestro ordenamiento constitucional para estas materias, en tanto que reafirma la inviolabilidad del derecho a la vida (artículo 11 CP), garantiza la igualdad de las personas (artículo 13 CP), el derecho a la paz (artículo 22 CP), la dignidad humana (artículo 12 CP) y confirma el rechazo a la tortura, a la desaparición forzada (artículo 12 CP), a la esclavitud y a la servidumbre y a la trata de seres humanos en todas sus formas (artículo 17 CP).

Un asunto que será tratado de manera especial en esta sección, es la aparente imprecisión de algunas de las descripciones de los crímenes que hacen los artículos 6 y 8 - las expresiones "otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional" (artículo 6.1. literal h) ER), y "o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable" (artículo 6.1. literal g) ER), así como los literales b) ordinal xxii) y e) ordinal vi) del artículo 8.2., por el empleo de las expresiones "o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra"- que será analizada con mayor detenimiento en el apartado 4.4.2.2. de esta sentencia.

Pasa esta Corte a analizar las descripciones que hace el Estatuto de cada una de las cuatro categorías de crímenes.

4.1.3.1.1. Genocidio

El artículo 6 del Estatuto de Roma adoptó en su totalidad la definición de genocidio establecida por la Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948.¹⁷³ La definición de este crimen se basa en tres elementos:

- 1) Perpetrar actos contra un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal.
- 2) Tener la intención de destruir a dicho grupo, en parte o en su totalidad; y
- 3) Cometer uno o más de los siguientes cinco actos respecto de los miembros del grupo:
 - i) Matanza;
 - ii) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros de un grupo;
 - iii) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
 - iv) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno de un grupo;
 - v) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

De conformidad con el Estatuto de Roma, así como con la Convención contra el Genocidio, éste crimen requiere un dolo especial, que lo distingue de otros crímenes contra la humanidad. Deberá demostrarse que la persona actuó con la intención de destruir un grupo "en su totalidad o en parte", lo cual lleva, por ejemplo, a que un acto aislado de violencia racista no constituya genocidio, por ausencia de ese elemento intencional especial. De otro lado, no es necesario que se logre la destrucción completa del grupo, puesto que lo relevante es la intención de

obtener ese resultado. Por la misma razón, tampoco se requiere que se realicen acciones de manera sistemática.

Aun cuando el Estatuto no resuelve el debate doctrinario sobre el número de muertes necesario para que se tipifique el genocidio, debe tenerse en cuenta que el factor numérico tiene relación en realidad con el *dolus specialis* del genocidio, no con su resultado.¹⁷⁴ La intención debe estar dirigida a la eliminación de un grupo de personas. Por otra parte, la definición empleada en el Estatuto de los actos que constituyen genocidio, señala que no se requiere siquiera el homicidio de una sola persona para se reconozca la existencia de genocidio, ya que actos como el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, o la adopción de medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno de un grupo, se encuentran dentro de la definición establecida por el derecho penal internacional.¹⁷⁵

Este crimen ya fue incorporado a nuestro ordenamiento interno, como quiera que Colombia es parte de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio y, además, porque el nuevo Código Penal tipificó expresamente el delito de genocidio¹⁷⁶ y esta Corte ya se ha pronunciado sobre su exequibilidad en las sentencias C-177 de 2001¹⁷⁷ y C-330 de 2001.¹⁷⁸

Por lo anterior, encuentra la Corte que el artículo 6 del Estatuto, reafirma la inviolabilidad del derecho a la vida (artículo 11, CP), protege el pluralismo en sus diferentes manifestaciones (artículo 1 CP), y garantiza el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia (artículo 9, CP) al ratificar la Convención de Genocidio y otros instrumentos internacionales para la protección de los Derechos Humanos,¹⁷⁹ así como de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos I y II de 1977.

4.1.3.1.2. Crímenes de lesa humanidad

Según el artículo 7, la expresión de crímenes de lesa humanidad se emplea para describir los actos inhumanos que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, ya sea en tiempo de guerra externo, conflicto armado interno o paz.¹⁸⁰

Bajo esta categoría, el derecho internacional ha incluido el asesinato, el exterminio, la reducción a la esclavitud, la deportación y cualquier otro acto inhumano cometido contra poblaciones civiles, antes o durante la guerra por motivos políticos, raciales o religiosos. La inclusión de estas conductas se hizo por primera vez en el Acuerdo de Londres, mediante el cual se creó el Tribunal Internacional de Nuremberg. Bajo esta categoría el Estatuto del Tribunal de Nuremberg comprendió las conductas atrás mencionadas a condición de que hubieren "sido cometidas a continuación de cualquier crimen que entre en la competencia del Tribunal o en relación con este crimen" (artículo 6, lit. c) del Acuerdo de Londres).¹⁸¹ Posteriormente este listado de crímenes contra la humanidad fue recogido en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949.

Aun cuando originalmente el concepto exigía una conexión con la existencia de un conflicto armado y la participación de agentes estatales,¹⁸² hoy en día el derecho penal internacional reconoce que algunas de las conductas incluidas bajo la categoría de crímenes de lesa humanidad pueden ocurrir fuera de un conflicto armado y sin la participación estatal.

La definición de crímenes de lesa humanidad que trae el Estatuto difiere de la empleada hasta el momento en el derecho penal internacional en varios aspectos. Por un lado, el Estatuto amplía la definición de crímenes de lesa humanidad para incluir expresamente las ofensas sexuales, (distintas a la violación¹⁸³), el apartheid y las desapariciones forzadas.¹⁸⁴ El Estatuto además aclara que tales crímenes se pueden cometer en tiempos de paz o de conflicto armado y no requieren que se cometan en conexión con otro crimen, salvo que se trate del enjuiciamiento de cualquier grupo o colectividad, la cual ha de estar relacionada con otro acto enumerado en el artículo 7.1, o cualquier otro delito de la competencia de la Corte Penal Internacional.

La definición de crímenes de lesa humanidad del Estatuto de Roma, está compuesta por seis elementos:

- 1) Ataque generalizado o sistemático.¹⁸⁵
- 2) Dirigido contra la población civil.¹⁸⁶
- 3) Que implique la comisión de actos inhumanos. El Estatuto enumera los actos que podrían constituir crímenes de lesa humanidad dentro del contexto de un ataque:
 - i) Asesinato¹⁸⁷
 - ii) Exterminio¹⁸⁸
 - iii) Esclavitud¹⁸⁹
 - iv) Deportación o traslado forzoso de población¹⁹⁰
 - v) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional¹⁹¹
 - vi) Tortura¹⁹²
 - vii) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad.¹⁹³
 - viii) Desaparición forzada de personas¹⁹⁴

ix) El crimen de apartheid¹⁹⁵

x) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.¹⁹⁶

4) Conocimiento de que se trata de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil;¹⁹⁷

5) Para los actos de persecución solamente, se ha de tomar en cuenta los fundamentos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género;

6) El contexto dentro del cual puede ocurrir un crimen de lesa humanidad puede ser en tiempos de paz, de guerra internacional o de conflicto interno. No necesariamente se comete en conexión con otro crimen. Una excepción es el enjuiciamiento de cualquier grupo o colectividad; el cual debe de estar relacionado con otro acto enumerado en el artículo 7.1, o cualquier otro delito de la competencia de la CPI.

Además de lo anterior, el artículo 7.2. define lo que debe entenderse por términos tales como "ataque contra una población civil", "exterminio", "esclavitud", "deportación o traslado forzoso de población", "tortura", "embarazo forzado", "persecución", "crimen de apartheid" y "desaparición forzada de personas", empleados en la descripción de los crímenes de lesa humanidad, con lo cual se dota de mayor precisión a la enumeración de las conductas incluidas bajo esta categoría.

Encuentra la Corte que las definiciones sobre crímenes de lesa humanidad que trae el Estatuto protegen la efectividad del derecho a la vida, la prohibición de torturas y desapariciones, la igualdad y la prohibición de la esclavitud. Igualmente, al dotar al sistema de protección de derechos humanos con una herramienta adicional para la lucha contra la impunidad en materia de graves violaciones a los derechos humanos, reiteran los compromisos de Colombia como parte del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), de la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), de los Convenios de Ginebra de 1949 (ley 6 de 1960) y sus Protocolos I y II de 1977 (Leyes 11 de 1992 y 171 de 1994), la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (Ley 76 de 1986), la Convención sobre la represión y castigo del Apartheid (Ley 26 de 1987), y la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Ley 22 de 1981), entre otras.

4.1.3.1.3. Crímenes de guerra

El artículo 8 del Estatuto consagra los crímenes de guerra, categoría que recoge violaciones a los principios y usos fundamentales de la guerra consagradas en los Convenios de la Haya de 1899 y 1907, de Ginebra de 1925, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales, así como definiciones consagradas en otras normas convencionales sobre el uso de ciertas armas de guerra.

Constata la Corte que dada la forma como fue incorporada la lista de crímenes de guerra, con mención a las violaciones incluidas en los Convenios de Ginebra de 1949 y a conductas contenidas en otros instrumentos, un mismo hecho podría quedar cobijado por varias de las conductas descritas en los distintos apartados. No obstante, ello sólo supone que en derecho penal internacional es posible que se presente el concurso de conductas punibles. Observa también la Corte que los Protocolos I y II, adicionales a los Convenios de Ginebra, incluidos tácitamente bajo la expresión "otras serias violaciones a las leyes y costumbres aplicables en conflicto armado" (Artículo 8.2. literales b) y e), ER)", complementan las normas de derecho internacional humanitario y las leyes y costumbres de la guerra y precisan de mejor manera las conductas consideradas como crímenes de guerra.

Una de las mayores innovaciones del Estatuto es que éste valoriza la reciente evolución de jurisprudencia internacional que penaliza los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internos,¹⁹⁸ de tal manera que la expresión guerra no se refiere sólo a los conflictos armados de orden internacional. La cuestión relativa a los requisitos mínimos necesarios para que un enfrentamiento sea considerado conflicto armado interno es abordada por el Estatuto, como se verá posteriormente.

En cuanto a los crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado internacional, el artículo 8 no define cuándo existe un conflicto armado internacional, por lo cual será necesario acudir a las definiciones aceptadas en el derecho internacional en esta materia para completar el sentido del artículo 8. Los actos cometidos durante un conflicto armado internacional, que se definen como crímenes de guerra según el artículo 8.2, literal a) del Estatuto son los siguientes:

1) Infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, en otras palabras que los actos que a continuación se señalan, se cometan contra los heridos, enfermos, náufragos de las fuerzas armadas, prisioneros de guerra o civiles¹⁹⁹:

i) Matar intencionalmente;

ii) Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;

iii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar contra la integridad física o la salud;

iv) Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente;

v) Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas armadas de una potencia enemiga;

vi) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales;

vii) Tomar rehenes.

2) El artículo 8.2, literal b) también penaliza otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales. El Estatuto hace una referencia expresa a distintos instrumentos internacionales, incluidos los de La Haya de 1907, el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra y otros instrumentos que prohíben ciertas armas, en los se que han definido los actos que se consideran crímenes de guerra. Estos actos criminales incluyen:²⁰⁰

i) Dirigir intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares;

ii) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea;

iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades, vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas;

iv) El traslado por la potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;

v) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave a los Convenios de Ginebra;

vi) Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares;

vii) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.

viii) Emplear veneno o armas envenenadas, gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos, así como armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios.²⁰¹

En cuanto a los crímenes de guerra cometidos durante un conflicto armado interno, el Estatuto penaliza algunas violaciones a las normas de guerra cometidas durante los conflictos armados que no tienen carácter internacional. En todos los casos, la definición de "conflicto armado interno" tal y como lo establece el Estatuto, no incluye las situaciones de simples disturbios internos, como motines o actos esporádicos o aislados de violencia o cualquier acto similar (artículo 8.2, literal d) ER).

También es importante resaltar, que las definiciones empleadas cobijan a organizaciones armadas no estatales, de conformidad con los desarrollos del derecho internacional humanitario. En otras palabras, los miembros de grupos armados irregulares, al igual que los integrantes de la fuerza pública regular, pueden ser sujetos activos de estos crímenes. Otro aspecto importante consagrado en el Estatuto de Roma en relación con los conflictos armados que no tengan carácter internacional, es el hecho de no incluir las condiciones de control territorial y mando responsable que señala el Protocolo II, con lo cual se amplía el ámbito de conflictos internos en los que pueden presentarse este tipo de crímenes.

Los crímenes que se cometan durante los conflictos armados internos se dividen en dos párrafos. En primer lugar, el artículo 8.2, literal c) penaliza los actos enumerados en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, los cuales tratan sobre estas graves violaciones. La siguiente lista de crímenes de guerra podría aplicarse cuando se cometan contra individuos que no participen directamente en el conflicto, incluso aquellos miembros de las fuerzas armadas que hayan rendido sus armas o se encuentran fuera de combate debido a enfermedad, lesiones, detención o cualquier otra causa:

i) Violencia contra la vida y la persona, en especial cualquier tipo de asesinato, mutilación, tratamiento cruel y tortura;

ii) Cometer ultrajes contra la dignidad personal, particularmente el trato degradante o humillante;

iii) Tomar rehenes;

iv) Dictar sentencias y llevar a cabo ejecuciones sin juzgamiento previo dictado por un tribunal establecido normalmente, que respete todas las garantías judiciales comúnmente reconocidas como indispensables.

Segundo, el párrafo 8.2, literal e) penaliza algunos actos que se prohíben en los Protocolos Adicionales de 1977, así como en otros tratados sobre las leyes de combate y usos del derecho internacional. Esto cobija, según el párrafo (f), crímenes cometidos cuando exista un conflicto armado en el territorio del Estado entre las fuerzas estatales y grupos armados organizados, o entre grupos armados organizados, pero con un estándar menor que el consagrado en el Protocolo II, como quiera que no se requiere, como mínimo, "mando responsable" de los comandantes, ni el "control" de una parte del territorio. Basta con la existencia de un conflicto armado prolongado, incluso entre dos grupos irregulares. Los actos criminales enumerados en el artículo 8(2)(e) incluyen:²⁰²

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento

de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas;

iii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave a los cuatro Convenios de Ginebra;

iv) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar en hostilidades;

v) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, al menos de que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas.

Aclara el estatuto, que la consagración de estas conductas como crímenes de guerra, no impide el ejercicio de las responsabilidades que incumben a todo gobierno en la utilización de medios legítimos para el mantenimiento o restablecimiento del orden público en el Estado ni en la defensa de la unidad e integridad territorial (artículo 8 (3) ER).

Encuentra la Corte que las definiciones sobre crímenes de guerra protegen la efectividad del derecho a la vida (artículo 11), a la integridad física; el respeto a la prohibición de desapariciones y torturas (artículo 12), y a la prohibición de la esclavitud (artículo 17). Igualmente, propenden el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de respeto al derecho internacional humanitario asumidos soberanamente por Colombia al ratificar los Convenios de Ginebra de 1949 (Ley 6 de 1960) y sus Protocolos I y II de 1977 (Leyes 11 de 1992 y 171 de 1994). Adicionalmente, como los eventos descritos como conflicto armado de carácter internacional e interno pueden dar lugar a la aplicación de medidas propias de los estados de excepción (artículo 212 y 213, CP), las normas del Estatuto que describen las conductas tipificadas como crímenes de guerra garantizan la prevalencia y efectividad de los derechos cuya suspensión se prohíbe aun durante dichos estados (artículo 93 CP). La condición de que las políticas de orden público sean adelantadas por cualquier medio siempre que este sea "legítimo", reafirma este propósito de propender el respeto al marco jurídico democrático nacional e internacional.

4.1.3.1.4. Crimen de Agresión

El artículo 5.2 estipula que la Corte ejercerá su competencia sobre el crimen de agresión, una vez que se adopte una disposición en la Conferencia de Revisión, luego de siete años de entrada en vigor del Estatuto. En efecto, esta Conferencia definirá el crimen y las condiciones bajo las cuales la Corte será competente respecto a éste, y deberá ser conforme con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas. Los artículos 5.2, 121 y 123 claramente disponen que la Corte no será competente sobre el crimen de agresión antes de siete años de la entrada en vigor del Estatuto y, en todo caso, según las normas de entrada en vigor a que se refiere el numeral 5 del artículo 121 del Estatuto.

La categoría crimen de agresión refiere a asociadas con crímenes contra la paz. De acuerdo con lo expuesto en la sección 2.2 de esta sentencia, aún no existe una definición de consenso.

El artículo 5.2 resalta el debate internacional en torno a la definición del crimen de agresión, la cual siempre ha sido controversial. Las Convenciones para el Acuerdo Pacífico de Disputas Internacionales de la Haya de 1899 y 1907 y el Pacto de París de 1928 (Pacto Kellog-Briand), emplean la expresión "guerras agresivas", pero ninguno de éstos estableció el crimen de agresión como un delito internacional. En la Convención para el Establecimiento de una Corte de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, de la Comisión para Crímenes de Guerra de la ONU, se proveía que tal Corte sólo enjuiciaría las personas "que actuaban bajo la autoridad de, o alegaban la autoridad de, o en conjunto con un Estado o entidad política involucrada en una guerra u hostilidades armadas con cualquier de las Partes Contratantes, o en una ocupación hostil de cualquiera de las Partes Contratantes".

Los magistrados del Tribunal de Nuremberg, al comprobar que se habían cometido "crímenes contra la paz", se basaron principalmente en los tratados de los cuales Alemania formaba parte. Igualmente, el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas emplea la expresión "actos de agresión", pero no establece una definición de ella.

En 1974, la Asamblea General aprobó la Resolución sobre la definición de la Agresión, la cual dispuso que "una guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional" (artículo 5.2 ER). Sin embargo, la Resolución no se refiere a la responsabilidad penal individual por actos de agresión y, por lo tanto, se debate si tal definición es aplicable a los casos de actos penales individuales.²⁰³ Sin embargo, hasta tanto los Estados Partes no adopten una definición precisa del crimen de agresión, no podrá la Corte Penal Internacional conocer de él, de conformidad con lo que establecen el artículo 5.2., 121 y 123 del Estatuto.

4.1.3.2. Derecho aplicable por la Corte Penal Internacional

En cuanto a las fuentes de derecho aplicables por la Corte Penal Internacional, el artículo 21 señala una jerarquía de tres fuentes. En primer lugar, el Estatuto de Roma, los Elementos del Crimen y las Reglas de Procedimiento y Prueba (artículo 21.1. a) ER); en caso de conflicto entre estas normas, prevalecen las del Estatuto de Roma (artículo 52.5 ER).

En segundo lugar, la Corte puede apoyarse en las fuentes de derecho internacional (artículo 21.1. b) ER). Y, en tercer lugar, en defecto de las dos primeras fuentes, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, a condición de que no sean incompatibles con el Estatuto, con el derecho internacional ni con las normas y estándares internacionalmente reconocidos (artículo 21.1. c) ER). Igualmente, la Corte Penal Internacional puede acudir a su propia jurisprudencia (artículo 21.2 ER). Finalmente, en su artículo 21.3, el Estatuto de Roma prohíbe la discriminación en la aplicación e interpretación del derecho.

La Corte constata que sólo el tercer tipo de fuentes es derecho aplicable en defecto de las dos primeras. Es decir, los dos primeros tipos de

fuentes no están inevitablemente relacionados entre sí mediante un criterio de subsidiariedad, aunque el Estatuto de Roma es norma especial para cuya interpretación concurren "en primer lugar" los elementos del Crimen y las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Además, el Estatuto de Roma no es derogatorio del derecho internacional de los derechos humanos ni del derecho internacional humanitario (artículo 10 del E.R.). Por el contrario, es un instrumento internacional concebido para contribuir a la efectividad de estos ramos del derecho internacional evitando que las violaciones que constituyan crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional queden impunes (Preámbulo).

También constata la Corte que varios Estados han formulado declaraciones interpretativas que versan sobre la cuestión de la relación del Estatuto de Roma, como instrumento especial que comparte las finalidades de los principales tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario, y tales tratados.²⁰⁴

Adicionalmente, es misión de la Corte Constitucional asegurar que los colombianos que llegaren a ser investigados o juzgados por la Corte Penal Internacional gocen efectivamente de sus derechos y cumplan sus deberes, al tenor del principio constitucional fundamental establecido en el artículo 2 de la Carta. Tales derechos y deberes han de ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (artículo 93 C.N.).

Claro está que la aplicación de los tratados aludidos se hace de tal forma que no sea incompatible con el Estatuto de Roma ni surtan el efecto de restringir el alcance de sus disposiciones puesto que tales instrumentos son derecho aplicable "cuando proceda" a la luz de los propios fines del Estatuto, como lo precisa el literal b del artículo 21.

Entonces, concluye la Corte que, si llegare a darse el caso de que un colombiano haya de ser investigado y enjuiciado por la Corte Penal Internacional, procede la interpretación del Estatuto de Roma de conformidad con los principios y normas que integran el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, siempre y cuando éstos no sean incompatibles con dicho Estatuto ni restrinjan el alcance de sus disposiciones.

4.1.4. Cuestiones Especiales

Otro de los temas tratados en esta Parte II del Estatuto de Roma se refiere al ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional. Esta Corporación ya examinó la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional (sección 4.3.2.1) y las relaciones de la Corte Penal Internacional con el Consejo de seguridad de la ONU (sección 4.3.2.2). Por lo anterior, la Corte no volverá a hacer referencia a ellos en este apartado y sólo procederá a estudiar dos cuestiones especiales: la posibilidad de que el Fiscal inicie de oficio una investigación por alguno de los crímenes señalados en los artículos 5 a 8 del Estatuto de Roma (artículo 18 ER) y la insuficiente precisión en la definición de algunos de los crímenes de competencia de la Corte (artículos 6 a 8 ER).

4.1.4.1. Inicio de la investigación por la Corte Penal Internacional por parte del Fiscal

Señala el Estatuto de Roma lo siguiente:

Artículo 18. Decisiones preliminares relativas a la admisibilidad

1. Cuando se haya remitido a la Corte una situación en virtud del artículo 13 a) y el Fiscal haya determinado que existen fundamentos razonables para comenzar una investigación, o el Fiscal inicie una investigación en virtud de los artículos 13 c) y 15, éste lo notificará a todos los Estados Partes y a aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate. El Fiscal podrá hacer la notificación a esos Estados con carácter confidencial y, cuando lo considere necesario a fin de proteger personas, impedir la destrucción de pruebas o impedir la fuga de personas, podrá limitar el alcance de la información proporcionada a los Estados.
2. Dentro del mes siguiente a la recepción de dicha notificación, el Estado podrá informar a la Corte que está llevando o ha llevado a cabo una investigación en relación con sus nacionales u otras personas bajo su jurisdicción respecto de actos criminales que puedan constituir crímenes contemplados en el artículo 5 y a los que se refiera la información proporcionada en la notificación a los Estados. A petición de dicho Estado, el Fiscal se inhibirá de su competencia en favor del Estado en relación con la investigación sobre las personas antes mencionadas, a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares decida, a petición del Fiscal, autorizar la investigación.
3. El Fiscal podrá volver a examinar la cuestión de la inhibición de su competencia al cabo de seis meses a partir de la fecha de la remisión o cuando se haya producido un cambio significativo de circunstancias en vista de que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo.
4. El Estado de que se trate o el Fiscal podrán apelar ante la Sala de Apelaciones de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el artículo 82. La apelación podrá sustanciarse en forma sumaria.
5. Cuando el Fiscal se haya inhibido de su competencia en relación con la investigación con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2, podrá pedir al Estado de que se trate que le informe periódicamente de la marcha de sus investigaciones y del juicio ulterior. Los Estados Partes responderán a esas peticiones sin dilaciones indebidas.
6. El Fiscal podrá, hasta que la Sala de Cuestiones Preliminares haya emitido su decisión, o en cualquier momento si se hubiere inhibido de su

competencia en virtud de este artículo, pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares, con carácter excepcional, que le autorice a llevar adelante las indagaciones que estime necesarias cuando exista una oportunidad única de obtener pruebas importantes o exista un riesgo significativo de que esas pruebas no estén disponibles ulteriormente.

7. El Estado que haya apelado una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares en virtud del presente artículo podrá impugnar la admisibilidad de un asunto en virtud del artículo 19, haciendo valer hechos nuevos importantes o un cambio significativo de las circunstancias.

De conformidad con el artículo transcrito y teniendo en cuenta lo que establecen los artículos 13 a 15 del Estatuto, existen tres desencadenantes diferentes y alternativos que permiten que la Corte Penal Internacional pueda iniciar una investigación (artículos 13 a 15, ER):

(i) Cuando un Estado Parte remite "una situación" al Fiscal, en la cual parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte (artículos 13, literal a) y 14 ER) y el Fiscal llega a la conclusión de que existen fundamentos razonables para comenzar una investigación (artículo 18.1 ER). En este evento aún es necesario determinar si la situación en cuestión está bajo la competencia de la Corte Penal Internacional (artículos 11, 12 y 14 ER) y si el caso particular es admisible (artículos 18 y 19 ER).

(ii) Cuando el Consejo de Seguridad remite al Fiscal una situación, actuando con arreglo a lo dispuesto con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, cuando parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte (artículo 13(b) ER). En ese evento se entiende que la Corte Penal Internacional está ante una situación sobre la cual puede ejercer su jurisdicción, pero todavía es necesario examinar si el caso es admisible o no (artículo 17, 18 y 19 ER).

(iii) Cuando el Fiscal haya iniciado una investigación de oficio, respecto a un crimen de ese tipo, con base en información recibida de cualquier fuente confiable (artículos 13(c) y 15 ER) y la Sala de Cuestiones Preliminares ha autorizado que se inicie la investigación. En este evento todavía es necesario determinar si la situación en cuestión está bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (artículos 11, 12 y 14 ER) y si el caso particular es admisible (artículos 18 y 19 ER).

En el tercer evento, el Estatuto establece un procedimiento especial para evitar posibles abusos por parte del Fiscal y le exige que pida la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, presentando una solicitud motivada, junto con la documentación con base en la cual funda su petición (artículo 15 ER). Si la Sala de Cuestiones Preliminares autoriza el inicio de la investigación, el Fiscal podrá proceder a realizarla, sin perjuicio de que posteriormente se decida que el caso no es admisible.

Antes de admitir el caso, los Estados Partes que en principio tendrían jurisdicción sobre éste, deben ser notificados de este evento, a fin de que tenga la oportunidad de impugnar esa decisión ante la Sala de Cuestiones Preliminares (artículos 15, 18.1 y 19 ER), y solicitar la inhibición de su competencia a favor del Estado.²⁰⁵

Estas disposiciones no sólo evitan la duplicidad de esfuerzos para el juzgamiento de graves crímenes contra los derechos humanos, sino que garantizan la primacía de las jurisdicciones nacionales. Si el caso está siendo investigado o ya fue juzgado de forma compatible con el Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional deberá abstenerse de iniciar la investigación y el juzgamiento del mismo (ver sección 4.3.2.1 de esta sentencia). Si el Estado no puede o no quiere ejercer su jurisdicción, de conformidad con el artículo 17 del Estatuto de Roma, será la Corte Penal Internacional quien la ejerza, si la situación reúne las condiciones establecidas en ese artículo.

Por otra parte, con el fin de evitar que a través de investigaciones "aparentes" los Estados sustraigan del conocimiento de la Corte una determinada situación, el Estatuto establece un mecanismo de seguimiento para que el Fiscal reciba informes sobre los avances de la investigación penal y del juzgamiento adelantado por el Estado que objetó la competencia de la Corte Penal Internacional, por estar en curso el proceso penal respectivo. El artículo 18.2. de Estatuto de Roma dice que "el Estado podrá informar a la Corte de sus propias investigaciones", de lo cual surge que no existe un deber permanente de informar sobre el avance o resultados de las investigaciones que adelante dentro de su jurisdicción, salvo que el Fiscal le solicite expresamente dicha información, caso en el cual deberá responder "sin dilaciones indebidas".

Encuentra la Corte que estas disposiciones respetan la primacía del ejercicio de la jurisdicción penal nacional para investigar tales conductas, y contribuyen al cumplimiento de los compromisos internacionales de Colombia en materia de protección de derechos humanos y derecho internacional humanitario (artículos 2, 4, 9 y 93 CP). Aun cuando tales disposiciones limitan la soberanía de Colombia para adelantar investigaciones penales y llevar a cabo el juzgamiento de conductas, como quiera que la Corte Penal Internacional ha sido autorizada por el Estatuto de Roma para examinar que los procesos internos de investigación y juzgamiento no sean contrarios al Estatuto, tal limitación no despoja a Colombia de sus competencias en materia penal, como ya se anotó anteriormente (ver sección 4.3.2.1 de esta sentencia).

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

Un asunto de particular importancia que requiere de un análisis especial en esta sección es el problema de la aparente indeterminación de varias de las conductas incluidas en los artículos 5 a 8 del Estatuto. Pasa a examinar la Corte si la forma como han sido tipificadas tales conductas en el Estatuto implica un tratamiento diferente del principio de legalidad que consagra el artículo 29 constitucional.

A pesar de que el Estatuto de Roma introduce expresamente los principios de legalidad y de prohibición de la analogía, como principios básicos para el juzgamiento de crímenes internacionales (artículos 22 y 23, del Estatuto de Roma, analizados en la sección 4.5. de esta sentencia), y que gran parte de sus disposiciones sobre crímenes internacionales recogen la experiencia y definiciones propias del derecho penal internacional, en especial en los procesos adelantados por los tribunales internacionales de Yugoslavia y Ruanda, encuentra la Corte que algunas de las conductas descritas en los artículos 6, 7 y 8, tienen un grado de imprecisión que parece sugerir que éstas responden a un estándar diferente del principio

de legalidad que orienta el derecho penal tanto en el ámbito nacional como en el contexto internacional.²⁰⁶

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

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

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

Sin embargo, como quiera que el Acto Legislativo No. 02 de 2001 admitió la constitucionalidad de un tratamiento diferente para aquellos asuntos que sean de competencia de la Corte Penal Internacional, aplicable única y exclusivamente cuando se trate del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Estatuto de Roma, la Corte se limitará a constatar la existencia de esa diferencia. Subraya la Corte que los Estados reunidos en Roma postergaron el desarrollo de los elementos de cada crimen para su incorporación a un instrumento denominado "Elementos del Crimen" (artículo 9, ER), aspecto al cual se hará referencia en el apartado 4.17.

Encuentra también la Corte que el artículo 9 del Estatuto dejó en manos de la Asamblea General de Estados Partes la adopción de los elementos de los crímenes incluidos en el Estatuto²⁰⁷. Dicho instrumento ayudará a la interpretación y aplicación del mismo, y seguramente reducirá los problemas que tienen algunas de las definiciones empleadas en el Estatuto.

4.5. Parte III del Estatuto: de los principios generales de derecho penal

4.5.1 Cuestiones generales

La Parte III del Estatuto de Roma contiene los principios generales de derecho penal a los que se sujeta la Corte Penal Internacional.²⁰⁸ Otros instrumentos internacionales para la persecución de crímenes de guerra y ofensas similares - por ejemplo los estatutos de los tribunales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda - no contienen una parte general dedicada a principios generales de derecho penal, pese a incluir aisladamente algunos de ellos.²⁰⁹ Tampoco el Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional de la Comisión de Derecho Internacional, sometido a la Asamblea General en 1994, contenía una sección referida a los principios generales de derecho penal.²¹⁰ La finalidad de una tal sección fue, según el Informe del Comité *ad hoc* nombrado por la Asamblea General, establecer un conjunto de disposiciones que proporcionen a los Estados Partes un claro entendimiento del marco legal de la Corte Penal internacional, que la guíen, garanticen el grado de predicción y certeza requerida para asegurar el respeto de los derechos del acusado, y promuevan una jurisprudencia uniforme.²¹¹

La parte III del Estatuto de Roma consta de 12 artículos - del 22 al 33 - que consagran los siguientes principios generales de derecho penal: *nullum crimen sine lege* (artículo 22); *nulla poena sine lege* (artículo 23); irretroactividad *ratione personae* (artículo 24); responsabilidad penal individual (artículo 25); exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte (artículo 26); improcedencia del cargo oficial (artículo 27); responsabilidad de los jefes y otros superiores (artículo 28); imprescriptibilidad (artículo 29); elemento de intencionalidad (artículo 30); circunstancias eximentes de responsabilidad penal (artículo 31); error de hecho o error de derecho (artículo 32); órdenes superiores y disposiciones legales (artículo 33). A los anteriores principios pueden adicionarse otros principios generales de derecho penal, también consagrados en el Estatuto como el principio de *cosa juzgada* (artículo 20), el derecho aplicable (artículo 21) y la presunción de inocencia (artículo 66), los cuales son analizados en las secciones 4.3.2.1.6., 4.4.3. y 4.8.2 de esta sentencia, respectivamente.

Como bien lo anotan importantes tratadistas sobre la materia, la parte general del Estatuto representa el intento más ambicioso hecho hasta ahora por la comunidad mundial de codificar los principios generales de derecho penal.²¹² Todos los principios generales de derecho penal antes mencionados tienen gran relevancia para la vigencia de los derechos humanos y para la lucha contra la impunidad por delitos de enorme gravedad para la humanidad. Para efectos del control de constitucionalidad del Estatuto, sin embargo, sólo algunos de ellos ameritan una consideración detallada respecto de su consonancia con los preceptos constitucionales, marco a partir del cual esta Corte debe realizar el examen de su constitucionalidad.

En efecto, los principios de legalidad de la conducta punible y de la exclusión de la analogía (artículo 22), de legalidad de la pena (artículo 23), de irretroactividad (artículo 24), de responsabilidad penal individual (artículo 25) y de exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte Penal Internacional (artículo 26) no presentan problemas de compatibilidad con el orden constitucional colombiano.

El principio de *nullum crimen sine lege* excluye la posibilidad de que la Corte Penal Internacional ejerza su competencia sobre delitos no consignados en el Estatuto de Roma. Este principio abarca garantías penales de importancia suprema, como las reglas de *lex scripta*, *lex praevia*, *lex stricta* y *lex certa*.²¹³ Es así como el Estatuto de Roma establece que nadie será penalmente responsable a menos que su conducta constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de competencia de la Corte (artículo 22.1 ER). Además, consagra un principio de interpretación restrictiva de la definición de crimen y prohíbe su extensión por analogía (artículo 22.2 ER). Lo anterior sin desmedro de la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional, independientemente de lo estipulado en el Estatuto de Roma (artículo 22.3 ER). Por su parte, los artículos 22 y 23 consagran los principios *nullum crimen* y *nulla poena sine lege*, como también lo hace el artículo 29 de la

Constitución.

El principio de "irretroactividad *ratione personae*" consagrado en el artículo 24 más que una prohibición a la retroactividad de la ley respecto de conductas realizadas antes de su consagración como crímenes, es en realidad una norma que limita la competencia de la Corte Penal Internacional a los delitos consagrados en el Estatuto de Roma por conductas posteriores a su entrada en vigor. La irretroactividad del Estatuto no supone la impunidad de tales conductas. Estas, de todas maneras, pueden ser investigadas y sancionadas por las jurisdicciones nacionales o por otros tribunales internacionales, si se tiene en cuenta que el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra se encontraban proscritos en el derecho internacional de los derechos humanos y por el derecho internacional humanitario antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, así como por la existencia de un compromiso internacional para su represión²¹⁴ y del reconocimiento de una jurisdicción universal para su juzgamiento por cualquier Estado, como se analizó en la sección 2.2. de esta sentencia. Por lo demás, la Corte encuentra que el artículo 24, numeral 1º, que limita la competencia de la Corte a los crímenes cometidos después de su entrada en vigor, y el numeral 2º, que consagra el principio de favorabilidad en beneficio del investigado, procesado o condenado cuando se modifica el derecho aplicable antes de haberse proferido sentencia definitiva por la Corte Penal Internacional, consagran principios que están en consonancia con el artículo 29, inciso 2º de la Constitución.

El artículo 25 del Estatuto consagra el principio de responsabilidad penal individual sobre personas naturales por los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional.²¹⁵ Se excluye del Estatuto de Roma toda responsabilidad penal de personas jurídicas como potenciales responsables penales por las conductas proscritas en el Estatuto, ya que los crímenes contra el derecho internacional no son cometidos por entidades abstractas sino por individuos. Al margen de la responsabilidad de los Estados según el derecho internacional, la Corte Penal Internacional juzga y castiga a individuos, no a sus Estados de origen. Este principio tiene especial significación, ya que en él no se diferencia entre personas naturales particulares o servidores públicos. No sólo los funcionarios públicos sino también los particulares, especialmente los miembros de grupos al margen de la ley, pueden ser responsables individualmente por violación de los derechos humanos protegidos, por vía de la penalización de gravísimas conductas como las consignadas en el Estatuto de Roma. Así, toda persona que cometa un crimen de los descritos en el Estatuto en el territorio de un Estado Parte, o todo nacional de un Estado no Parte que cometa tales crímenes y que acepte la competencia de la Corte mediante un acuerdo especial, es pasible de la competencia de la Corte Penal Internacional. Ello asegura que, por lo menos, respecto de delitos más graves exista un mecanismo adicional para impedir que queden impunes, tal como se analizó en la sección 4.3.2.1. de esta sentencia. En este sentido la Corte Penal Internacional, al igual que los Tribunales de Nuremberg, Tokio, para la ex Yugoslavia y para Ruanda que le antecedieron, busca responsabilizar penalmente a los mayores criminales, responsables de atrocidades a gran escala.²¹⁶

De otra parte, el principio de responsabilidad penal individual que establece el artículo 25 del Estatuto, es congruente con el elemento de la intencionalidad establecido en el artículo 30 del Estatuto, cuya compatibilidad con nuestro ordenamiento constitucional se examinará en la sección 4.5.2.4. de esta sentencia. La intencionalidad como elemento del delito se predica de la persona que incurre en la conducta prohibida, no de otros entes o personas abstractas que trascienden al ser humano, lo que refuerza la idea de un derecho penal de responsabilidad individual.

En el artículo 25 se diferencian varias formas de responsabilidad penal: en calidad de autores: autoría individual, coautoría, autoría mediata (artículo 25. 3 literal a), ER); en calidad de partícipes: participación por ordenar, proponer o inducir a otro a un hecho consumado o intentado (artículo 25. 3 literal b) ER); en calidad de cómplices (artículo 25. 3 literal c) ER); y, en calidad de colaboradores para cometer o intentar cometer un hecho con el propósito de facilitar su comisión (artículo 25. 3 literal d) ER), con lo que se recoge formas tradicionales de participación criminal aceptadas tanto por los sistemas penales nacionales como por el derecho penal internacional.²¹⁷

Respecto del crimen de genocidio, la norma hace responsable penalmente a quien instigue directa y públicamente a que se cometa el crimen (artículo 25.3 literal e) ER). A primera vista podría pensarse que esta norma entra en conflicto con el derecho fundamental a la libertad de expresión, consagrada en el artículo 20 de la Constitución, ya que de la mera instigación al genocidio mediante la palabra se deriva la responsabilidad del instigador. No obstante, es claro que el derecho fundamental a la libertad de expresión no es absoluto y, por lo mismo, puede ser limitado con fundamento constitucional suficiente²¹⁸ en aras de preservar otros principios constitucionales, en este caso la vida y la integridad personal, entre otros. Adicionalmente, debe recordarse que tal conducta fue expresamente prohibida por el artículo III, c) de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, ya ratificada por Colombia.

Mención aparte merece el tratamiento dado en dicho artículo a la "conspiración" como una de las formas de la complicidad, a diferencia de la conspiración entendida como delito consumado en la tradición del *common law*. Establece el artículo 25.3 del Estatuto:

"3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: (...)

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

La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen".

De esta forma, el estatuto exige que la contribución a la comisión o tentativa de comisión del crimen se realice de manera intencional y con el

objetivo de facilitar la actividad criminal o fin criminal del grupo o con conocimiento de la intención criminal del grupo. A diferencia de la conspiración en el *common law*, donde una conspiración se comete desde el momento mismo en que dos personas acuerdan cometer un crimen, con independencia de que éste finalmente se cometa o no en forma tentada o consumada, en los sistemas continentales - y en este caso también en el Estatuto de Roma - la conspiración se concibe como una forma de complicidad o participación en un crimen consumado o tentado. Así, el mero acuerdo para delinquir es insuficiente para generar responsabilidad.²²¹ Por su parte, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio sí cubre la conspiración del *common law*, al proscribir la asociación para cometer genocidio como un crimen internacional.²²² El Estatuto de Roma resulta más restrictivo que la Convención.

Con relación a la exclusión de los menores de 18 de la competencia de la Corte Penal Internacional, la Corte observa que la norma es coherente con las normas constitucionales que protegen especialmente a los niños o menores de edad y, en el ámbito nacional, le otorgan un tratamiento especial como inimputables sujetos a medidas de seguridad y no a penas,²²³ cuando son encontrados responsables por los jueces nacionales de la comisión de un delito (artículo 33 del Código Penal, artículo 2º de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1992; y el artículo 2º del Código del Menor). La Corte Penal Internacional carece de competencia para perseguir y enjuiciar las conductas de personas menores de edad, siendo las autoridades nacionales, en principio, los llamados a conocer de estos hechos, en consonancia con las normas nacionales e internacionales de protección al menor.

Finalmente, otra cuestión general que no presenta un tratamiento diverso del Estatuto respecto de la normatividad nacional, y que por lo tanto no amerita un análisis detallado, es la relativa a la defensa o exclusión de la pena por error de hecho o de derecho cuando se afecta el elemento de la intencionalidad regulado en el artículo 30 del Estatuto.

En lo que respecta a los demás principios contenidos en la Parte III del Estatuto de Roma - arts. 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33 - la Corte encuentra que ellos deben ser revisados con mayor detenimiento en el apartado de cuestiones especiales.

4.5.2 Cuestiones especiales

La Corte pasa a examinar con mayor detenimiento algunos de los preceptos de la Parte III del Estatuto de Roma que ameritan un examen constitucional más exhaustivo.

4.5.2.1 Improcedencia del cargo oficial

Un importante acuerdo de los países que suscribieron el Estatuto de Roma lo constituye la irrelevancia del cargo oficial y la inmunidad que puede estar asociada al mismo para eximirse de responsabilidad por la comisión de cualquiera de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, señalados en el artículo 5º. Establece el Estatuto de Roma lo siguiente:

"Artículo 27

Improcedencia del cargo oficial

1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena.
2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella."

El citado precepto excluye lo que en estricto sentido sería una defensa. La norma refiere no solo a la inmunidad en sentido estricto sino a cualquier defensa derivada del cargo oficial, como la inviolabilidad parlamentaria o la existencia de un fuero especial. Con él se asegura que ni los altos funcionarios públicos dentro de un Estado - por ejemplo un Jefe de Estado o de Gobierno, un miembro del gobierno o un parlamentario-, cualquiera que sea su nivel y jerarquía, queden a salvo de la instrucción y del juzgamiento por parte del Corte Penal Internacional cuando incurren en una de las conductas estipuladas en el Estatuto. Se ha optado por colocar el valor de los bienes jurídicos de interés para toda la humanidad protegidos en el Estatuto por encima de la protección a la investidura de los mandatarios. Se trata aquí de un cambio de enorme significación: los derechos humanos ocupan un claro lugar de precedencia sobre los principios de inmunidad de los Jefes de Estado, de Gobierno y de otros altos funcionarios del Estado reconocidos por el derecho internacional²²⁴ y por el derecho interno de los Estados, con lo que se ratifica la tendencia en este sentido presente en diversos instrumentos internacionales, entre ellos la Convención de Genocidio, los Principios de Nuremberg, los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* y el Código de Crímenes contra la Paz. La inmunidad penal del poder ha cedido, no sin resistencia, dadas las reformas constitucionales que ciertos países como Francia tuvieron que adelantar para exceptuar el principio de inmunidad del primer mandatario,²²⁵ frente a la importancia y a la necesidad de protección de la dignidad de la vida humana.

De conformidad con el principio de inmunidad de los jefes de Estado, en sentido estricto, tales funcionarios no pueden ser juzgados por las jurisdicciones nacionales de otros Estados. La regulación interna de este principio ha dado lugar a una gran variedad de tratamientos judiciales, que van desde la imposibilidad absoluta de ser juzgados, aún por sus propios Estados y su extensión a funcionarios distintos al Jefe de Estado o de Gobierno, hasta el reconocimiento de fueros especiales de juzgamiento que en principio impiden que cualquier otra jurisdicción distinta de la expresamente autorizada, los juzgue.

El artículo 27 del Estatuto, como se anotó, emplea la expresión inmunidades en un sentido amplio para referirse tanto a los jefes de Estado y de gobierno como a otros altos funcionarios estatales, cobijados bien sea por inmunidades en sentido estricto, como por fueros especiales o reglas

de inviolabilidad, reconocidas en los distintos ordenamientos internos. Si bien la norma no tiene el alcance de eliminar la inmunidad, inviolabilidad o fuero que pudieran derivarse de ciertos cargos públicos en el ámbito nacional, ésta no inhibe la competencia de la Corte Penal Internacional, no exime de la responsabilidad penal ni puede fungir de causal para la reducción de la pena.

El problema jurídico que presenta la norma consiste en determinar claramente cómo se compagina el principio de la improcedencia del cargo oficial con el reconocimiento constitucional de ciertos fueros especiales y de inviolabilidades. Así, por ejemplo, el artículo 185 CP. consagra la inviolabilidad de los congresistas por las opiniones y votos que emitan en el ejercicio de su cargo (1); el artículo 186 C.P. dispone que de los delitos que cometan los congresistas conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia (2); el artículo 199 consagra un fuero especial para el Presidente de la República, que no puede ser perseguido ni juzgado por delitos sino en virtud de decisión de la Cámara de Representantes y cuando el Senado lo haya autorizado (3); el artículo 221 C.P. establece el fuero militar (4); y diversas disposiciones constitucionales consagran un fuero especial para la investigación (artículo 251. 1 CP), la acusación (artículo 174 CP) y el juzgamiento de altos funcionarios (artículo 235. 2,3 y 4 CP).

La Corte encuentra que en esta materia el Estatuto de Roma establece un tratamiento diferente autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001.

En primer lugar, desde 1991 la inmunidad de altos funcionarios nacionales no existe en Colombia y respecto de los funcionarios extranjeros que gozan de inmunidad de conformidad con el derecho internacional, el propio Estatuto de Roma ha establecido un mecanismo especial de forma que esta figura no constituya un obstáculo para el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional, tal como se analiza en las secciones 4.5.2.1. y 4.10.2.1.3 de esta sentencia.

En segundo lugar, como quiera que de conformidad con el Preámbulo del Estatuto y los artículos 1 y 17 del mismo, la Corte tiene una jurisdicción complementaria que asegura que sean las autoridades nacionales las que tengan la primacía para juzgar y sancionar a quienes sean responsables de genocidio, de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, las normas sobre fuero e inviolabilidad que consagra nuestra Carta, siguen siendo aplicables en esos eventos y cuando sean nuestras autoridades las que juzguen, puesto que el Estatuto no modifica dichas disposiciones en el ordenamiento interno.

En tercer lugar, una vez Colombia exprese su consentimiento libre y soberano para obligarse de conformidad con el Estatuto de Roma, acepta también que la Corte Penal Internacional es el juez natural subsidiario, independientemente del cargo de la persona en cuestión, para la investigación y juzgamiento de los crímenes señalados en el artículo 5 del Estatuto, sí y solo sí el Estado no está dispuesto o no puede juzgarlos (artículo 17 ER).

En cuarto lugar, con la adopción del Acto Legislativo 02 de 2001, por el cual se adicionó el artículo 93 de la Constitución, el constituyente derivado autorizó un tratamiento diferente en los eventos regulados por el Estatuto de Roma. Este constituye una excepción expresa, entre otros, a los artículos 185, 186, 199, 221, 251.1, 174 y 235 numerales 2, 3 y 4 de la Constitución. La diferencia entre el artículo 27 del Estatuto de Roma y las normas constitucionales que reconocen inmunidad, entendida en sentido amplio, a ciertas personas que ocupan altos cargos públicos, opera sin desmedro del tratamiento dado por el derecho interno al procesado por un crimen de los descritos en el Estatuto. Las normas constitucionales no obstaculizan la competencia de la Corte para investigar o juzgar a las personas sindicadas de haber cometido uno de tales crímenes, siempre que se den las condiciones de admisibilidad del caso, ya analizadas.

El artículo 27 del Estatuto de Roma viene así a recoger importantes antecedentes de derecho internacional, como los casos del juzgamiento de Augusto Pinochet o del Tribunal *ad hoc* para Yugoslavia.²²⁶

4.5.2.2 Responsabilidad de los jefes y otros superiores

El artículo 28 del estatuto de Roma hace responsables penalmente a los jefes militares oficiales o de facto, por crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional cometidos por fuerzas bajo su mando o autoridad y control efectivo (artículo 28 literal a) ER) y, extiende la responsabilidad penal a superiores civiles por los actos de los subordinados que estén bajo su autoridad y control efectivo (artículo 28 literal b) ER). Establece el artículo 28:

"Artículo 28

Responsabilidad de los jefes y otros superiores

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

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

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

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

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

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

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

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

La lucha contra la impunidad frente a la comisión de crímenes atroces ha llevado a los países signatarios del Estatuto de Roma a codificar la doctrina de la responsabilidad del comandante o superior. El artículo 28 a) cubre no sólo a los jefes militares de las fuerzas militares oficiales, sino también a los jefes de facto de grupos armados irregulares. A la persona que sea comandante militar, oficial o de facto, en virtud de que son garantes por ciertas conductas de personas sometidas a su control, se le imputan los crímenes de las fuerzas que están bajo su mando y control efectivo, que se hayan cometido como consecuencia de la falta de desempeño de ese control. Esta imputación se presenta cuando dicho comandante sabía o ha debido saber, dadas las circunstancias, que sus fuerzas estaban cometiendo o cometerían un crimen y omitió emprender cualquiera de las medidas necesarias y razonables para evitar la comisión, impedir la o someter la cuestión a investigación de los funcionarios competentes.

Lo más importante de este artículo es que amplía la responsabilidad penal de los que tienen mando militar o detentan de facto autoridad militar para evitar la impunidad tanto de los jefes investidos formal y públicamente como de los superiores de facto de grupos irregulares. Dicha norma responde a la experiencia de la humanidad en esta materia, sintetizada en una decisión proferida dos años antes por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia:

"El Tribunal tiene razones válidas particulares para ejercer su jurisdicción sobre personas que, por su posición de autoridad política o militar, pueden ordenar la comisión de crímenes dentro de su competencia *ratione materiae* o que pese a conocer de dicha comisión se abstengan de prevenir o castigar a los perpetradores de tales crímenes".²²⁷ (traducción no oficial)

Además, no se requiere probar que el jefe militar o el que actúa como jefe militar haya impartido una orden específica de cometer un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional, pues dicho jefe militar puede ser responsable aún por actos de sus subordinados que él no haya conocido pero que, dadas las circunstancias del caso, haya debido conocer, impedir, reprimir o denunciar, como se estableció en el célebre caso Yamashita.²²⁸ Es decir, se trata de una hipótesis en la cual puede existir responsabilidad a título de imprudencia en los crímenes enunciados en el Estatuto. El Protocolo I, en su artículo 86 (2)²²⁹ recogió en el derecho positivo internacional el principio sentado por vía jurisprudencial.²³⁰ Este principio, conocido como de responsabilidad del comandante o superior, fue luego desarrollado en los estatutos de los Tribunales *ad hoc*.²³¹

Por otra parte, el artículo 28 b) del Estatuto, establece un parámetro diferente para medir la responsabilidad penal de superiores por actos de sus subordinados en circunstancias distintas a las consignadas en el literal a). En primer lugar, no se refiere aquí a la responsabilidad de quien ejerce como jefe militar, ya sea de un ejército regular o de una fuerza irregular, ni al ejercicio de mando, autoridad y control sobre "fuerzas". En este segundo caso, el literal b) del artículo 28 establece un parámetro de responsabilidad penal de superiores civiles, por actos de sus subalternos si se dan las siguientes tres condiciones: i) cuando hubiere tenido conocimiento de la comisión o del planeamiento de tales crímenes o hubiere deliberadamente hecho caso omiso de dicha información cuando sea claramente indicativa; ii) tales crímenes guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables para evitarlo, reprimirlo o denunciarlo.²³²

Se plantea el problema jurídico de establecer si la consagración de responsabilidad penal por omisión en el Estatuto de Roma, constituye un tratamiento diferente al previsto en la Constitución.

Un antecedente reciente sobre esta responsabilidad penal se encuentra en el derecho penal colombiano mismo. En efecto, la jurisprudencia nacional ha desarrollado y aplicado la doctrina penal de la posición de garante referida a la fuerza pública en la sentencia SU-1184 de 2001 que a continuación se transcribe en lo pertinente:

"(L)as fuerzas militares tienen la obligación -en tanto que garantes- de enfrentar las agresiones individuales o colectivas contra los derechos constitucionales de las personas, así como, de manera general, contra los derechos humanos. De ahí que no puedan abstenerse de iniciar acciones de salvamento, excepto que medie imposibilidad jurídica o fáctica, frente a la ocurrencia de hechos graves de violación de tales derechos, en particular conductas calificables de lesa humanidad, como i) las violaciones a las prohibiciones fijadas en el protocolo II a los acuerdos de Ginebra -y en general al derecho internacional humanitario- o a los tratados sobre restricciones al uso de armas en la guerra (o en conflictos armados internos), ii) las acciones contra bienes culturales durante la guerra y los conflictos armados internos, iii) o los actos de barbarie durante la guerra y los conflictos armados internos -tales como la mutilación, tortura, asesinatos, violaciones, prostitución y desaparición forzada y otros tratos crueles e inhumanos, incompatibles con el sentimiento de humanidad-, pues las fuerzas armadas tienen la obligación de evitar que tales hechos se produzcan.

...

18. La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o *imprudencia*) (subrayas fuera del texto). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho.²³³

La anterior cita de la jurisprudencia constitucional nacional muestra cómo en Colombia la responsabilidad del jefe o superior tiene cabida respecto del jefe militar, oficial o de facto.

Mediante el establecimiento de un tratamiento diferente al previsto en la Constitución, el Estatuto de Roma extiende la responsabilidad penal del comandante, ya sea de un ejército oficial o de fuerzas irregulares (artículo 28, literal a), ER), a superiores civiles respecto de los actos de sus subordinados en las circunstancias establecidas en el artículo 28 literal b). De esta forma, los civiles que tengan subordinados bajo su autoridad o control efectivo también pueden ser hallados responsables por no ejercer un control apropiado de éstos en las condiciones establecidas en el literal b) del artículo 28 del Estatuto de Roma. Dicho tratamiento diferente fue autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001. No sobra decir, que salvo la oposición de China, la extensión de la responsabilidad penal del comandante a otros superiores civiles obtuvo amplio respaldo en las deliberaciones previas a la aprobación del Estatuto de Roma.²³⁴

4.5.2.3 Imprescriptibilidad

El artículo 29 del Estatuto de Roma consagra la imprescriptibilidad de los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional. Establece claramente el artículo 29: "Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán." De esta forma se le cierra la puerta en el Estatuto de Roma a la defensa, esgrimida en su momento por Rudolph Eichmann (juzgado en Jerusalem)²³⁵ y por Klaus Barbie (juzgado en Francia)²³⁶ y otras personas vinculadas a procesos por estos crímenes, consistente en impedir la investigación, el juzgamiento y la condena por esos crímenes como consecuencia de la extinción de la acción penal por prescripción.

Según esto, la Corte Penal Internacional no deja de tener competencia sobre dichos crímenes, pese a que, dada la redacción amplia del Estatuto, la acción penal o la pena hayan prescrito según las reglas del derecho interno. Pero esta medida plantea algunos problemas jurídicos que es necesario resolver: ¿qué sucede cuando una sentencia penal ha declarado la prescripción de la acción penal o de la pena por un crimen de competencia de la Corte y ésta pretende perseguir y sancionar a uno o varios nacionales por los mismos hechos? Por otra parte, ¿establece el artículo 29 del Estatuto de Roma un tratamiento diferente al previsto en el artículo 28 de la Constitución que prohíbe las penas y medidas de seguridad imprescriptibles?

En lo que respecta al primer problema, la Corte Constitucional considera que el propio Estatuto de Roma delimita la competencia de la Corte Penal Internacional (principio de complementariedad, artículos 17 a 19 ER) respecto de delitos de competencia de la justicia penal nacional, al restringir la admisibilidad de la intervención de la Corte Penal Internacional a los casos en que la jurisdicción nacional no está dispuesta o no es capaz de perseguir el crimen que caiga en la esfera de su competencia (artículo 17 ER). Por ello, cuando se ha declarado judicialmente la prescripción de la acción penal o de la sanción penal, salvo que se pruebe la intención de sustraer al acusado de su responsabilidad por crímenes de la competencia de la Corte, no puede afirmarse que la jurisdicción nacional no esté dispuesta o no sea capaz de perseguir el delito.

Precisamente en relación con la garantía constitucional de la imprescriptibilidad de las penas, en un pronunciamiento anterior la Corte declaró exequible²³⁷ la "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas", suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988", bajo el entendido de que el Gobierno Nacional, al momento de depositar el respectivo instrumento de ratificación de la Convención, formularía las reservas y declaraciones hechas por el Congreso de la República, entre ellas la sexta relativa a que "Colombia entiende que el párrafo 8º del artículo 3º de la Convención²³⁸ no implica la imprescriptibilidad de la acción penal." Sostuvo la Corte sobre la garantía constitucional de la imprescriptibilidad de la pena lo siguiente:

"Respecto de la pena, el artículo 28 de la Constitución Política, en el último inciso se refirió a que en ningún caso podrá haber penas imprescriptibles. El transcurso del tiempo obra como causa de extinción de la punibilidad no solamente en abstracto -prescripción del delito-, sino en concreto -prescripción de la pena-, y, por consiguiente, pone fin al proceso penal.

El Estado se encuentra en la obligación de investigar dentro de un determinado tiempo la presunta comisión de un hecho punible. Este principio es parte integrante de los principios que conforman un Estado social de derecho que vela por la dignidad de la persona y el respeto efectivo de los derechos humanos, de conformidad con los artículos 1º y 2º de la Constitución Política.

Así, el principio de celeridad debe caracterizar los procesos penales. Ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad.

Esta idea es reiterada por Eissen cuando afirma que ello "implica un justo equilibrio entre la salvaguardia del interés general de la comunidad y el respeto de los derechos fundamentales del hombre, aunque atribuyendo un valor particular a estos últimos".²³⁹

Consagrar la imprescriptibilidad de la acción penal, viola el artículo 2º numeral 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos internacionales que, al tenor del artículo 93 superior, prevalecen en el orden interno.

Por tal razón, con base en los instrumentos internacionales que Colombia ha ratificado y en la Constitución Política de 1991 es imposible pensar en interpretar en forma diferente la prescriptibilidad de la acción penal y de la pena, por lo cual la declaración se ajusta plenamente a la Constitución."

No obstante lo anterior, la Corte Penal Internacional sí puede -en razón del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de su competencia- llegar a investigar y juzgar conductas constitutivas de cualquiera de los mencionados crímenes, así la acción penal o la sanción penal para los mismos haya prescrito, según las normas jurídicas nacionales.

El tratamiento diferente que hace el Estatuto de Roma respecto a la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, tiene fundamento en el artículo 93 de la Constitución. Se trata de un tratamiento distinto respecto de una garantía constitucional que está expresamente autorizado a partir del Acto Legislativo 02 de 2001 y que opera exclusivamente dentro del ámbito regulado por dicho Estatuto.

4.5.2.4 Elemento de intencionalidad

El artículo 30 del Estatuto de Roma regula el elemento de intencionalidad que, por regla general, debe estar presente en el actor tratándose de los crímenes establecidos en el Estatuto. Dado que se trata de crímenes de extrema gravedad sancionables igualmente con penas privativas de la libertad e incluso con la reclusión de por vida, el Estatuto fija los estándares más altos de culpabilidad: los elementos materiales del crimen deben ser cometidos, salvo disposición en contrario, con "intención y conocimiento."²⁴⁰ Establece el Estatuto al respecto:

"Artículo 30

Elemento de intencionalidad

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

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

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

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

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

El Estatuto de Roma establece como regla general el dolo como elemento de la imputación subjetiva para la determinación de la responsabilidad penal. Según el Estatuto, actúa dolosamente quien "actúa con intención y conocimiento". La norma exige la presencia de dos elementos: uno volitivo (la intención) y otro intelectual (el conocimiento). La intención se refiere o bien a la conducta o comportamiento incriminado o bien a la consecuencia provocada. Para que haya intención respecto de la conducta la persona debe proponerse incurrir en el comportamiento prohibido; por su parte, la intención referida a la consecuencia se da cuando la persona se propone causar el resultado o es consciente de que éste se producirá en el curso normal de los acontecimientos. Por conocimiento se entiende "la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos."

Dado el grado de culpabilidad exigido en el Estatuto, se plantea el problema de precisar el ámbito de aplicación de su artículo 30.

En primer lugar, la Corte recuerda que la competencia de la Corte Penal Internacional es meramente complementaria (artículo 1 y 17 ER). Por ello, es el Estado colombiano el primer titular del deber de protección, no dicha Corte.

Además, la Constitución no establece un criterio único de imputación subjetiva. Si el legislador puede establecer diversas concepciones y definiciones de los elementos de imputación subjetiva, también puede hacerlo un tratado. Y ello es precisamente lo que hace el Estatuto de Roma en relación con el elemento mental. Dada la gravedad de los crímenes sobre los que la Corte tiene jurisdicción, el Estatuto de Roma adopta, con algunas excepciones expresas como la consagrada en el artículo 28 del Estatuto, un parámetro bastante exigente respecto de la intencionalidad. El crimen debe haberse cometido con "intención y conocimiento".

Algunas de las excepciones al *mens rea* del artículo 30 y que colocan un parámetro de culpabilidad menos exigente son precisamente las referidas a la responsabilidad de los jefes y otros superiores (artículo 28), o, en los crímenes de guerra, la responsabilidad penal por "utilizar de modo indebido (se subraya) la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves" (artículo 8. 2 literal b) vii) ER).

4.5.2.5 Defensas o causas de exclusión de la pena (artículo 31 y 33)

Las diferentes causales de justificación y de exculpación que llevan a la exclusión de la pena están reguladas, salvo otras circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el Estatuto, principalmente en sus artículos 31 y 33 que se transcriben a continuación:

"Artículo 31

Circunstancias eximentes de responsabilidad penal

1. Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:

a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley;

b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera;

c) Actuare razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado;

d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá:

i) Haber sido hecha por otras personas; o

ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

2. La Corte determinará si las circunstancias eximentes de responsabilidad penal admitidas por el presente Estatuto son aplicables en la causa de que esté conociendo.

3. En el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21. El procedimiento para el examen de una eximente de este tipo se establecerá en las Reglas de Procedimiento y Prueba."

"Artículo 33

Órdenes superiores y disposiciones legales

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;

b) No supiera que la orden era ilícita; y

c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas."

Examinadas las causales eximentes de responsabilidad penal consagradas en el Estatuto de Roma, se tiene que sólo las causales referidas a la legítima defensa de la propiedad en casos de crímenes de guerra (artículo 31. 1 literal c) ER) y de obediencia debida (artículo 33 ER) parecen establecer un tratamiento de estas materias diferente al que consagra nuestro ordenamiento constitucional, por lo cual deben ser analizadas con mayor detalle.

4.5.2.6 Circunstancias eximentes de responsabilidad penal. Referencia especial a órdenes superiores y disposiciones legales

El artículo 31 del Estatuto de Roma establece cuatro causales eximentes de la responsabilidad penal que abarcan las hipótesis de insania (artículo 31.1 literal a) ER),²⁴¹ intoxicación siempre que no sea preordenada (artículo 31.1 literal b) ER), defensa propia o de un tercero (incluso del derecho de propiedad), siempre que sea razonable y proporcional al grado del peligro (artículo 31. 1 literal c) ER) y estado de necesidad y la coacción dimanante por una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para sí o un tercero, siempre y cuando se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente, si no tuviere la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar (artículo 31. 1 literal d) ER).²⁴²

Además de las anteriores cuatro causales, la Corte Penal Internacional puede tener en cuenta otras causales eximentes de responsabilidad que se desprendan del derecho aplicable según los términos del artículo 21 del Estatuto, a través del cual se podrá acudir a las normas generales del derecho internacional o al derecho interno de los Estados para considerar otras causales eximentes de responsabilidad.

Por otra parte, en relación con la causal prevista en el artículo 31.1 literal c) del Estatuto, que señala como causal eximente de responsabilidad,

la defensa de un bien necesario para la supervivencia propia o de un tercero o de un bien esencial para realizar una misión militar, observa la Corte que tal eximente guarda relación con lo que establecen los artículos 51 a 60 del Protocolo I y los artículos 14 a 16 del Protocolo II, Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949. Estos prohíben los ataques indiscriminados y arbitrarios a ciertos bienes especialmente valorados por su trascendencia social y cultural, o cuya destrucción no constituya una ventaja militar significativa. Tales ataques fueron recogidos como crímenes de guerra por el artículo 8, numeral 2, literal a) ordinal iv), literal b), ordinales ii), iv), v), ix) y xxiv), literal e) ordinales ii), iii) y iv). Tienen como finalidad principal proteger a las personas en su vida y bienes durante un conflicto armado, así como proteger bienes que resulten fundamentales para su supervivencia o su defensa.

Como quiera que la Corte Penal Internacional constituye un instrumento para la protección de los derechos de las personas, en especial los de la vida y la integridad física, el Estatuto de Roma condiciona la interpretación y aplicación de esta causal de justificación para la comisión de crímenes internacionales a los siguientes requisitos: 1) sólo se aplica a crímenes de guerra; 2) el bien cuya protección justifica la respuesta a la agresión o amenaza debe ser "esencial" para la supervivencia propia o de un tercero o para realizar una misión militar; 3) la fuerza contra la que se reacciona tenga un carácter ilícito y su uso sea inminente; 4) la respuesta a la amenaza se debe hacer dentro de los límites del principio de proporcionalidad, según el grado de peligro para la persona, para el tercero o para los bienes protegidos. Estas exigencias hacen que la eximente sea compatible con las normas de derecho internacional humanitario.

Si bien los requisitos concretos definidos en el Estatuto para la aplicación de esta causal difieren de los empleados en nuestro ordenamiento, dicho tratamiento especial fue autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001, para asuntos que conozca la Corte Penal Internacional y, en virtud del principio de complementariedad (artículo 17 ER), dicha causal sólo podrá ser esgrimida ante la Corte Penal Internacional, una vez ésta haya asumido el conocimiento de un caso concreto.

Pasa la Corte a hacer una referencia especial al artículo 33 que consagra la eximente de responsabilidad por obediencia debida y cumplimiento de un deber legal. Ello sucede cuando se cumplen tres condiciones concurrentes: el acusado debe estar obligado por ley a obedecer órdenes; el acusado no debe saber que la orden era ilegal; y, la orden no debe ser manifiestamente ilegal. El numeral 2º del artículo 33 dispone además que se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son siempre manifiestamente ilícitas.

La anterior disposición parece establecer un tratamiento diferente al previsto en el artículo 91 de la Constitución colombiana que reza:

"Artículo 91. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden."

No obstante, a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la obediencia debida, tal diferencia se diluye, ya que precisamente la Corte ha interpretado la eximente de responsabilidad penal contenida en el inciso 2º del artículo 91 de la Constitución cuando la actuación se realiza en cumplimiento de órdenes superiores, en el sentido de excluir la obediencia como causal de exoneración penal cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo para el agente que la ejecuta puesto que causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible.²⁴³ En efecto, sobre el particular sostuvo la Corte:

"El inciso segundo del artículo 91 de la C.P., exonera de responsabilidad constitucional al militar que ejecuta una orden del servicio impartida por su superior, pero no lo hace de manera total e irrestricta. Si el inferior es consciente de que su acto de ejecución causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible de alguna persona y, no obstante, lo realiza, pudiéndolo evitar, actuará de manera dolosa. Si se admite que la Constitución, en este caso, ha condonado el dolo, se tendrá que aceptar que ella ha consentido en crear el germen de su propia destrucción. La idea de Constitución, por lo menos en un régimen no totalitario, es incompatible con la existencia en la sociedad y en el Estado de sujetos con poderes absolutos. La Corte rechaza resueltamente la tesis de la exoneración absoluta de responsabilidad del militar subalterno porque si pese a su dolo aquélla se mantiene, su poder adquiere una dimensión inconmensurable, capaz de erradicar todo vestigio de derecho, justicia y civilización."²⁴⁴

Ahora bien, la propia jurisprudencia constitucional colombiana ha señalado que la exoneración penal por obediencia debida o cumplimiento de un deber ha de cumplir con algunos requisitos, que coinciden con los requisitos concurrentes del artículo 33 del Estatuto de Roma. Ellos son:

"La exoneración de responsabilidad, además de no revelarse como manifiestamente antijurídica, debe sujetarse a otros requisitos. En primer lugar, debe existir una relación de subordinación jerárquica reconocida por el derecho público entre quien emite el mandato y quien lo recibe y ejecuta. Para que la orden se considere vinculante, ésta ha de emanar del superior jerárquico con poder de mando sobre el receptor. En segundo lugar, la orden debe existir como tal, vale decir, como manifestación clara y distinta de voluntad encaminada a obtener que el inferior haga o deje de hacer algo. En tercer lugar, se requiere que el superior actúe dentro de su competencia, pero como el subordinado carece por lo general de un poder de examen detallado, la doctrina no exige competencia concreta para emitir la orden, sino competencia abstracta, la cual se refiere a la facultad del superior para disponer la clase de actos que normalmente se comprenden dentro del objeto de las obligaciones del inferior. Por último, para que la eximente opere como justificación del hecho punible se requiere que la orden esté revestida de las formalidades legales."²⁴⁵

En lo que respecta a la constitucionalidad de la exclusión de la obediencia debida del derecho constitucional interno, la Corte ha hecho eco a la aceptación por el Estado colombiano del consenso internacional sobre la materia:

"Aparte de que la obediencia debida absoluta y la exoneración incondicional de responsabilidad del militar subalterno, ha sido universalmente

considerada en las prácticas, usos, costumbres y jurisprudencia como contraria al derecho internacional humanitario, de manera específica, se han prohibido en varios tratados suscritos por Colombia, que prevalecen en el derecho interno (C.P., artículo 94). En efecto, La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobado mediante la Ley 70 de 1986, dispone: "No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura" (artículo, 2, numeral 3). En relación con el delito internacional de genocidio, tampoco se ha admitido como válida la exculpación basada en la orden superior, como quiera que el castigo se aplica a "las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo II - ["En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo."] - (...) ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares" (Artículo, IV) (Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Ley 28 de 1959). (...)

No siendo compatible con el derecho internacional humanitario, que un militar consciente de su acción, se escude en la orden del superior a fin de obtener la exoneración absoluta de su responsabilidad por las infracciones que cometa en relación con sus reglas y principios, la norma legal que la Corte examina y que incorpora dicha regla, claramente se opone a sus dictados, aplicables a los conflictos armados internacionales y no internacionales.²⁴⁶

El anterior desarrollo jurisprudencial, reafirma la armonía entre lo que establece el inciso 2º del artículo 91 de la Constitución y lo previsto en el artículo 33 del Estatuto de Roma.

4.6. Parte IV: De la composición y administración de la Corte

En la Parte IV del Estatuto se reglamentan los siguientes temas: 1) La estructura orgánica de la Corte Penal Internacional; 2) El estatuto y las garantías de los funcionarios de cada órgano; y 3) Las facultades adicionales de la Asamblea de Estados Partes y de la Corte respecto de su reglamentación y administración.

La Corte no encuentra en esta Parte IV del Estatuto asuntos particularmente problemáticos, no dividirá su análisis en dos secciones -una general para asuntos que reciben un tratamiento similar al previsto en la Carta y otra especial para aquellos asuntos que requieran un análisis más detallado dada su complejidad o el hecho de que aparentemente señalan un tratamiento distinto al previsto en nuestro ordenamiento constitucional-, como se hizo en las demás partes de la presente sentencia. Procede, por lo tanto, a hacer una descripción de la regulación de cada uno de estos temas.

4.6.1 Órganos de la Corte: composición y estructura

El artículo 34 del Estatuto señala que "[l]a Corte estará compuesta de los órganos siguientes: a) La Presidencia; b) Una Sección de Apelaciones, una Sección de Primera Instancia y una Sección de Cuestiones Preliminares; c) La Fiscalía; d) La Secretaría".

4.6.1.1. De los magistrados, la Presidencia y las Secciones

Con los 18 magistrados de la Corte -salvo que la Asamblea de los Estados Partes, a petición de la Presidencia, decida incrementar este número (artículo 36.4. literal b) ER.)- se integrarán la Presidencia y las tres Secciones, según lo señalado por los literales a) y b) del artículo 34 recién enunciado.

Los magistrados serán elegidos para períodos personales (tal como lo confirma el Artículo 37 relativo a la suplencia de una vacante) de nueve años (sin perjuicio del régimen transitorio contemplado en el numeral 9º del artículo 36) por votación secreta de la Asamblea de los Estados Partes mediante un sistema que garantiza un alto nivel de representatividad de los mismos. En efecto, "serán elegidos los 18 candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría de dos tercios de los Estados Partes presentes y votantes" (artículo 36.6 literal a) ER). En caso de que no se cumpla tal requisito, se procederá a nuevas votaciones bajo igual procedimiento hasta cubrir los puestos restantes (artículo 36.6 literal b) ER).

Los candidatos deberán tener "reconocida competencia en derecho y procedimiento penales" o "en materias pertinentes de derecho internacional" (artículo 36.3 literal b) ER) y serán registrados en dos listas diferentes, de acuerdo con su especialidad (artículo 36.5 ER).

Para la elección de los magistrados, se deberá tener en cuenta que haya "representación de los principales sistemas jurídicos del mundo", "distribución geográfica equitativa" y "representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres" (artículo 36.8 ER). Adicionalmente se contempla que "no podrá haber dos magistrados que sean nacionales del mismo Estado" (artículo 36.7 ER).

El Estatuto indica respecto de los magistrados, el Fiscal y el Secretario la necesidad de que sean personas de alta consideración moral, reconocida competencia profesional y excelente conocimiento y dominio de por lo menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte.

El Presidente, el Vicepresidente primero y el Vicepresidente segundo serán elegidos por mayoría absoluta de los magistrados. Están encargados de "[l]a correcta administración de la Corte, con excepción de la Fiscalía" y de "[l]as demás funciones que se le confieren de conformidad con el presente Estatuto" (artículo 38.3 ER).

Surtida la elección de los magistrados, la Corte procederá a la conformación de la Sección de Apelaciones (que se compondrá del Presidente y

otros cuatro magistrados), la Sección de Primera Instancia (que tendrá no menos de seis magistrados) y la Sección de Cuestiones Preliminares (con no menos de seis magistrados), según sus calificaciones, y guardando que haya una adecuada combinación de especialistas en derecho penal, y en derecho internacional (artículo 39.1 ER).

Las funciones judiciales de la Corte serán realizadas en cada sección por medio de Salas, así: La Sala de Apelaciones se compondrá de todos los magistrados de la Sección de Apelaciones; las funciones de la Sala de Primera Instancia serán realizadas por tres magistrados de la Sección de Primera Instancia; y las funciones de la Sala de Cuestiones Preliminares serán realizadas por tres magistrados de la Sección de Cuestiones Preliminares o por un solo magistrado de dicha Sección, de conformidad con el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba (artículo 39.2 ER).

Se prevé, entonces, en aras de la "gestión eficiente", la posibilidad de que se constituyan simultáneamente más de una Sala de Primera Instancia y más de una Sala de Cuestiones Preliminares (artículo 39.2 literal c) ER). Igualmente se prescribe que podrán asignarse temporalmente "magistrados de la Sección de Primera Instancia a la Sección de Cuestiones Preliminares, o a la inversa, si la Presidencia considera que la gestión eficiente del trabajo de la Corte así lo requiere, pero en ningún caso podrá formar parte de la Sala de Primera Instancia que conozca de una causa un magistrado que haya participado en la etapa preliminar" (artículo 39.4 ER).

Las funciones de cada una de estas Salas, se encuentran consignadas en las partes siguientes del Estatuto. Las referencias puntuales a las funciones de cada Sala, se encuentran consignadas en los apartes correspondientes a la estructura del proceso que adelanta la Corte Penal Internacional.

De otro lado, la Sala de Primera Instancia y la Sala de Cuestiones Preliminares están compuestas por una fracción de los magistrados de la respectiva Sección. Además, (i) podrán constituirse simultáneamente más de una Sala de Primera Instancia y más de una Sala de Cuestiones Preliminares y (ii) los magistrados de la Secciones de Primera Instancia podrán ser asignados temporalmente a la Sección de Cuestiones Preliminares y viceversa. Esta disposición busca dar un funcionamiento más eficiente a la Corte Penal Internacional, según las necesidades que se presenten de acuerdo la carga de trabajo de la Corte. Además, al prever que "en ningún caso podrá formar parte de la Sala de Primera Instancia que conozca de una causa un magistrado que haya participado en la etapa preliminar", garantiza la imparcialidad de los magistrados de la Sección de Cuestiones Preliminares que sean asignados a la de Primera Instancia respecto de tal causa en concreto.

Respecto del sistema de elección de los magistrados, esta Corporación encuentra que hay dos etapas diferentes para su elección, a saber, (i) la inclusión de los candidatos en dos listas diferentes que se presentan a la Asamblea de los Estados Partes para surtir la elección y (ii) el procedimiento contemplado en el numeral 6. del artículo 36 del Estatuto orientado a que los magistrados sean elegidos con el voto de, por lo menos, las dos terceras partes de los Estados votantes.

De esta forma, entre la inclusión del candidato y su elección como magistrado, media el apoyo de las dos terceras partes de los Estados votantes, lo cual garantiza la distancia necesaria entre el magistrado elegido y el Estado que lo ha propuesto y los que lo han respaldado.

4.6.1.2 De la Fiscalía

El artículo 42 del Estatuto reglamenta lo relativo a la Fiscalía y al Fiscal. Dicho artículo prevé que "[l]a Fiscalía actuará en forma independiente como órgano separado de la Corte". Agrega que corresponde a la Fiscalía "recibir remisiones e información corroborada sobre crímenes de la competencia de la Corte para examinarlas y realizar investigaciones o ejercitar la acción penal ante la Corte" (artículo 42.1 ER).

También contempla que "[e]l Fiscal tendrá plena autoridad para dirigir y administrar la Fiscalía, con inclusión del personal, las instalaciones y otros recursos" (artículo 42.2 ER).

"El Fiscal será elegido en votación secreta y por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes". Los fiscales adjuntos serán elegidos en la misma forma de una lista de tres candidatos por cada puesto por ser cubierto, la cual será presentada por el Fiscal. El período del Fiscal y de los fiscales adjuntos será de nueve años, salvo que en el momento de la elección se fije un período más breve, y no podrán ser reelegidos (artículo 42.4 ER).

Cabe resaltar la condición que en el Estatuto tiene la Fiscalía tiene la condición de órgano mismo de la Corte. De esta forma, se establece que "Los miembros de la Fiscalía no solicitarán ni cumplirán instrucciones de fuentes ajenas a la Corte" (artículo 42.1 ER). La Parte V del Estatuto desarrolla el tema relativo a tales instrucciones.²⁴⁷

En el Estatuto de Roma, la Fiscalía se encuentra relacionada con las diferentes Salas de la Corte de acuerdo con la parte final del artículo 42.1 del Estatuto., en los términos ya mencionados. El alcance de esta norma, se debe entender de acuerdo con lo prescrito en el artículo 42.2 del Estatuto, según el cual el Fiscal goza de autoridad para dirigir y administrar esta institución.

La Corte Constitucional encuentra que (i) la Fiscalía General de la Nación y Fiscalía la Corte Penal Internacional son órganos distintos que obedecen a definiciones institucionales propias; (ii) la estructura orgánica de la Corte Penal Internacional asegura la independencia de la Fiscalía respecto de los investigados, valor que también se encuentra reconocido en la Constitución Colombiana;²⁴⁸ (iii) el sistema contemplado en el Estatuto garantiza a los investigados los derechos a la defensa y al debido proceso (tal como lo indican las Partes V y VI del Estatuto y, en particular, los artículos 55 y 63), los cuales gozan de la condición de derechos fundamentales en nuestra Carta;²⁴⁹ y (iv) en ambos casos, y sin perjuicio de su nivel de autonomía, tanto en el régimen constitucional colombiano como en el instituido por el Estatuto de Roma, la Fiscalía es un órgano separado y las relaciones de ésta con las Salas y Secciones no son de subordinación sino de colaboración y control.²⁵⁰

Por otra parte, el Estatuto contempla de manera expresa que la Fiscalía actuará de manera independiente (artículo 42.1 ER) y que el Fiscal y los fiscales adjuntos "no realizarán actividad alguna que pueda interferir en el ejercicio de sus funciones o menoscabar la confianza en su independencia" (artículo 42.5 ER). Adicionalmente, el Fiscal y los fiscales adjuntos serán elegidos por una mayoría absoluta de los Estados Partes. De esta forma, el Estatuto contempla prescripciones y mecanismos para garantizar la imparcialidad de estos funcionarios.

4.6.1.3 De la Secretaría

La Secretaría se encarga de los aspectos no judiciales de la administración de la Corte y de prestarle servicios. El Secretario dirige la Secretaría bajo la autoridad del Presidente de la Corte (artículo 43.1 ER). Será elegido por los magistrados para un período de cinco años "en votación secreta por mayoría absoluta y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Asamblea de los Estados Partes" (artículo 43.2 ER). Se prevé la posibilidad de que haya un Secretario Adjunto elegido de acuerdo con el mismo procedimiento, por recomendación del Secretario.

El artículo 44 del Estatuto prevé lo relativo al nombramiento de los funcionarios de las oficinas del Fiscal y el Secretario, y a la colaboración que excepcionalmente puedan dar a la Corte organizaciones intergubernamentales u organizaciones no gubernamentales.

4.6.2 El estatuto y las garantías de los funcionarios

Los temas relativos al estatuto de los funcionarios de la Corte Penal Internacional, a las garantías que los amparan y a las obligaciones a cargo de algunos de ellos, se encuentran consagrados en varios artículos de esta Parte IV.

El Estatuto señala que los magistrados (artículo 40 ER) y el Fiscal (artículo 42.5 ER) actuarán de manera independiente y no realizarán actividades que puedan ser incompatibles con el ejercicio de sus funciones o que puedan menoscabar la confianza respecto de su independencia. Las causales y el procedimiento de la dispensa y recusación de los magistrados (artículo 41 ER) y del Fiscal (artículo 42.6 y 8 ER) se orientan en este propósito.

El artículo 46 versa sobre: i) las causales de separación del cargo de los magistrados, el Fiscal, un fiscal adjunto, el Secretario o el Secretario Adjunto; ii) el órgano competente y las condiciones bajo las cuales se podrá, en cada caso, adoptar tal decisión; y iii) las garantías procesales de la persona cuyo comportamiento sea cuestionado. Es importante resaltar que la decisión de separar del cargo a un magistrado, al Fiscal o a un fiscal adjunto, sólo puede ser adoptada por la Asamblea de Estados Partes, en votación secreta, por una mayoría no inferior a la absoluta (artículo 46.2 ER).

El artículo 47 contempla las medidas disciplinarias para casos de menor gravedad y señala que dichos funcionarios serán objeto de sanciones y el procedimiento a seguir para tal propósito. Ello garantiza, de un lado, el adecuado funcionamiento de la Corte Penal Internacional y, del otro, que sus funcionarios gocen del derecho de defensa respecto los cargos que se les puedan hacer a causa de la eventual comisión de infracciones.

La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios de dicha institución se encuentra regida por los mismos principios que existen en la legislación colombiana para el efecto, tales como la determinación de la conducta, el juez natural y el derecho al debido proceso y a la defensa del investigado.²⁵¹ Igualmente, las prescripciones acerca de la dispensa y recusación de los magistrados, del Fiscal y del sueldo de los funcionarios de la Corte Penal Internacional, desarrollan de manera similar a la prevista en nuestra Carta, los principios de independencia e integridad que rigen la administración de justicia.²⁵²

El artículo 48 contiene los privilegios e inmunidades de los que goza la Corte Penal Internacional. Entre éstos se resaltan los siguientes: i) La Corte goza "en el territorio de los Estados Partes de los privilegios e inmunidades necesarios para el cumplimiento de sus funciones" (artículo 48.1 ER); ii) Los magistrados, el Fiscal, los fiscales adjuntos y el Secretario gozan de los mismos privilegios e inmunidades reconocidos a los jefes de las misiones diplomáticas incluso luego de expirado su mandato por las declaraciones que hagan oralmente o por escrito y los actos que realicen en el desempeño de sus funciones oficiales (artículo 48.2 ER); iii) Los privilegios e inmunidades se extienden al Secretario Adjunto, al personal de la Fiscalía y al personal de la Secretaría para el cumplimiento de sus funciones (artículo 48.3 ER); y iv) Los abogados, peritos, testigos u otras personas cuya presencia se requiera en la sede de la Corte tendrán también las garantías necesarias, de conformidad con el acuerdo sobre privilegios e inmunidades de la Corte Penal Internacional (artículo 48.4 ER). El apartado 5 del artículo en comento señala los requisitos para la renuncia a los privilegios e inmunidades. Esta institución garantiza que sus actuaciones no serán objeto de presión por el Estado donde cumplen sus funciones. De esta manera, la inmunidad de los funcionarios de la Corte es una consecuencia necesaria de la condición de órgano supranacional que ella tiene y una garantía de su independencia judicial.

El artículo 49 del Estatuto versa sobre los sueldos, estipendios y dietas de los funcionarios de la Corte, con lo que se busca que haya certeza respecto del régimen salarial de dichos funcionarios.

Habida cuenta de su materia especialísima, la Corte considera que no es necesario detenerse a precisar la forma de armonización de estas disposiciones con la Constitución.

4.6.3 Facultades adicionales de la Asamblea de Estados Partes y de la Corte

El artículo 51 indica que las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal y las enmiendas a las mismas serán aprobadas por mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes. Según esta norma, tienen facultad para proponer enmiendas a las Reglas de Procedimiento y Prueba los Estados Partes, los magistrados por mayoría absoluta, o el Fiscal.

Adicionalmente, se contempla la posibilidad de que, si se presenta una situación, en caso de urgencia, cuya solución no se halle en las Reglas de

Procedimiento aprobadas, "los magistrados podrán, por una mayoría de dos tercios, establecer reglas provisionales que se aplicarán hasta que la Asamblea de los Estados Partes las apruebe, enmiende o rechace en su siguiente período ordinario o extraordinario de sesiones" (artículo 51.3 ER).

Por su parte, el artículo 52 contempla que los magistrados aprobarán por mayoría absoluta "el Reglamento de la Corte que sea necesario para su funcionamiento ordinario", previa consulta al Fiscal, quien también será consultado respecto de las enmiendas que se le quieran hacer.

Los artículos señalados establecen que las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte serán adoptadas por el voto favorable de una mayoría cualificada (dos terceras partes) de los Estados que hagan parte del Tratado que se analiza. Ha de observarse que uno de los valores que inspiran la Corte Penal Internacional es la búsqueda del consenso de los Estados Partes, lo cual guió el trabajo en la Conferencia de Roma. La exigencia de esta mayoría garantiza el logro de acuerdos amplios y contribuye a la deliberación y al respeto por las posiciones minoritarias. Establece el Estatuto que podrán proponer modificaciones a dichas reglas los Estados Partes, el Fiscal y los magistrados de la Corte Penal por mayoría absoluta y para su aprobación se requiere también del voto favorable de los dos tercios de los miembros de la Asamblea de Estados Partes.

Igualmente se autoriza que por una mayoría de las dos terceras partes de los magistrados de la Corte, ésta adopte excepcionalmente medidas provisionales que solucionen problemas no resueltos por las Reglas de Procedimiento y Prueba. A través de esta facultad, se garantiza que la Corte Penal Internacional cuente siempre con medidas destinadas a facilitar su funcionamiento y evita eventuales interrupciones que podrían conducir a que la Corte fuese inoperante, en desmedro del logro de los fines que justifican su existencia. Estas reglas son provisionales y "se aplicarán hasta que la Asamblea de los Estados Partes las apruebe, enmiende o rechace en su siguiente período ordinario o extraordinario de sesiones." (Artículo 51.3 ER). Al instrumento que recoge las Reglas de Procedimiento y Prueba se hará referencia especial en el aparte 4.17.

El artículo 52 del Estatuto regula la adopción del Reglamento de la Corte por ella misma, obedece a una práctica internacional en este tipo de instituciones, que reconoce a los órganos deliberantes de estas organizaciones poder para definir sus reglas de funcionamiento, dentro de los límites que les reconoce el tratado constitutivo.²⁵³

4.7 Parte V: De la investigación y enjuiciamiento

Como se ha podido apreciar, el esfuerzo de la comunidad internacional por crear una institución permanente cuyo objeto está directamente encaminado a poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad y su conjunto, y a que la justicia que se administra con este propósito sea respetada y puesta en práctica de forma duradera, no se limita a la identificación de una serie de conductas delictivas (Parte II, ER) sistematizadas en el marco de unos principios que han de ser reconocidos y garantizados en todos los casos (Parte III, ER), sino que comprende, además, un conjunto de reglas de procedimiento dentro de las cuales se han de adelantar la investigación de tales crímenes (Parte V, ER), que luego han de ser juzgados por la Corte (Parte VI, ER), cuya decisión puede ser objeto de ciertos recursos (Parte VIII, ER). La naturaleza de este procedimiento es el resultado de la combinación de los dos sistemas tradicionales comúnmente identificados en el derecho procesal penal, de manera tal que no puede afirmarse que el proceso establecido es puramente inquisitivo o acusatorio, pues, de hecho, combina elementos de uno y otro. Tal determinación resulta explicable si, por ejemplo, se considera que en un contexto internacional en el que los sujetos procesales pueden encontrarse con diferentes obstáculos para ordenar y recoger las pruebas necesarias en un caso determinado (e.g. la obtención de un testimonio en países que se niegan a cooperar con la Corte), el poder concentrado y expedito que se le reconoce a la Fiscalía en el Estatuto puede contribuir a la efectividad del proceso y la prevención de la impunidad. Sin embargo, esta posibilidad no desconoce los derechos fundamentales de los que goza el procesado, razón por la cual a la Corte Penal Internacional se le reconocen amplios poderes de supervisión en la etapa investigativa y se le imponen tanto al Fiscal como a la Sala de Cuestiones Preliminares deberes especiales, resultado de su fortalecido poder de acción, que se concretan en la responsabilidad de buscar y asegurar la evidencia exculpatoria que pueda beneficiar a la defensa y le permita prepararse en debida forma para afrontar el proceso.²⁵⁴

4.7.1. Cuestiones generales

La Parte V del Estatuto de Roma está dedicada a regular la etapa de investigación del proceso judicial que se adelanta por parte de la Corte Penal Internacional contra las personas que resulten implicadas en la comisión de alguno de los crímenes que son de su competencia (artículos 5 a 9, ER). Así, en los artículos 53 a 61 se definen con precisión los elementos de un procedimiento que se abre con el inicio formal de la investigación por parte del Fiscal y habrá de concluir, en los casos en los que a ello haya lugar, con la confirmación de cargos antes del juicio. En términos estructurales, este capítulo puede dividirse de la siguiente manera: (i.) del inicio de la investigación; (ii.) de las atribuciones del fiscal en la etapa de investigación; (iii.) de los derechos de las personas durante la etapa de investigación; (iv.) de las funciones y competencias de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional; y, (v.) de las determinaciones previas a la fase de juzgamiento. A continuación, se hará una breve referencia a cada uno de estos eventos con el propósito de determinar su constitucionalidad.

4.7.1.6 Del inicio de la investigación.

Como se anotó, la investigación que se le encomienda realizar al Fiscal sobre hechos que señalan la ocurrencia de alguno de los crímenes de los que conoce la Corte Penal Internacional, se puede iniciar si un Estado Parte, o el Consejo de Seguridad de la ONU (actuando con arreglo en lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas) ponen en conocimiento del Fiscal una situación en la que parezca haberse cometido uno o varios de tales crímenes. Además, el inicio de la investigación también puede tener origen por iniciativa propia del Fiscal, siempre y cuando cumpla con los requisitos contemplados en el artículo 15 del Estatuto.

En cualquiera de estas tres alternativas, el Fiscal iniciará una investigación a menos que considere que no existe "fundamento razonable" para

proceder (artículo 53.1 ER). En su decisión, dicho funcionario debe considerar si existe fundamento *razonable* para creer (*i.*) que un delito de la competencia de la Corte haya sido cometido o se esté cometiendo, (*ii.*) que el caso es o sería admisible, y (*iii.*) que el interés de la justicia sería servido si se procede a investigar el caso presentado (artículo 53.1. ER), de manera que no todo asunto que es objeto de estudio preliminar por parte del Fiscal supone necesariamente su admisibilidad. Por ello, en los eventos en los que el Fiscal considere que no procede la iniciación de la investigación, tanto la parte que remitió el asunto (artículo 14 ER) como el Consejo de Seguridad (artículo 13. literal b) ER), según el caso, podrán pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que revise la decisión, *control* que, en todo caso, podrá ser ejercido por dicha sala de manera oficiosa cuando la decisión de no proceder a la investigación tenga como fundamento que tal procedimiento no redundaría en beneficio de la justicia (artículo 53. 3. literal b) ER).

El reconocimiento de la capacidad del Fiscal para iniciar la investigación *motu proprio* fue uno de los asuntos más controvertidos durante las reuniones preparatorias del Estatuto, pues hizo explícita la necesidad de proteger y garantizar la independencia de éste órgano pero, al mismo tiempo, de controlar su poder. Así, mientras unos países propugnaban la figura de un Fiscal con amplia capacidad de acción, otros expresaban sus temores poniendo en duda la objetividad y mesura de un organismo que no estaba sujeto a ningún tipo de supervisión. Finalmente, se impuso la tesis que aboga por la figura de un Fiscal independiente con poder para dar inicio a la investigación, sujeto en todo caso al control de la Sala de Cuestiones Preliminares.²⁵⁵

En este orden de ideas, dos características fundamentales identifican esta fase del proceso. De una parte, la iniciación de la investigación corresponde al estudio *razonado* de las circunstancias que constituyen el asunto que es objeto de análisis por parte del Fiscal²⁵⁶, de tal forma que la decisión de procedencia se base en elementos objetivos que demuestran la vulneración de un bien jurídicamente tutelado del que debe conocer la Corte Penal Internacional. Ello asegura a cada uno de los Estados Partes que el ejercicio de la competencia complementaria que en materia penal reconocen a la Corte Internacional no depende del capricho o simple arbitrio del funcionario de turno, sino de un análisis detallado de las circunstancias que no sólo dependen de la verificación de un evento determinado (valoración fáctica), sino del nexo inescindible que debe existir entre dicha circunstancia y el servicio a la justicia que anima la labor de la Corte (valoración sustancial).

De otro lado, sobre la labor desarrollada por la Fiscalía respecto de la iniciación de la investigación la Sala de Cuestiones Preliminares ejerce un efectivo *control*²⁵⁷, *bien sea a petición de parte o de oficio, encaminado a analizar la adecuación de sus resoluciones y el mérito de las mismas. De esta forma se da aplicación a uno de los principios fundamentales de todo estado de derecho, creando mecanismos de contrapeso en el que las decisiones que toma el fiscal son revisadas o autorizadas por un funcionario judicial que esté al tanto del proceso y sus posibles implicaciones.*

4.7.1.7 De las atribuciones del fiscal en la etapa de investigación.

En los términos del artículo 54 del Estatuto de Roma, las facultades del Fiscal se enmarcan en el reconocimiento y aplicación de dos principios rectores de los que depende la buena administración de justicia y reflejan un encuentro entre el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo. En primer lugar, el Fiscal tiene un compromiso con la *verdad*, esto es, con la constatación de todas las circunstancias que aluden al caso objeto estudio; para tal efecto, podrá ampliar el radio de acción de su labor a todas las circunstancias y pruebas pertinentes para determinar si hay responsabilidad penal (artículo 54.1. literal a) ER), e investigar circunstancias eximentes e inculpativas por igual.²⁵⁸ Entonces, la labor del Fiscal no está encaminada, como en los regímenes más puros de justicia penal acusatoria, a producir una acusación a toda costa. En segundo lugar, el Fiscal puede adoptar las "medidas adecuadas para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento". A estos efectos, reconocerá las circunstancias y garantizará los intereses personales de las víctimas y los testigos y tendrá en cuenta la naturaleza de los crímenes (artículo 54. 1. b ER). En tercer lugar, el Fiscal puede ejercer las facultades básicas de orden investigativo, como reunir y examinar pruebas y hacer comparecer e interrogar a las personas objeto de investigación, las víctimas y los testigos (artículo 54. 3. literales a) y b) ER). El Estatuto también prevé la posibilidad que el Fiscal convenga que no divulgará en ninguna etapa del procedimiento cierto tipo de documentos o información a condición de preservar su carácter confidencial y únicamente a efectos de obtener nuevas pruebas (artículo 54.3. literal e) ER), circunstancia que resulta razonable en la medida en que de lo que se trata no es de ocultar la fuente contenido y alcance de pruebas específicas que se incorporan al proceso debidamente²⁵⁹ -que siempre tendrá que ser conocidas por todos los sujetos procesales- sino el contenido detallado de la información que dio noticia de su existencia.

En todo caso, como ya se ha advertido, la jurisdicción que ejerce la Corte Penal Internacional es complementaria a la jurisdicción penal de cada uno de los Estados Partes del Estatuto. Tal situación, además de imponer una serie de restricciones materiales que se relacionan con el reconocimiento de la competencia de cada Estado,²⁶⁰ supone también la existencia de mecanismos de cooperación que, en eventos concretos, permitan a la Corte Penal Internacional desarrollar su actividad y, así, en materia de investigación concertar las disposiciones o acuerdos compatibles con el Estatuto que sean necesarios para facilitar la cooperación de un Estado, una organización intragubernamental o una persona (artículo 54. 3 literal d) ER); convenir que no divulgará en ninguna etapa del procedimiento los documentos o la información que obtenga a condición de preservar su carácter confidencial y únicamente a efectos de obtener nuevas pruebas (artículo 54. 3 literal e) ER); y adoptar o pedir que se adopten las medidas necesarias para asegurar el carácter confidencial de la información, la protección de una persona o la preservación de las pruebas (artículo 54. 3 literal f) ER).

Si una de las consideraciones sobre las que se sustenta la expedición del Estatuto que consagra la Corte Penal Internacional es, precisamente, luchar contra la impunidad ligada a los crímenes cometidos en contra de la humanidad durante el último siglo, y si tal compromiso está amparado en el respeto que genere en la comunidad internacional dicha Corte y en su vocación de permanencia, es necesario que existan los mecanismos jurídicos y logísticos que permitan la labor del Fiscal en consuno con las autoridades locales de un Estado determinado. En el caso colombiano la estructuración de este sistema de colaboración y complementación concuerda con las responsabilidades que se le encomiendan a

todas las autoridades para que sirvan a la comunidad (artículo 1 CP) y convierten la administración de justicia en un servicio público permanente e independiente (artículo 229 CP) que permite establecer con certeza los hechos que dieron origen a las actuaciones de la Corte Penal y ayuden a esclarecerlos. El que el Estatuto no haya optado por un sistema acusatorio puro, conduce a que existan coincidencias entre el ámbito de las facultades del Fiscal de la Corte Penal Internacional y el del Fiscal colombiano. Esta Corporación destaca lo más importante para garantizar tanto la imparcialidad judicial como el logro de la verdad. Se trata de la facultad - deber de investigar tanto las circunstancias incriminantes como las eximentes, es decir, "tanto la favorable como la desfavorable al imputado", al tenor del último inciso del artículo 250 de la Constitución.

4.7.1.8 De los derechos de las personas durante la etapa de investigación.

En el artículo 55 del Estatuto de Roma se señalan una serie de garantías internacionalmente aceptadas, que se constituyen en una regulación mínima aplicable durante la etapa de investigación. Estos derechos establecen que: nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (artículo 55. 1. a ER); ni puede ser objeto de coacción alguna o cualquier forma de intimidación o amenaza ni a torturas u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 55. 1. literal b) ER). Tampoco podrá someterse a persona alguna a arresto o detención arbitrarios ni será privado de su libertad salvo por los motivos previstos por el presente Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él.²⁶¹ Todo el que haya de ser interrogado en un idioma que no sea el que comprende y habla perfectamente tendrá derecho a acceder a los servicios de un intérprete. Cuando se trate de una persona respecto de la cual se crea que fue autora de un crimen de competencia de la Corte se le tendrá que informar los motivos para creer que ha cometido dicho crimen y se le permitirá guardar silencio, recibir el asesoramiento de un abogado de su elección y ser indagado sólo en presencia de este (artículo 55. 1, literal c) y 55.2 ER).

Con estos señalamientos los Estados Partes del Estatuto de Roma no hacen nada distinto a reconocer los derechos básicos en los que se sustenta el debido proceso dentro de la etapa de investigación, fruto no sólo de un consenso a nivel internacional en la materia, sino del desarrollo ponderado que en el escenario del constitucionalismo contemporáneo se ha dado a estas garantías. En el caso colombiano, a través del desarrollo e interpretación del artículo 29 Superior, se ha reafirmado que el derecho al debido proceso hace referencia a un conjunto complejo de circunstancias señaladas por la Constitución y la ley²⁶² que "protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso".²⁶³

Pero también la existencia de un principio de esta naturaleza refiere la necesidad de dar cumplimiento a una secuencia de actos, relacionados entre sí de manera directa o indirecta, que persiguen un objetivo adicional: la racionalización del ejercicio del poder de tal manera que se reconozca en la ley, y no en la voluntad, en la fuerza, o en la arbitrariedad, la forma de resolución de las contenciones de derecho. Así, como tantas veces lo ha dicho la Corte, "las actuaciones que adelanten los funcionarios judiciales o las autoridades administrativas, deben observar y respetar en todo momento las normas que regulen los procedimientos a seguir, con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción" -énfasis no original-.²⁶⁴

En este orden de ideas, la Corte estima que la funciones que se le reconocen al Fiscal dentro del proceso adelantado por parte de la Corte Penal Internacional concuerdan con los postulados que sobre la materia señala la Constitución Política y se rigen por parámetros respetuosos del derecho de defensa, del debido proceso y de otras garantías constitucionales.

4.7.1.9 De las funciones y competencias de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional²⁶⁵.

Los artículos 56 y 57 del Estatuto de Roma están dedicados a señalar las funciones y atribuciones de la Sala de Cuestiones Preliminares y las disposiciones que podrá adoptar cuando se presente una oportunidad única de proceder a una investigación. Dentro de la etapa de indagación, la Sala de Cuestiones Preliminares se concibe como un organismo encargado de *supervisar* el adecuado desarrollo de las averiguaciones acerca de la ocurrencia de uno de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional por parte del Fiscal y *tomar las decisiones* que permitan a dicho funcionario desarrollar eficazmente su labor; asegurar la protección y respeto a la intimidad de las víctimas y testigos cuando sea necesario, preservar las pruebas, proteger a las personas detenidas o que hayan comparecido en virtud de una orden de comparecencia (artículo 57. 3. ER).

Con el propósito de garantizar el cumplimiento de estas funciones por parte de la Sala, el Estatuto señala en el párrafo 2 del artículo 57 dos clases de decisiones diferentes a tomar. La primera clase (artículo 57. 2. literal a) ER) debe ser tomada por la mayoría de los magistrados y comprende las decisiones más generales, tales como el cambio de competencia, la confirmación de cargos y la autorización de investigaciones en un territorio de un Estado determinado. En todos los demás eventos, las decisiones pueden ser tomadas por un solo magistrado de la Sala.

Nuevamente, lo que está en juego aquí es la consagración del principio de razonabilidad, pues el Fiscal no funciona como un pieza suelta de la Corte que sólo se enfrenta al juez al momento de presentar formalmente una acusación. Durante la investigación, el Fiscal debe convencer a la Sala de Cuestiones Preliminares, por ejemplo, de que hay motivos fundados para creer que determinada persona ha cometido un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional; que la investigación hace necesaria la cooperación de un determinado Estado, efecto para el cual se debe autorizar la adopción de determinadas medidas en el territorio de un Estado Parte con arreglo a lo dispuesto en la Parte IX del Estatuto, o que ciertos procedimientos deben seguirse para evitar la obstrucción de la investigación o del proceso o para asegurar, eventualmente, la presencia del sindicado en el mismo.

Las normas del Estatuto de Roma que propugnan la existencia de un procedimiento razonado y que crean mecanismos de contrapeso a las atribuciones que ejercen diferentes órganos de la Corte Penal Internacional se enmarcan dentro de los principios básicos de un Estado de Derecho, con los cuales se garantiza la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2 CP), y el respeto del debido proceso aplicable a toda clase de actuaciones judiciales (artículo 29 CP).

4.7.1.10 De las determinaciones previas a la fase de juzgamiento y de la confirmación de los cargos.

Las primeras diligencias en la Corte y la confirmación de los cargos antes del juicio constituyen un conjunto de determinaciones previas que ha de tomar la Sala de Cuestiones Preliminares para dar por concluida la fase de investigación. Así, una vez que el imputado haya sido entregado a la Corte, o haya comparecido voluntariamente o en cumplimiento de una orden (artículo 60. 1 ER), la Sala se cerciorará de que la persona haya sido informada de los crímenes que le son imputados y de sus derechos de conformidad con el Estatuto, incluyendo el derecho a solicitar la libertad provisional (artículo 60. 1. ER). No se otorgará libertad provisional si los motivos de necesidad que fundamentaron la decisión inicial existen todavía. La Sala, en todo caso, podrá revisar, modificar o revocar una decisión de libertad provisional. Puede también liberar a la persona detenida a la luz de una demora inexcusable del Fiscal (artículo 60. 3 ER). En esta materia, si bien el Derecho Internacional Humanitario favorece la liberación del procesado durante la etapa de juicio (como corolario del principio de presunción de inocencia), existen razones que justifican la atenuación de esta regla en los procesos de competencia de la Corte Penal Internacional: en primer lugar, los crímenes de los que conoce la Corte son de tal naturaleza y las penas que impone de tal magnitud, que es necesario contar con un mecanismo que asegure la permanencia del sindicado durante el proceso ante la tentación de evadir la autoridad de la Corte; en segundo lugar, el reconocimiento de la libertad provisional del sindicado como regla general "puede trivializar el papel de la Corte"²⁶⁶ y minar su autoridad.

La audiencia para la confirmación de los cargos se realizará dentro de un plazo razonable después de la primera comparecencia del sindicado (artículo 61.1 ER). Dichas audiencias pueden sostenerse en ausencia del acusado cuando éste (i.) haya renunciado al derecho de estar presente (artículo 61. 2 literal a) ER) o (ii.) haya huido o no sea posible encontrarlo y se hayan tomado todas las medidas razonables para asegurar su comparecencia ante la Corte e informarle de los cargos y de que se celebrará una audiencia para confirmarlos (artículo 61. 2 b) ER). En este último caso, el imputado estará representado por un defensor cuando la Sala de Cuestiones Preliminares resuelva que ello redunde en interés de la justicia²⁶⁷. Por otra parte, la defensa tiene el derecho a conocer en un plazo razonable las pruebas y cargos sobre las cuales se basará el fiscal en la audiencia (artículo 61.3 literales a) y b). ER), si hay cambios en algunos de estos puntos antes de la audiencia, el Fiscal deberá informarlo oportunamente (artículo 61.4 ER); y, en todo caso, corresponde a dicho funcionario aportar "pruebas suficientes" de que hay "motivos fundados" para creer que el acusado es responsable de los cargos expuestos (artículo 61.5 ER). El acusado, por su parte, puede objetar los cargos, impugnar pruebas y presentar pruebas (artículo 61.2. literal a) ER). La audiencia de confirmación se asemeja a las audiencias preliminares existentes en los sistemas de derecho común. Este mecanismo permite a la Corte asegurarse que la etapa de investigación se ha desarrollado de manera seria y que existe evidencia suficiente para sustentar la acusación, protegiendo, de esta manera, al procesado de los posibles abusos en los que puede incurrir el Fiscal.

Por eso, analizados todos estos elementos, la Sala de Cuestiones Preliminares determinará, sobre la base de la audiencia, si existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió cada crimen que se le imputa y, en consecuencia,²⁶⁸ podrá (i.) confirmar los cargos respecto de los cuales haya determinado que existen pruebas suficientes; (ii.) no confirmarlos cuando la pruebas sean insuficientes; o, (iii.) levantar la audiencia y pedir al Fiscal que considere la oportunidad de presentar nuevas pruebas o realizar nuevas investigaciones; o modificar los cargos en razón de las mismas pruebas existentes (artículo 61.7 ER). Una vez confirmados los cargos y antes de comenzar el juicio, el Fiscal, con autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares y previa notificación al acusado, podrá modificar los cargos (artículo 61.8 ER). El Fiscal, si se propusiera presentar nuevos cargos o sustituirlos por otros más graves, deberá pedir una audiencia de conformidad con el artículo 61 relativos a la confirmación inicial de los cargos. Una vez comenzado el juicio, el Fiscal, con autorización de la Sala de Primera Instancia (que es el órgano de la Corte que se encarga de desarrollar esta etapa del proceso), sólo podrá retirar los cargos formulados.

La Corte Constitucional resalta que durante toda la etapa de investigación, además de los ya referidos principios de razonabilidad y control, la labor del Fiscal y la de la Sala de Cuestiones Preliminares están guiadas por los principios de comunicabilidad y contradicción. Esto supone que no es posible adelantar procesos secretos en los cuales el imputado y su representante desconozcan las actuaciones, cargos y pruebas que configuran el proceso desde la perspectiva del Fiscal, ni que tales elementos que son la base del informe y acusación que se presentan para la revisión de la Sala de Cuestiones Preliminares no puedan ser objeto de impugnación por parte de la defensa exponiendo contra argumentos o presentando las pruebas que, en su opinión, desvirtúan la petición del órgano de investigación. Se trata, sin duda, de un procedimiento garantista acorde con la Constitución Política en la medida en que por esta vía se protege al sindicado el derecho de defensa durante la etapa de investigación; se respeta la presunción de inocencia que lo ampara; se evitan dilaciones procesales injustificadas; y, se le permite tanto la presentación de pruebas como la impugnación de las allegadas en su contra. De este modo, la fase de investigación desagrega con cuidado y refiere expresamente a todos los principios que conforman el derecho al debido proceso tanto en los términos de los instrumentos internacionales sobre el particular como en los del propio artículo 29 del Ordenamiento Superior.

4.7.2. Cuestiones especiales

Corresponde ahora hacer un análisis más detallado de dos asuntos puntuales del Estatuto de Roma que aparentemente plantean un tratamiento diferente al previsto en nuestro ordenamiento constitucional. Estos son: las investigaciones realizadas por el Fiscal en el territorio de un Estado y la orden y el proceso de detención de una persona.

4.7.2.6 Las Investigaciones realizadas por el Fiscal

Sobre las investigaciones realizadas por el Fiscal en el territorio de un Estado, el párrafo 2 del artículo 54 del Estatuto de Roma señala:

"2. El Fiscal podrá realizar investigaciones en el territorio de un Estado:

- a) De conformidad con las disposiciones de la Parte IX; o
- b) Según lo autorice la Sala de Cuestiones Preliminares de conformidad con el párrafo 3 d) del artículo 57".

Esta disposición se refiere a la posibilidad con la que cuenta el Fiscal de emplear los mecanismos de cooperación previstos en el Estatuto de Roma (Parte IX del Estatuto) para pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares la adopción de determinadas medidas de investigación en el territorio de un Estado Parte sin haber obtenido la cooperación de éste con arreglo a las reglas en la referida Parte IX del Estatuto. Uno de los principios sobre los que se estructura la jurisdicción reconocida por los Estados Partes en el Estatuto de Roma está expresado en la obligación general de cooperar. Esto quiere decir que los Estados firmantes del Tratado, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto, "cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y los enjuiciamiento de los crímenes de su competencia" (artículo 86 ER); circunstancias para las cuales, como se apreciará con mayor detenimiento en otro apartado de esta providencia, supone, o bien el seguimiento de un procedimiento formal en el cual la Corte presenta una solicitud ante un Estado Parte (artículo 87. numerales 1, 2, 3 y 4, ER), o ante otro Estado que no haga parte del Estatuto "sobre la base de un arreglo especial, un acuerdo con ese Estado o cualquier otra manera adecuada" (artículo 87.5 ER). La atribución reconocida al Fiscal para adoptar determinadas medidas de investigación en el territorio de un Estado Parte también puede llevarse a cabo, siempre que no se haya obtenido la cooperación de éste con arreglo a la parte IX, en razón de una autorización expresa dada por la Sala de Cuestiones Preliminares al Fiscal (artículo 57.3 literal b), ER).

Un régimen de cooperación establecido en estos términos es fundamental para el diseño y funcionamiento de la Corte Penal Internacional. El papel que desarrolla el Fiscal al llevar a cabo parte de su investigación en el territorio de un Estado, con la necesaria aquiescencia del mismo, es central para crear un sistema que garantice la real administración de justicia en la que confían las víctimas de los crímenes de competencia de la Corte -en clara extensión del artículo 229 CP- y la comunidad internacional en general -Preámbulo del Estatuto de Roma- y hace parte de un conjunto de instrumentos que, al mismo tiempo que garantizan la capacidad de castigar atrocidades, respetan las prerrogativas de cada Estado, incluyendo su competencia para procesar a los responsables de los crímenes que delimitan materialmente el ámbito de acción de la Corte Penal Internacional¹²⁶⁹.

No se contempla, entonces, intromisión alguna en la soberanía colombiana, ni se establece un tratamiento diferente al previsto en nuestro ordenamiento. Recuérdese que la justicia impartida por la Corte Penal Internacional tiene cabida de manera complementaria a los regímenes punitivos nacionales y, en este orden de ideas, siempre que la Corte desarrolla actividades en el territorio de un Estado Parte del Estatuto (como podría ser el caso de Colombia), lo hace como resultado del ejercicio de la propia soberanía estatal mediante la que se ha decidido aceptar la jurisdicción de un nuevo organismo que actúa, necesariamente, sobre la base de unos procedimientos y mecanismos previamente acordados y señalados en el Estatuto y que dependen de la autorización dada por el Estado en cuestión, con base en la información que le brinda la Corte Penal acerca de las actividades específicas que desarrollará el Fiscal en su territorio. Por esta vía se intenta, además, coordinar un proceso que, a la vez de respetar los derechos de los estados y personas involucradas, permite desarrollar de manera célere una investigación que compromete el interés de toda la comunidad internacional.

4.7.2.7 La orden de detención y el proceso de detención de personas

Sobre la orden de detención y el proceso de detención, los artículos 58 y 59 del Estatuto establecen:

Artículo 58: Orden de detención u orden de comparecencia dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares

1. En cualquier momento después de iniciada la investigación, la Sala de Cuestiones Preliminares dictará, a solicitud del Fiscal, una orden de detención contra una persona si, tras examinar la solicitud y las pruebas y otra información presentadas por el Fiscal, estuviere convencida de que:

- a) Hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; y
- b) La detención parece necesaria para:
 - i) Asegurar que la persona comparezca en juicio;
 - ii) Asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte; o
 - iii) En su caso, impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias.

2. La solicitud del Fiscal consignará:

- a) El nombre de la persona y cualquier otro dato que sirva para su identificación;
- b) Una referencia expresa al crimen de la competencia de la Corte que presuntamente haya cometido;
- c) Una descripción concisa de los hechos que presuntamente constituyan esos crímenes;
- d) Un resumen de las pruebas y cualquier otra información que constituya motivo razonable para creer que la persona cometió esos crímenes; y
- e) La razón por la cual el Fiscal crea necesaria la detención.

3. La orden de detención consignará:

- a) El nombre de la persona y cualquier otro dato que sirva para su identificación;
- b) Una referencia expresa al crimen de la competencia de la Corte por el que se pide su detención; y
- c) Una descripción concisa de los hechos que presuntamente constituyan esos crímenes.

4. La orden de detención seguirá en vigor mientras la Corte no disponga lo contrario.

5. La Corte, sobre la base de la orden de detención, podrá solicitar la detención provisional o la detención y entrega de la persona de conformidad con la Parte IX del presente Estatuto.

6. El Fiscal podrá pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que enmiende la orden de detención para modificar la referencia al crimen indicado en ésta o agregar otros. La Sala de Cuestiones Preliminares enmendará la orden si estuviere convencida de que hay motivo razonable para creer que la persona cometió los crímenes en la forma que se indica en esa modificación o adición.

7. El Fiscal podrá pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que, en lugar de una orden de detención, dicte una orden de comparecencia. La Sala, de estar convencida de que hay motivo razonable para creer que la persona ha cometido el crimen que se le imputa y que bastará con una orden de comparecencia para asegurar que comparezca efectivamente, dictará, con o sin las condiciones limitativas de la libertad (distintas de la detención) que prevea el derecho interno, una orden para que la persona comparezca. La orden de comparecencia consignará:

- a) El nombre de la persona y cualquier otro dato que sirva para su identificación;
- b) La fecha de la comparecencia;
- c) Una referencia expresa al crimen de la competencia de la Corte que presuntamente haya cometido; y
- d) Una descripción concisa de los hechos que presuntamente constituyan esos crímenes.

La notificación de la orden será personal.

Artículo 59. Procedimiento de detención en el Estado de detención

1. El Estado Parte que haya recibido una solicitud de detención provisional o de detención y entrega tomará inmediatamente las medidas necesarias para la detención de conformidad con su derecho interno y con lo dispuesto en la Parte IX del presente Estatuto.

2. El detenido será llevado sin demora ante la autoridad judicial competente del Estado de detención, que determinará si, de conformidad con el derecho de ese Estado:

- a) La orden le es aplicable;
- b) La detención se llevó a cabo conforme a derecho; y
- c) Se han respetado los derechos del detenido.

3. El detenido tendrá derecho a solicitar de la autoridad competente del Estado de detención la libertad provisional antes de su entrega.

4. Al decidir la solicitud, la autoridad competente del Estado de detención examinará si, dada la gravedad de los presuntos crímenes, hay circunstancias urgentes y excepcionales que justifiquen la libertad provisional y si existen las salvaguardias necesarias para que el Estado de detención pueda cumplir su obligación de entregar la persona a la Corte. Esa autoridad no podrá examinar si la orden de detención fue dictada conforme a derecho con arreglo a los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 58.

5. La solicitud de libertad provisional será notificada a la Sala de Cuestiones Preliminares, que hará recomendaciones a la autoridad competente del Estado de detención. Antes de adoptar su decisión, la autoridad competente del Estado de detención tendrá plenamente en cuenta esas recomendaciones, incluidas las relativas a medidas para impedir la evasión de la persona.

6. De concederse la libertad provisional, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá solicitar informes periódicos al respecto.

7. Una vez que el Estado de detención haya ordenado la entrega, el detenido será puesto a disposición de la Corte tan pronto como sea posible.

Existen dos mecanismos a través de los cuales la Sala de Cuestiones Preliminares puede solicitar que una persona a quien se le imputa la comisión de un crimen de su competencia sea presentada ante ésta. Estos son (i.) la emisión de una orden de detención de conformidad con el artículo 58 del Estatuto de Roma; y, (ii.) la emisión de una orden de detención provisional o la detención y entrega de conformidad con los artículos 58, párrafo 5, y 89, 91 y 92 del Estatuto de Roma. Adicionalmente, la Corte puede emitir una orden de comparecencia, de conformidad con el artículo 58 párrafo 7 del Estatuto, cuando la Sala de Cuestiones Preliminares esté convencida de que basta con una orden de comparecencia para asegurar que la persona se haga presente en la Corte.

Los Estados deberán responder inmediatamente a todas las solicitudes de ejecución de tales órdenes y realizar tales audiencias en su territorio

(artículos 59. 1 y 89. ER). El contenido de las solicitudes de detención y entrega está detallado en el artículo 91; éstas tendrán que incluir "la información que describa a la persona buscada y su probable paradero, además de una copia de la orden de detención." Además, los Estados pueden remitir otros documentos o información requeridos por la legislación nacional, siempre que estos requisitos no sean más engorrosos que los requisitos para una solicitud de extradición de otro Estado (artículo 91. 2 ER).

Una vez que la persona es detenida por el Estado, éste deberá llevarla ante una autoridad judicial competente para que se le brinde la oportunidad de solicitar libertad provisional antes de su entrega (artículo 59. 2 y 6 ER). El Estado de detención es el que ordena la entrega, y después de ello, la persona ha de ser puesta a disposición de la Corte tan pronto como sea posible (artículo 59.7, ER).

Ahora bien: Cabe preguntarse si estas disposiciones establecen un tratamiento diferente al previsto en la Constitución Nacional de los derechos de las personas sobre las que recaen las órdenes de detención. La Corte Constitucional considera que ello no es así.

En primer lugar, a las personas sujetas de la orden de detención impartida por la Sala de Cuestiones Preliminares se les reconocen varios derechos, los cuales serán observados por las autoridades estatales competentes, *v.gr.* la prohibición de autoinculpación, la protección frente a intimidación, coacción o amenaza ejercida por las autoridades, la posibilidad de ser asistido por un abogado, la información concreta sobre la existencia de motivos para creer que ha cometido un crimen de competencia de la Corte y, particularmente, la imposibilidad de ser sometido a detención arbitraria y a ser privado de la libertad "salvo por los motivos previstos en el presente estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él" (artículo 55 ER). En algunos casos, una vez que la Sala de Cuestiones Preliminares emita la orden, los Estados deberán tomar las medidas cautelares para la ejecución de la misma (artículo 57.3 ER); éstas podrán incluir la identificación, localización, congelamiento, embargo de frutos, propiedades, créditos e instrumentos del crimen. Finalmente, si la Sala de Cuestiones Preliminares decide emitir una orden de comparecencia en lugar de una orden de detención, podría requerir ciertas condiciones para estas comparecencias según la legislación nacional (artículo 57.7 ER).

En segundo lugar, toda persona que crea estar privada de su libertad de manera ilegal tiene derecho a exigir de cualquier autoridad, en todo momento y lugar, por sí misma o a través de otro, la resolución de su situación jurídica en un término no mayor a 36 horas. En el caso de los artículos 58 y 59 del Estatuto de Roma se encuentra, precisamente, una forma de privación de la libertad (la detención) originada en una decisión tomada por una autoridad competente y cuyo cumplimiento por parte del Estado depende precisamente del conocimiento de los motivos y circunstancias en las que se apoya la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de los que obligatoriamente debe conocer el sindicado.

No se trata, por lo tanto, de una detención ilegal, pues ésta es el resultado de una determinación de la Corte Penal Internacional cuya competencia ha sido expresamente reconocida en la Constitución (artículo 93 CP) y que, según las disposiciones del Estatuto de Roma, respeta los derechos del sindicado, quien ha de contar, en estos eventos, con la asesoría de un abogado y tiene a su alcance recursos para solicitar la libertad provisional durante esta etapa del proceso anterior a su entrega.

La detención a la que se refiere el texto del Estatuto no da lugar a la presentación de un recurso de *habeas corpus*, pues la orden de la Sala de Cuestiones Preliminares se convierte en una medida legal de detención de alguien cuyas acciones han sido tomadas en cuenta para efectos de su entrega a la Corte Penal Internacional en los términos y con las garantías contenidas en el Estatuto. Por ello, no se podría aplicar a tales medidas el mismo conjunto de requisitos de orden meramente legal exigido en procedimientos nacionales internos. En otras palabras, en esta materia existen ámbitos propios y separados según sea la autoridad que haya ordenado originalmente la detención. No obstante, dicha separación no es absoluta. Cabe subrayar que la detención de personas aludida se rige por el Estatuto y también por el derecho interno en cuanto no sea incompatible con éste, en los términos del artículo 93 del Estatuto.

4.7.2.8 El derecho a la defensa técnica

El Estatuto de Roma recoge el consenso internacional sobre las garantías comprendidas por el derecho de defensa. Sin embargo, en dos disposiciones conexas parecería dejarse al criterio de la Corte Penal Internacional la determinación de si un investigado requiere de un abogado para que lo defienda (artículo 1, párrafo 2, literal b). De manera semejante, en la parte relativa al juicio hay una norma en el mismo sentido (artículo 67, párrafo 1, literal d), la cual será analizada en este apartado dada la conexidad material que existe entre ambas disposiciones. Estas dicen:

Artículo 61. Confirmación de los cargos antes del juicio

(...)

2. La Sala de Cuestiones Preliminares, a solicitud del Fiscal o de oficio, podrá celebrar una audiencia en ausencia del acusado para confirmar los cargos en los cuales el Fiscal se basa para pedir el enjuiciamiento cuando el imputado:

a) Haya renunciado a su derecho a estar presente; o

b) Haya huido o no sea posible encontrarlo y se hayan tomado todas las medidas razonables para asegurar su comparecencia ante la Corte e informarle de los cargos y de que se celebrará una audiencia para confirmarlos. En este caso, el imputado estará representado por un defensor cuando la Sala de Cuestiones Preliminares resuelva que ello redunde en interés de la justicia.

Artículo 67. Derechos del acusado

1. En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto, y a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pie de plena igualdad:

(...)

d) Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 63, el acusado tendrá derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlo; (...).

La expresión "interés de la justicia" puede tener distintos significados y aplicaciones, dependiendo de las circunstancias. Si bien el espíritu que anima el Estatuto es garantista de los derechos del investigado o enjuiciado y es razonable suponer que la Corte Penal Internacional tratará de manera digna a todas las personas que sean investigadas o enjuiciadas por ella, la Corte Constitucional encuentra que el derecho a la defensa técnica está expresamente consagrado en el artículo 29 de la Constitución sin que el goce efectivo de este derecho dependa de la decisión del órgano judicial competente.

En orden a armonizar las disposiciones citadas, la Corte Constitucional considera que siempre será en interés de la justicia que a los nacionales colombianos les sea garantizado plenamente el derecho de defensa, en especial el derecho a ser asistido por un abogado durante las etapas de investigación y juzgamiento por parte de la Corte Constitucional (artículo 61, párrafo 2, literal b, y artículo 67, párrafo 1, literal d). En el capítulo V de esta sentencia se volverá sobre este punto.

4.8. Parte VI: Del juicio

4.8.2 Cuestiones generales

La parte VI del Estatuto está dedicada a describir y desarrollar la etapa del juicio. Estructuralmente este capítulo se divide en (i.) la fijación de unas reglas generales del juicio incluyendo el procedimiento a seguir en caso de declaración de culpabilidad; (ii.) el señalamiento de los derechos del acusado (recavando en la presunción de inocencia), (iii.) el reconocimiento de un sistema de protección a las víctimas y los testigos; (iv.) la referencia a un sistema de práctica de pruebas y protección de la información durante el juicio, incluyendo la información a terceros; (v.) la descripción de delitos contra la administración de justicia y las faltas de conducta en la Corte; y, (vi.) las características y los contenidos del fallo de primera instancia.

4.8.2.6 Reglas generales del juicio.

A menos que se decida otra cosa, el juicio se celebrará en la sede de la Corte (artículo 62 ER) y corresponderá a la Sala de Primera Instancia adelantar el proceso correspondiente, que sólo podrá iniciarse si la persona del imputado se encuentra presente (artículo 63. 1. ER)²⁷⁰. En efecto, el Estatuto prohíbe la realización de juicios *in absentia*; así, el acusado tiene el derecho de estar presente durante toda la etapa de juzgamiento, excepto cuando, como resultado de su propio comportamiento, perturbe continuamente su desarrollo (artículo 63 ER) y, en consecuencia, si no hay otras medidas razonables adecuadas, el acusado puede ser retirado dándosele la oportunidad de observar el juicio y dar instrucciones a su defensor desde fuera de la Sala. El retiro del acusado de la Sala donde se desarrolla el juicio durará el tiempo que sea estrictamente necesario.

El juicio será público. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia podrá decidir que determinadas diligencias se efectúen a puerta cerrada, de conformidad con el artículo 68²⁷¹ debido a circunstancias especiales o para proteger la información de carácter confidencial o restringida que haya de presentarse en la práctica de la prueba.

Al comenzar el juicio, la Sala de Primera Instancia dará lectura ante el acusado de los cargos confirmados anteriormente por la Sala de Cuestiones Preliminares. La Sala de Primera Instancia se cerciorará de que el acusado comprende la naturaleza de los cargos y dará al acusado la oportunidad de declararse culpable, de conformidad con el artículo 65 del Estatuto²⁷², o de declararse inocente.

El artículo 65 refleja un compromiso entre los enfoques que toman diferentes sistemas legales del mundo respecto de la declaración de culpabilidad, pues la experiencia ha demostrado, con independencia al sistema jurídico del que se trate, que no es inusual que un acusado se declare culpable, pues aunque existen diferencias entre el sistema del *common law* en el que la aceptación de la culpabilidad (*guilty plea*) es la regla general y los sindicados se acogen a ella con el propósito de obtener alguna rebaja en su pena, y el sistema de *derecho continental* en el que los jueces suelen mirar con desconfianza dicha declaración y prefieren llegar a una convicción sobre la culpabilidad basada en la evidencia, desde un punto de vista práctico, la diferencia no parece ser tan grande.²⁷³

En efecto, la Corte Penal Internacional tiene el deber de asegurar que el acusado entienda las consecuencias de una admisión de culpabilidad que se hace voluntariamente, tras suficiente consulta con el abogado defensor y sustentada en los hechos de la causa. Dicha Corte también ha de convencerse de esto, pues en caso contrario, "tendrá la declaración de culpabilidad como no formulada" (artículo 65.3. ER) y ordenará que prosiga el juicio con arreglo al procedimiento ordinario. Por ello, la declaración debe estar motivada por una serie de factores, incluyendo un genuino sentimiento de arrepentimiento, que puede incluso servir como criterio de valoración de la Sala a la hora de fijar la pena a imponer²⁷⁴. Si el interés de la justicia y de las víctimas en particular lo requieren, la Corte puede pedir al fiscal que presente pruebas adicionales (inclusive declaraciones de testigos) u ordenar que prosiga el juicio con arreglo al procedimiento ordinario. Ahora bien: a diferencia de lo permitido por el fenómeno de "negociación de la pena", común en algunos ordenamientos penales internos, la Corte no está comprometida con ninguna discusión entre el Fiscal y la defensa respecto a la modificación de los cargos, la declaración de culpabilidad o la condena a ser impuesta

(artículo 65.5. ER).

Se constata, entonces, la existencia de un procedimiento garantista que sobre la base de una *adecuada comunicación* y *el continuo asesoramiento* del imputado permite la labor de la Corte Penal Internacional a través de sus diferentes órganos. Este procedimiento coincide con el previsto en la Constitución en la medida en que bajo el pretexto de enjuiciar y castigar a los autores de los crímenes de mayor trascendencia para la humanidad no se permite que los derechos del imputado sufran mengua y, así, se asegura que tal persona cuente con toda la información necesaria para adelantar su defensa técnica, conozca con claridad las herramientas procesales con las que cuenta para tal fin y tenga plena conciencia acerca de los efectos de sus actos durante el juicio.

Ahora bien, las funciones de la Sala de Primera Instancia en la etapa del juicio se concretan de la siguiente manera. En primer lugar, el magistrado presidente de la Sala de Primera Instancia podrá impartir directivas para la substanciación del juicio "en particular para que éste sea justo e imparcial" (artículo 64. 8. literal b) ER). Con sujeción a las directivas que imparta el magistrado presidente, "las partes podrán presentar pruebas" de conformidad con las disposiciones generales contenidas en el Estatuto. En segundo lugar, es obligación de la Sala de Primera Instancia ver que el juicio sea justo y expedito, y conducido con pleno respeto a los derechos del acusado y con la debida protección de las víctimas y testigos.

De este modo, entre otras facultades, la Sala de Primera Instancia puede solicitar la comparecencia y testimonio de testigos y brindar protección al acusado, los testigos y las víctimas, y dirimir otras cuestiones pertinentes (artículo 64. 2, 3 y 4 ER). Corresponde, entonces, a la Sala de Primera Instancia, entre otras cosas, (i.) decidir sobre la admisibilidad o pertinencia de las pruebas y (ii.) tomar las medidas necesarias para mantener el orden en las audiencias (artículo 64. 9 ER).

Así, es sobre la base de un juicio expedito, justo e imparcial que los Estados Partes reconocen la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y acuden a ella como una forma de complementación de sus respectivos órdenes internos. La implementación del Estatuto de Roma parte del mismo supuesto que se aplica en el orden interno, para todas las actuaciones judiciales y administrativas, a saber, la existencia de una autoridad competente que, en aplicación de normas preexistentes al hecho que es objeto de debate judicial, observa la plenitud de garantías comúnmente exigibles en un juicio.

4.8.2.7 De los derechos del acusado.

El Estatuto también reconoce explícitamente los derechos del acusado. Ya se aludió a la defensa técnica cuando se abordó este mismo tema en relación con la etapa de confirmación de los cargos. Por ello, no se volverá sobre este punto.

Los derechos básicos relativos al juicio incluyen el derecho a ser informado sin demora del cargo por el cual se acusa a determinada persona, a tener el tiempo y las facilidades adecuadas para preparar la defensa, a ser procesado sin dilaciones indebidas, a interrogar, o hacer interrogar testigos, entre otros (artículo 64 ER). En ninguna circunstancia, el acusado podrá ser obligado a declarar ni a declararse culpable y, de quererlo así, se le permitirá guardar silencio sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia. También se le reconoce el derecho a declarar, de palabra o por escrito, en su defensa sin prestar juramento y a que no se invierta la carga de la prueba ni le sea imputada la carga de presentar contrapruebas.

Por su parte, durante la etapa del juicio, el Fiscal tiene el deber de divulgar cualquier prueba que muestre, o tienda a mostrar la inocencia, o tienda a atenuar la culpabilidad de acusado o afectar la credibilidad de las pruebas de cargo.

Se trata, en estos aspectos, de un proceso pleno de garantías, similares a las previstas en nuestro ordenamiento, que está encaminado a administrar justicia antes que a encontrar a un culpable al precio de la presión o la negación de las garantías elementales que el derecho contemporáneo le reconoce a todos los procesados. Sobre este particular, la intención de los Estados Partes del Estatuto de Roma es clara: frente a los crímenes de mayor trascendencia contra la humanidad "que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad" (Preámbulo. 2), se ha escogido crear mecanismos jurídicos de contención. Frente a la irracionalidad de los hechos y la falta de argumentos para justificar ciertas acciones, los Estados Partes han optado por el resquicio de racionalidad que brinda el derecho y ha creado las herramientas jurídicas que ayuden a sancionar y prevenir este tipo de conductas.

4.8.2.8 Del sistema de protección a las víctimas y los testigos.

La Corte tiene la obligación general de "adoptar las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos" (artículo 68 ER) tomando en cuenta, para ello, factores tales como la edad, el género, la salud y el tipo de delitos que son objeto del juicio. Tales medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un proceso justo e imparcial. Partes del juicio, o la presentación de pruebas por medios especiales se podrán hacer a puerta cerrada *-in camera-* como excepción al principio de audiencias públicas (artículo 68. 2.), y la Corte adoptará tales medidas particularmente en el caso de una víctima de violación sexual o en aquellos otros en los que un menor de edad que es la víctima del delito que se juzga. Sobre esta materia, la experiencia de los tribunales *ad-hoc* habrá de guiar la implementación de estos mecanismos²⁷⁵, que incluso pueden guardar relación con las reglas de confidencialidad (artículo 65 9.) que los Estados Partes pueden alegar en su favor en casos en los que la investigación y el juicio que adelanta la Corte afecten asuntos relacionados con la defensa o soberanía nacionales²⁷⁶.

La protección de los derechos de testigos y víctimas que puedan verse afectados durante la investigación o por la práctica de ciertas pruebas que prevé el Estatuto de Roma, concuerda con la protección constitucional a los derechos de los niños (artículo 44 CP), del respeto a la intimidad (artículo 15 CP) y el libre desarrollo personal (artículo 16 CP). Igualmente, con el propósito de garantizar tales derechos antes del comienzo del

juicio, el Fiscal puede difundir un resumen en vez de toda la información o pruebas si la seguridad o la integridad del un testigo o la de su familia puede correr grave peligro (artículo 68. 5 ER). Ello no supone un tratamiento diferente al previsto en la Constitución.

4.8.2.9 De la práctica de pruebas y el sistema de protección de la información durante el juicio.

El Estatuto establece un marco básico relativo a la práctica de las pruebas (artículo 69 ER) y la protección de la información que afecte a terceros o la seguridad de un Estado (artículos 72 y 73 ER). Por ejemplo, el testimonio de un testigo en el juicio deberá darse generalmente en persona, sujeto a las disposiciones del Estatuto, o a las reglas que apuntan a la protección de los testigos (artículo 69. 2 y 3 ER), siendo posible el empleo de la tecnología de audio y video para el efecto, o la presentación de declaraciones escritas. La Corte puede pedir la presentación de cualquier prueba que considere necesaria para la determinación de la verdad y puede, de acuerdo con criterios señalados en el artículo 69, decidir otras cosas, como el valor probatorio de las mismas o su pertinencia o admisibilidad cuando fueren presentadas por un Estado, aunque esto no supone un juicio sobre la aplicación del derecho interno de dicho Estado (artículo 58. 8 ER).

De este modo, todas las pruebas obtenidas como resultado de una violación del Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas serán inadmisibles (regla de exclusión) cuando la violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas o cuando su admisión atente "contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él". Estas disposiciones coinciden con los principios establecidos en la Constitución colombiana, que también protegen la integridad del acervo probatorio y consagran la nulidad de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso²⁷⁷.

De otra parte, un Estado tiene el derecho de intervenir en el proceso cuando siente que la divulgación de información requerida por los órganos de la Corte Penal Internacional para la información de su juicio (conforme con el Estatuto) puede afectar su seguridad (artículo 72 ER). En estos casos, el Estado, el Fiscal la defensa y las Salas pertinentes deben adoptar los pasos necesarios para resolver la cuestión por medio de la cooperación con medidas tales como (i.) la modificación de la solicitud, (ii.) la obtención de la información de una fuente distinta o en una forma diferente, o acordando condiciones tales como limitaciones en la divulgación, utilizando procedimientos a puerta cerrada o *ex parte*, u otras medidas; (iii.) una decisión de la Corte respecto de la pertinencia de la información o de las pruebas solicitadas, o una decisión sobre si las pruebas, aunque pertinentes, pudieran obtenerse o se hubieran obtenido de una fuente distinta del Estado; y (iv.) Un acuerdo sobre las condiciones en que se preste la asistencia, que incluya, entre otras cosas, la presentación de resúmenes o exposiciones, restricciones a la divulgación, la utilización de procedimientos a puerta cerrada o *ex parte*, u otras medidas de protección permitidas con arreglo al Estatuto o las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Si se han dado todos los pasos razonables y el Estado continua considerando que la información o los documentos no pueden divulgarse sin perjuicio de su seguridad nacional se notificará de este hecho a la Corte. Si la Corte encuentra que la prueba es necesaria para establecer la culpabilidad o la inocencia del acusado puede, como último recurso, determinar que el Estado no está cumpliendo con sus obligaciones según el Estatuto y puede remitir la materia a la Asamblea de Estados Partes, o si procede, al Consejo de Seguridad. La Corte puede también hacer una inferencia apropiada en el juicio a partir de éste comportamiento estatal. Estos procedimientos se aplican igualmente cuando a una persona se le ha pedido dar una información o prueba de conformidad con las normas de cooperación.

Un aspecto importante es referido por esta parte del título VI del Estatuto de Roma, pues aquí los Estados Partes no se limitaron a concebir un procedimiento para la práctica de pruebas, sino que previeron también algunas formas de resolución de posibles conflictos cuando en el desarrollo de un proceso puede resultar afectada información vital para la seguridad nacional de un Estado que, por tanto, se estima inconveniente dar a conocer. Los artículos 72 y 73 se encargan de señalar la forma de resolver tales conflictos con el propósito doble de mantener la integridad estatal y de garantizar la efectividad del proceso en curso. En la clarificación de estas reglas podrá participar el Estado colombiano cuando se haga parte del Estatuto de Roma y sea miembro de la Asamblea, de acuerdo con los términos del artículo 112 del Estatuto.

4.8.2.10 De los delitos contra la administración de justicia.

El Estatuto establece seis delitos contra la administración de justicia. Estos incluyen, cuando se cometieron intencionalmente, dar falso testimonio, presentar pruebas que se sabe son falsas o falsificadas, interferir con el testigo o con la prueba, interferir con el funcionario de la Corte, tomar represalias contra dicho funcionario de la Corte y solicitar o aceptar un soborno en calidad de funcionario de la Corte (artículo 70 ER). Los procedimientos relativos a estos delitos, sancionables con multa o con pena de reclusión, no mayor a cinco años, son establecidos en las reglas contenidas en el párrafo 2 de la misma norma.

Aun cuando la Corte puede proceder respecto de estos delitos, puede solicitar también a un Estado Parte que lo haga. Consecuentemente, el Estatuto obliga a los Estados a extender sus leyes penales de acuerdo con ello. También las faltas de conducta en la Corte, tales como perturbar una audiencia o negarse deliberadamente a cumplir sus órdenes. se sancionan con una multa o con medidas administrativas tales como la expulsión de la Sala (artículo 71 ER).

Nada impide que dentro del cuerpo de una regulación que intenta describir las funciones de una Corte penal internacional se dedique uno de sus apartados a la definición de los delitos y faltas que se pueden cometer en su contra, vulnerando, por esta vía, tanto la imparcialidad en la que han de basarse sus decisiones como en la eficacia y autoridad con que pretende resolver los asuntos que son de su conocimiento.

Con la definición de estos mecanismos se descubre una de las características más importantes de la Corte Penal Internacional, a saber, su sujeción a un orden jurídico que está dado no sólo por las reglas comunes de derecho internacional sino por la definición autónoma y soberana que toma cada Estado Parte al vincularse al Tratado que contiene el Estatuto de Roma y al participar activamente, a través de los órganos y

procedimientos pertinentes en su continua implementación e interpretación.

4.8.2.11 Características y contenido de la decisión de primera instancia.

Los magistrados de la Sala de Primera Instancia (que han de estar presentes en cada fase del juicio y en todas sus deliberaciones) intentarán llegar a decisiones de condena o absolución unánimes. De no ser posible esto, acudirán el sistema de mayoría simple tal y como lo establece el artículo 74 del Estatuto. Las opiniones de la mayoría y la minoría aparecerán en el fallo o el resumen de éste que será leído en sesión pública.

La Sala de Primera Instancia fundamentará su fallo en su evaluación de las pruebas y de la totalidad del juicio. El fallo "se referirá únicamente a los hechos y las circunstancias descritos en los cargos o las modificaciones a los cargos, en su caso" (artículo 74 ER). La Corte podrá fundamentar su fallo únicamente en las pruebas presentadas y examinadas ante ella en el juicio.

La Corte Penal Internacional establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación que ha de otorgarse a la víctimas o a sus causahabientes (artículo 75 ER). A pedido de la víctima, o, excepcionalmente, por su propia iniciativa, la Corte puede dar órdenes de reparación directamente contra una persona condenada o puede ordenar un pago de un Fondo Fiduciario.

En caso de que se dicte un fallo condenatorio, la Sala de Primera Instancia fijará la pena que proceda imponer, para lo cual tendrá en cuenta las pruebas practicadas y las conclusiones relativas a la pena que se hayan hecho en el proceso. La Sala de Primera Instancia podrá convocar de oficio una nueva audiencia, "y tendrá que hacerlo si lo solicitan el Fiscal o el acusado antes de que concluya la instancia, a fin de practicar diligencias de prueba o escuchar conclusiones adicionales relativas a la pena, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba" (artículo 76. 2 ER). La pena será impuesta en audiencia pública y, de ser posible, en presencia del acusado (artículo 76. 4 ER).

Hechas las anteriores consideraciones generales, pasa la Corte a analizar una cuestión especial.

4.8.3. Cuestión especial: La presunción de inocencia

El artículo 66 de Estatuto señala que:

Artículo 66: Presunción de inocencia

1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable.
2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado.
3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.

En principio, todas las personas tienen el derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe la culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable; corresponde al Fiscal, entonces, probar la culpabilidad del acusado, en el entendido de que, para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de ello "más allá de toda duda razonable" (artículo 66 ER).

Se presenta en este punto una diferencia entre la condición establecida en Estatuto para que proceda una sentencia condenatoria (la inexistencia de duda razonable) y la que comúnmente se aplica en el derecho penal colombiano que impide dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado²⁷⁸. ¿Establece esta norma un tratamiento diferente del previsto constitucionalmente?

En materia de procedimiento penal una de las formas de probar la culpabilidad del sindicado guarda relación con la constatación de la ocurrencia de todos los elementos que integran la conducta punible "más allá de cualquier duda razonable". Se trata de un alto estándar de prueba existente en algunos sistemas legales del *common law* que, sin embargo, no supone la absoluta certeza acerca de la comisión de un crimen (premisa que es propia del derecho penal -como el nuestro- inspirado en la tradición jurídica continental europea), pero sí asegura que la exposición de hechos y pruebas permitan demostrar una duda razonable a favor del imputado²⁷⁹. Es importante subrayar que una duda razonable no es cualquier tipo de duda sino una duda sustentada en la razón como resultado de un proceso de análisis y valoración que realiza el órgano judicial competente de cara a los hechos concretos de cada caso²⁸⁰. Dicho criterio de valoración no supone un atentado contra los derechos del sindicado, pues se trata de un estándar valorativo que permite tanto declarar la culpabilidad como absolver al procesado pero exige un grado de convicción elevado y suficiente respecto de la responsabilidad del acusado.²⁸¹

La Corte Constitucional hace las siguientes consideraciones sobre el régimen adoptado en el Estatuto.

En primer lugar, esta es una disposición que surge de un consenso internacional interesado en crear un marco jurídico que, a pesar de las diferencias culturales y jurídicas que existen entre los diferentes Estados Partes, pueda aplicarse de manera consistente a la persecución de ciertos crímenes que amenazan con destruir los lazos existentes entre distintos pueblos (Preámbulo, ER).

En segundo lugar, no puede desconocerse que el alcance de las disposiciones del Estatuto está expresamente limitada a los delitos que señalan la competencia de la Corte y, por tanto, busca crear una armonía complementaria entre los sistemas penales de cada país (que se rigen por reglas propias y se mantienen intactos) y la jurisdicción internacional que es fruto del desarrollo que durante siglos se ha dado en el derecho internacional con el propósito de lograr un acuerdo alrededor de los crímenes que son objeto de reproche jurídico y la forma de juzgarlos.

En tercer lugar, si se observa la naturaleza del estándar señalado por el Estatuto para determinar la culpabilidad del imputado se tiene que el

sistema que exige una convicción más allá de una duda razonable para establecer la culpabilidad de un individuo, es suficientemente garantista para los imputados.

En cuarto lugar, la Constitución colombiana no establece ningún criterio específico de apreciación de la conducta por parte del juez penal, pues desde que se respeten cabalmente la presunción de inocencia, el principio de legalidad y el de favorabilidad, el derecho a la defensa técnica, a presentar pruebas y a controvertir las desfavorables, a impugnar las decisiones en contra y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (artículo 29 CP), existe un margen de configuración permitido por la Constitución para expedir la regulación que se considere más apropiada a los fines que se persiguen.

4.9. Parte VII: De las penas

4.9.1. Cuestiones generales

La Parte VII del Estatuto de Roma regula las penas a imponer a los responsables de los delitos establecidos en el artículo 5. Esta parte consta únicamente de cuatro artículos - penas aplicables (artículo 77), imposición de la pena (artículo 78), fondo fiduciario (artículo 79) y el estatuto, la aplicación de las penas por los países y la legislación nacional (artículo 80). El reducido número de artículos y su redacción en términos generales reflejan la dificultad de lograr consensos respecto de las sanciones penales entre los diversos países que intervinieron en la elaboración y aprobación del Estatuto.²⁸² Dos tendencias contrapuestas explican el consenso de mínimos al que se arribó: por una parte, algunos países, entre ellos algunos Estados Árabes y del Caribe, abogaban por la inclusión de la pena de muerte para delitos de extrema gravedad; por la otra, otros países entre ellos algunos centroamericanos y suramericanos se oponían a la adopción de la pena de cadena perpetua teniendo en cuenta su prohibición constitucional. La solución intermedia excluyó la pena de muerte como sanción,²⁸³ e incluyó la pena de prisión perpetua cuando así lo justifique la extrema gravedad del crimen, siempre y cuando después de 25 años se revise la sentencia por la Corte para determinar si ella debe ser reducida.²⁸⁴

Las penas principales aplicables por los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión son sólo dos: la reclusión que no exceda de 30 años y la reclusión a perpetuidad "cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado" (artículo 77. 1). Como penas accesorias están previstas la multa con arreglo a las Reglas de Procedimiento y Prueba, y "el decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe" (artículo 77.2). El tipo de pena a imponer depende de la "gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado" (artículo 78.1), debiéndose deducir a la misma el tiempo de detención antes de la sentencia (artículo 78 num. 2). En caso de que una persona sea encontrada responsable por más de un delito, el Estatuto establece que la Corte impondrá una pena por cada uno de ellos y una común en la que se especifique la duración total de la reclusión, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 78 ER. Por su parte, el artículo 79 ordena la creación de un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de competencia de la Corte y de sus familias, pudiendo ésta ordenar el traslado a dicho Fondo de las sumas y bienes que reciba a título de multa o decomiso, todo ello regulado y administrado por decisión de la Asamblea de los Estados Parte. Por su parte, el artículo 80 dispone que las penas establecidas en el Estatuto no afectarán el derecho interno puesto que nada de lo en él dispuesto se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la parte VII.

A excepción de la prohibición constitucional (artículo 34 CP) de la prisión perpetua y del problema de indeterminación de la pena respecto de los crímenes individualmente considerados, los artículos 77 a 80 del Estatuto de Roma no establecen tratamientos diferentes a los previstos en nuestro orden constitucional. Los criterios para imponer la pena respetan los principios de dignidad humana y proporcionalidad, tienen cuenta no sólo la gravedad del crimen sino las circunstancias personales del condenado. En cuanto a la creación de un Fondo fiduciario en beneficio de las víctimas y de sus familias, el Estatuto de Roma coincide con el creciente consenso universal sobre la necesidad de proteger a las personas perjudicadas por crímenes de la magnitud que exhiben los establecidos en el Estatuto, tendencia seguida por la Constitución colombiana y reafirmada ampliamente en su jurisprudencia constitucional.²⁸⁵ Finalmente, el reconocimiento por parte del Estatuto de la vigencia en el ámbito nacional de las penas establecidas por el derecho interno resalta su carácter complementario, no sustitutivo del derecho de los Estados Parte.

4.9.2. Cuestiones especiales

Ante la dificultad de llegar a un acuerdo específico en torno a las sanciones penales a imponer a los responsables respecto de cada uno de los crímenes - y de sus modalidades - de competencia de la Corte Penal Internacional, se optó por una regulación general que establece como únicas penas principales la reclusión hasta por 30 años o a perpetuidad (artículo 77.1 ER), así como por someter su estimación a dos factores: la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado (artículo 78. 1 ER):

"Artículo 77 Penas aplicables

1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:

- a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o
- b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. (...)

Artículo 78

Imposición de la pena

1. Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. (...)

Las normas anteriores establecen un tratamiento diferente al previsto en nuestro ordenamiento constitucional en dos materias. La primera tiene que ver con el principio constitucional del artículo 29 de la Constitución en lo relativo a la prohibición de la indeterminación de la pena. La segunda se refiere a la prohibición constitucional de la prisión perpetua (artículo 34 CP.). Tales tratamientos diferentes fueron autorizados por el Acto Legislativo No. 2 de 2001 y operan exclusivamente en el ámbito del ejercicio de las competencias atribuidas por el Estatuto a la Corte Penal Internacional.

En lo que respecta la forma como el Estatuto regula la determinación de las penas que serán impuestas a quienes sean condenados por la Corte Penal Internacional, éste no señala para cada uno de los crímenes descritos en los artículos 6, 7 y 8, la pena que corresponde ni fija límites mínimos, tal como tradicionalmente se ha hecho en el derecho penal colombiano. Ello, sin embargo, no supone un tratamiento diferente al previsto en nuestro ordenamiento, puesto que las penas a imponer por los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional son en todo caso determinadas y respetan el principio de legalidad de la pena que hace parte del derecho al debido proceso (artículo 29 CP).

En cuanto a las penas que puede imponer la Corte Penal Internacional, el artículo 77 numeral 1 del Estatuto establece un límite de la pena la reclusión. Esto sólo puede ser hasta por 30 años. La cadena perpetua está sujeta a revisión luego de 25 años (artículo 110. 3 ER). De esta norma se deduce que no existe un mínimo de reclusión, sólo un máximo. La pena será dosificada según la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.²⁸⁶ Atendidos los factores objetivos para la determinación de la pena, ella debe ser proporcional a la gravedad del crimen y a las circunstancias personales del condenado.²⁸⁷ Tales factores permiten tener en cuenta una o más circunstancias de atenuación o de agravación punitiva,²⁸⁸ de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba. Por otra parte, a la luz del artículo 21 numeral 3 del Estatuto de Roma, la aplicación e interpretación del derecho aplicable por la Corte Penal Internacional, en todo caso, debe ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin discriminación por razones como "el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición."

En cuanto al tratamiento de la pena de reclusión a perpetuidad, prohibida en nuestro ordenamiento, pero prevista en el Estatuto de Roma, se tiene que el Acto Legislativo 02 de 2001 autorizó dicho tratamiento diferente para los crímenes de competencia del Estatuto de Roma, pero no faculta a las autoridades nacionales a aplicar este tipo de pena cuando juzguen alguno de los crímenes señalados en el Estatuto de Roma.

Según el Estatuto, la reclusión a perpetuidad como pena no es absoluta ni definitiva; por el contrario, después de 25 años, la Corte Penal Internacional está obligada a examinar la pena para determinar si ésta puede reducirse, con lo que se deja a salvo la esperanza para el condenado de algún día recobrar su libertad y concilia el principio de la dignidad humana del condenado con los principios de justicia y de protección de los derechos de las víctimas y de sus familiares.²⁸⁹

4.10 Parte VIII: De la apelación y de la revisión

Las apelaciones de las decisiones de la Corte pueden ser presentadas por el Fiscal alegando (*i.*) vicios de procedimiento, (*ii.*) error de hecho, (*iii.*) error de derecho; el condenado, o el Fiscal en su nombre, podrá apelar la decisión por las anteriores razones, así como cualquier otro motivo que afecte a la justicia o la regularidad del proceso o del fallo (artículo 81.1 ER). Adicionalmente, se admite la posibilidad de apelar una sentencia de conformidad con las reglas de procedimiento y prueba, "en razón de una desproporción entre el crimen y la condena" (artículo 81. 2 ER). Para todos estos efectos, la persona interesada debe presentar los argumentos que estime conducentes para lograr la revocatoria del fallo que ataca.

Una persona condenada se mantendrá en custodia hasta tanto se resuelva la apelación a menos que la Corte ordene lo contrario. Al tramitarse la apelación de una absolución, la persona absuelta será liberada excepto bajo circunstancias excepcionales teniendo en cuenta el riesgo de fuga, la gravedad del delito y las probabilidades de que la apelación prospere (artículo 81. 2 y 3. ER).

Otras decisiones pueden ser apeladas antes de la conclusión del juicio, incluyendo aquellas sobre admisibilidad y competencia, sobre libertad condicional, sobre iniciativas de la Sala de Cuestiones Previas (de conformidad con el artículo 56), o sobre una cuestión "que afecte de forma significativa a la justicia y a la prontitud con la que se sustancia el proceso" (artículo 82, numerales 1 y ss. ER), señalamientos que, sin embargo siguen siendo imprecisos en la medida en que el grado de dificultad de cada proceso marcará un ritmo propio para la actuación judicial, que en todo caso, puede ser objeto de precisión por parte de los Estados miembros de la Asamblea. Así mismo, las órdenes de reparación pueden ser apeladas por un representante de las víctimas, así como por el condenado o el propietario de buena fe de bienes afectados por una orden de decomiso (artículo 82.4 ER).

Finalmente, de encontrarse alguna injusticia en la decisión o sentencia, o un error que les afectó efectivamente, la Sala de Apelaciones puede revertir o enmendar la decisión o sentencia, o puede ordenar un nuevo juicio (artículo 83 ER). Si se cerciora de que ha salido a la luz una nueva prueba importante, o que se ha descubierto que una prueba decisiva es falsa, o que uno o más de los magistrados estuvieron involucrados en una falta grave en su función, puede existir remedio volviéndose a convocar la Sala de Primera Instancia o constituyendo una nueva o reteniendo competencia para determinar si debe revisarse la sentencia definitiva que condena o la pena impuesta (artículo 84 ER). Por último, el que haya sido ilegalmente retenido o recluido tendrá derecho efectivo a ser indemnizado, así también quien hubiera sido condenado por un error judicial (artículo 85 ER).

Los artículos 81 a 85 del Estatuto consagran los mecanismos de revisión y apelación de las sentencias y otras decisiones tomadas por la Sala de Primera Instancia, con el propósito de brindar a los procesados una garantía efectiva ante la ocurrencia de un evento que cambiaría

fundamentalmente el sentido del fallo o decisión tomada. Los jueces no están exentos de incurrir en errores y contra tales contingencias el ordenamiento jurídico ha establecido como parte del debido proceso la posibilidad de impugnar las decisiones de la autoridad. Se trata de un principio universal también recogido por nuestra Constitución en el artículo 29, que no supone un tratamiento diferente al previsto en nuestro ordenamiento.

4.11. Parte IX: De la cooperación internacional y la Asistencia Judicial

4.11.1. Cuestiones generales

La Parte IX del Estatuto, consta de 17 artículos y regula la cooperación y asistencia judicial internacional de los Estados Partes con la Corte Penal Internacional. Existen dos asuntos principales para los cuales es necesaria dicha cooperación:

(i) Para el arresto y entrega de personas ante la solicitud de la Corte; (artículos 89 a 92 y 102 ER)

(ii) Para asistir a la Corte en la práctica de pruebas y diligencias para las investigaciones y juicios de la Corte y en cualquier otra actuación procesal no prohibida por el Estado requerido (artículos 93 a 101 ER)

4.11.1.1 Procedimiento general de cooperación con la Corte Penal Internacional

Los artículos 86 y 87 del Estatuto de Roma regulan el procedimiento general para el trámite de las solicitudes de cooperación y son aplicables a los dos tipos de solicitudes que puede hacer la Corte. De conformidad con el artículo 86 del Estatuto de Roma, los Estados Partes están obligados a "cooperar plenamente" con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia y deben hacerlo "de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto". En concordancia con lo anterior, el artículo 88 estipula que los Estados Partes deberán "asegurar que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte".

Para dar cumplimiento a esta obligación, los Estados Partes, deberán asegurarse que no existen obstáculos en su ordenamiento interno para cooperar con ella, haciendo ajustes a sus procedimientos internos, desarrollando procedimientos especiales para ese efecto (artículo 88 ER), o realizando acuerdos de cooperación similares a los existentes en materia de cooperación interestatal, cuando ello sea necesario para garantizar una cooperación efectiva con el Corte Penal Internacional.²⁹⁰ En el caso de los Estados que no sean Parte y de organizaciones intergubernamentales que acepten cooperar con la Corte Penal Internacional, la cooperación se regirá por acuerdos de cooperación judicial (artículo 87, numerales 5 y 6 ER), cuando ello sea necesario para facilitar el cumplimiento de las solicitudes de cooperación de la Corte Penal Internacional.

Entre otras obligaciones, esa cooperación plena puede implicar el establecimiento del conducto adecuado para el trámite de las solicitudes de cooperación (artículo 87 ER), el pago de ciertos gastos (artículo 100 ER) y la protección de la confidencialidad de la solicitud de cooperación, salvo que su divulgación sea necesaria para su cumplimiento (artículo 87.4 y 93.8 literal b ER)

Prevé también el Estatuto que cuando un Estado no cumple con un requerimiento de cooperación de la Corte, en contravención a lo dispuesto en el Estatuto, y le impide con ello ejercer sus funciones y atribuciones, la Corte podrá remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o, al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto (artículo 87.7 ER). A pesar de que el Estatuto no prevé específicamente ninguna sanción, el incumplimiento de las obligaciones de un tratado acarrea en todo caso responsabilidad internacional, de conformidad con las reglas sobre la materia.²⁹¹

Estas normas generales para el trámite de las solicitudes de cooperación, así como de los contenidos mínimos de información que deben intercambiar los Estados y la Corte Penal Internacional (artículos 87, 88, 96 y 99 ER), están orientadas a facilitar el cumplimiento de los compromisos internacionales y son respetuosas de la soberanía nacional.

4.11.1.2. Otras formas de cooperación y fundamentos admisibles para negarse a cumplir con una solicitud de cooperación de la Corte Penal Internacional

El artículo 93 enumera algunas de las formas más importantes de asistencia de los Estados en las investigaciones de la Corte Penal Internacional, distintas de la entrega o de la detención provisional, tales como la protección de testigos, la realización de inspecciones o allanamientos, la recolección de documentos y la práctica de pruebas (literales a) a k)), así como "*cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por la legislación del Estado requerido y destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de la competencia de la Corte*". Sólo respecto de las formas de asistencia enumeradas en el artículo 93, existe la posibilidad de negarse a cumplir con una solicitud de la Corte Penal Internacional. Según el Estatuto sólo existen dos situaciones bajo las cuales es posible negarse a cumplir con una solicitud de asistencia.

La primera situación se presenta cuando la ayuda solicitada por la Corte Penal Internacional se refiere a la presentación de documentos o la divulgación de pruebas que afecten la seguridad nacional (artículos 93.4 y 72 ER). En esos eventos, el Estatuto de Roma garantiza los intereses del Estado, quien podrá dejar de cumplir con la totalidad de la solicitud o cumplirla sólo parcialmente.

La segunda circunstancia bajo la cual un Estado podría negarse a cumplir con una solicitud se describe integralmente en el artículo 93, numerales 1 y 5, del Estatuto de Roma. El artículo 93.5 estipula que cuando se trate de una solicitud respecto de las medidas enunciadas en los literales a) - k), y la ejecución de esa medida esté prohibida en el Estado requerido "por un principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general", el Estado deberá consultar con la Corte a fin de que encontrar una solución para brindar la asistencia, como por ejemplo,

prestándola de otra manera o sujetándola a ciertas condiciones (artículo 93.3 ER). Cuando no sea posible modificar la solicitud, el Estado requerido podrá rehusarse al cumplimiento de tal solicitud hasta que la Corte modifique tal solicitud, de manera que no la prohíba un principio fundamental de derecho interno de aplicación general.

El artículo 93.1 estipula que cualquier tipo de asistencia que no esté enumerada en los literales (a) a (k) del artículo 93.1, no es obligatoria cuando esté prohibida por la legislación del Estado requerido. De conformidad con el artículo 93.5 "[a]ntes de denegar una solicitud de asistencia de conformidad con el párrafo 93.1, literal l), el Estado requerido considerará si puede prestar la asistencia con sujeción a ciertas condiciones o de otra manera, o si es posible hacerlo en una fecha posterior. Si la Corte Penal Internacional o el Fiscal aceptan las condiciones fijadas por el Estado para prestar su cooperación, la Corte Penal o el Fiscal estarán obligados a respetar dichas condiciones. En estos eventos, el Estado requerido goza de gran discrecionalidad para decidir si coopera o no con la Corte Penal Internacional. Por consiguiente, si la asistencia requerida no está enumerada en el artículo 93.1, literales a) a k), dicha asistencia está prohibida por su ordenamiento interno y el Estado requerido ya consideró que no puede prestar la asistencia ni siquiera bajo condiciones especiales, el Estado podrá negarse a cumplir con el requerimiento de la Corte, según el artículo 93.5 del Estatuto.

Estas disposiciones facilitarán que Colombia determine soberanamente si presta o no la asistencia que llegue a solicitar la Corte Penal Internacional, cuando ésta se encuentre prohibida en nuestro ordenamiento interno, o si la presta de manera diferente, de forma tal que, a la vez que resulte acorde con las disposiciones nacionales, facilite el cumplimiento de las funciones de la Corte Penal Internacional en la lucha contra la impunidad frente al genocidio, los crímenes de lesa humanidad, y los crímenes de guerra.

4.11.1.3. Posibilidad de aplazar la ejecución de las solicitudes de asistencia que haga la Corte Penal Internacional

Los artículos 94 y 95 del Estatuto de Roma permiten a los Estados aplazar la ejecución de las solicitudes de asistencia en ciertas situaciones. El artículo 94 describe la situación en que la solicitud interfiera con una investigación o enjuiciamiento en curso de un asunto distinto. Ante tal situación, el Estado requerido podrá consultar a la Corte y acordar un periodo de tiempo de prórroga para la ejecución. Este período no excederá de lo necesario para concluir la investigación o el enjuiciamiento de que se trate la ejecución de la solicitud. El Estado requerido podrá también prestar asistencia con sujeción a ciertas condiciones, en el caso en que decida prestarla de inmediato.

El artículo 95 describe el caso en que la solicitud de asistencia se aplaze por estar pendiente la impugnación de admisibilidad de la causa. En ese evento, el Estado requerido podrá suspender la ejecución de una solicitud por estar pendiente la decisión de la Corte sobre la impugnación, a no ser que la Corte haya resuelto expresamente que Fiscal puede recolectar prueba antes de que la Corte decida sobre la admisibilidad del asunto.

Las disposiciones estudiadas, no establecen un tratamiento diferente al previsto en la Carta Política en estas materias y contribuyen al cumplimiento de los compromisos internacionales que asuma Colombia en relación con el Estatuto, respetan la soberanía del Estado y facilitan el logro de los fines cooperación internacional contra la impunidad, la garantía a los derechos humanos, y el logro de la justicia (artículo 9 CP).

4.11.2. Cuestiones Especiales

El Estatuto de Roma regula dos aspectos de particular importancia en su Parte IX: la entrega de personas a la Corte y la detención provisional de personas. La importancia de estos procedimientos se estudia a continuación.

4.11.2.1. Entrega de una Persona a la Corte Penal Internacional

El artículo 89.1 del Estatuto de Roma establece lo siguiente:

"1. La Corte podrá transmitir, junto con los antecedentes que la justifiquen de conformidad con el artículo 91, una solicitud de detención y entrega de una persona a todo Estado en cuyo territorio pueda hallarse y solicitará la cooperación de ese Estado. Los Estados Partes cumplirán las solicitudes de detención y entrega de conformidad con las disposiciones de la presente parte y el procedimiento establecido en su derecho interno."

De conformidad con la disposición citada, la Corte puede solicitar a los Estados la detención y entrega de una persona a la Corte y el Estado está obligado a cumplir dicha solicitud, si ya se ha resuelto la admisibilidad del asunto ante la Corte. A diferencia de otras formas de cooperación, respecto de la detención o entrega de personas, el Estado no podrá alegar la existencia de las situaciones previstas en el artículo 93, numerales 3 y 5. Sólo si impugna la admisibilidad del caso por la Corte, no estará obligado a entregar a la persona solicitada. Ello plantea dos problemas: (i) Si la obligatoriedad del cumplimiento de una solicitud de entrega o detención de una persona que se encuentre en territorio colombiano y que se reputa como posible responsable de uno de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, supone un tratamiento diferente al que corresponde según el principio de respeto a la soberanía nacional; y (ii) si las condiciones fijadas en el Estatuto de Roma para la detención o entrega suponen un tratamiento diferente de los derechos de quien pueda ser detenido o entregado para juzgamiento de la Corte Penal Internacional.

Respecto del primer problema, la Corte encuentra que dicha disposición no supone un tratamiento diferente de la forma como Colombia asume sus compromisos internacionales, tal como fue analizado en la sección 4.3.2.1.2 de esta sentencia.

En cuanto al segundo problema planteado, la Corte examinará las características especiales de la figura de entrega a la Corte así como el régimen aplicable para su trámite interno y, posteriormente, analizará si la regulación de la figura de la entrega de personas a la Corte Penal Internacional prevista en el Estatuto de Roma, supone un tratamiento diferente de los derechos de las personas consagrados en la Carta Política.

4.11.2.1.1. Diferencias entre las figuras de entrega y extradición

Durante la redacción y discusión del Estatuto para la creación de la Corte Penal Internacional, uno de los puntos más debatidos fue la posibilidad de la utilización de la figura de la extradición para que un Estado Parte pusiera a disposición de la Corte a una persona en particular. La mayor preocupación fue la de que esta figura pudiera ser fácilmente utilizada para dejar de cumplir con la obligación de cooperación plena, dada la discrecionalidad que se reconoce en esta materia en los procedimientos internos y en el derecho internacional. Esto llevó a que se optara por una figura distinta: la entrega.

De conformidad con lo regulado en el Estatuto de Roma, el proceso de entrega de una persona se aplica independientemente de la nacionalidad de la persona y del lugar donde se hubieren cometido los crímenes por los cuales será investigada y juzgada. Además, el Estatuto acentúa que la entrega es una figura distinta de la figura de extradición, por lo cual los Estados deberán tener en cuenta la naturaleza especial de los procesos ante la Corte Penal Internacional al regular el procedimiento y al adoptar una decisión respecto de esta solicitud.

A la luz del Estatuto de Roma, "entrega" significa, "la entrega de una persona por un Estado a la Corte Penal Internacional, mientras que "extradición" se refiere a la "entrega de una persona por un Estado a otro Estado de conformidad con lo dispuesto en un tratado o convención o en el derecho interno"(artículo 102 ER).

Sin embargo, del mismo Estatuto se infieren otras diferencias sustanciales entre las figuras de entrega y extradición. En primer lugar, la regla general en materia de extradición es que se trata de un acto discrecional por el cual un Estado no está obligado a extraditar a la persona requerida. En el caso de la entrega de una persona a la Corte Penal Internacional por un Estado Parte, esta es siempre obligatoria, tal como lo establece el Artículo 89.1 del Estatuto.

En segundo lugar, mientras que para la extradición es necesario que se cumpla el principio de doble incriminación, esto es, que la conducta por la cual se solicita la extradición sea considerada como delito en ambos Estados, la entrega de una persona a la Corte Penal Internacional sólo requiere que la conducta por la cual se solicita esté dentro de las que señala el Estatuto de Roma, independientemente de si está o no tipificada en el ordenamiento interno del Estado Parte a quien se le hace la solicitud.

En tercer lugar, la extradición se rige por el principio de especialidad, según el cual la persona extraditada sólo podrá ser procesada por los motivos alegados en la solicitud, mientras que en la entrega, se establece que "quien haya sido entregado a la Corte (...) no será procesado, castigado o detenido por una conducta anterior a su entrega, a menos que ésta constituya la base del delito por el cual haya sido entregado" (artículo 102 ER), y, además el artículo 61.7, literal c), ordinal ii), permite que la Sala de Cuestiones Preliminares modifique los cargos antes del juicio, con base en las pruebas.²⁹²

En cuarto lugar, la extradición es una figura basada en el principio de reciprocidad, mientras que en la entrega los Estados no pueden solicitar que una persona que esté bajo la custodia de la Corte les sea devuelta para juzgarla en su jurisdicción, como quiera que la figura se define como un acto en el cual la Corte es quien solicita este tipo de asistencia y los estados son quienes la ejecutan, pero no al revés (artículos 89 y 102, a) ER).

En quinto lugar, un Estado puede negarse a extraditar a sus propios nacionales.²⁹³ Igualmente, factores como la edad avanzada del acusado o la creencia de que la persona solicitada será juzgada por razones discriminatorias tales como su origen étnico, su raza o su religión, o por motivos políticos, son razones por las cuales los Estados se niegan a extraditar a una persona. Ninguno de esos motivos es admisible ante la Corte Penal Internacional, como quiera que su jurisdicción se ejerce *ratione materiae*, independientemente del origen nacional, la raza o las creencias del acusado.

Como consecuencia de estas diferencias entre la extradición y la entrega, el artículo 91.2 establece que los Estados Partes deberán tomar en cuenta el "carácter específico de la Corte", cuando determinen sus requisitos internos para el proceso de entrega. El Estatuto de Roma establece reglas mínimas que deberán seguir los Estados para proceder a la entrega de una persona, pero también dispone que los Estados podrán regular este procedimiento y establecer otros requisitos, siempre y cuando éstos no sean más onerosos que los aplicables a las solicitudes de extradición. Si el Estado decide no regular la materia en su ordenamiento, en todo caso el Estatuto de Roma establece procedimientos y requisitos suficientes para proceder al cumplimiento, de conformidad con el principio internacional de la buena fe, de una solicitud de la Corte Penal Internacional.

Estas disposiciones sobre cooperación establecen un procedimiento para resolver los posibles conflictos que surjan del cumplimiento de las obligaciones del Estatuto con otros compromisos internacionales y garantiza los derechos del acusado, de manera similar a la prevista en el ordenamiento nacional. En efecto, el Estatuto de Roma señala que para la detención de una persona debe existir orden escrita de autoridad judicial competente, condiciones previstas en el artículo 28 superior. En este evento, por virtud de la ratificación del Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional será una autoridad judicial competente en los casos declarados admisibles ante ella.

Las disposiciones sobre detención y entrega garantizan los derechos de defensa y debido proceso de manera similar a la prevista en los artículos 28 y 29 de la Carta, pues consagra el derecho de la persona cuya entrega se solicita, a objetar tal decisión, a ser liberado cuando no haya sido detenido conforme a derecho y a gozar del beneficio de libertad provisional.

4.11.2.1.2. Solicitudes concurrentes

Con el fin de garantizar el cumplimiento de los compromisos internacionales de los Estados, y de las solicitudes de asistencia que haga la Corte,

el Estatuto de Roma prevé un procedimiento para resolver posibles conflictos.

El artículo 90 señala el procedimiento a seguir cuando un Estado Parte recibe solicitudes, tanto de la Corte Penal Internacional como de otro Estado, para la entrega de una misma persona por la misma conducta. En términos generales, los Estados Partes deberán notificar a las partes concurrentes y dar prioridad a las solicitudes de la Corte Penal Internacional, cuando la Corte haya decidido sobre la admisibilidad del caso. Si la Corte aún no ha determinado sobre la admisibilidad del caso, deberá ser expedita en su decisión (artículo 90.3 ER). Si el Estado está sujeto a obligaciones internacionales existentes con otros Estados que no son partes, podrá normalmente decidir si quiere entregar la persona a la Corte o extraditarla al Estado que la solicita. Sin embargo, los artículos 90.6 y 90.7(a) del Estatuto de Roma determinan que el Estado requerido podrá tener en cuenta, entre otros, aspectos tales como las fechas de las solicitudes, la nacionalidad del sospechoso y las víctimas, y la posibilidad de una entrega posterior a la Corte.

Según el Estatuto de Roma, los Estados están obligados a:

1. Al recibir una solicitud, tanto de la Corte Penal Internacional como de otro Estado para la entrega de una misma persona con relación a una misma conducta, según el artículo 89, el Estado Parte deberá notificárselo a la Corte y al Estado que solicita su extradición (artículo 90.1 ER).
2. Cuando (i) el Estado que solicita es también un Estado Parte; y (ii) la Corte ya ha decidido sobre la admisibilidad, tomando en cuenta la investigación o el enjuiciamiento que lleva a cabo el Estado requirente; entonces (iii) el Estado solicitado deberá dar prioridad a la solicitud de la Corte. Si la Corte aún está considerando la cuestión de admisibilidad, el Estado no deberá extraditar a la persona al Estado requirente hasta que la Corte decida la admisibilidad del caso. (artículo 90.2 ER)
3. Cuando (i) el Estado requirente no sea un Estado Parte; y (ii) el Estado requerido no está obligado por alguna norma internacional a conceder la extradición al Estado requirente; y (iii) la Corte haya decidido sobre su admisibilidad; entonces (iv) el Estado requerido deberá dar prioridad a la solicitud de entrega de la Corte (artículo 90.4 ER). Si la Corte no ha determinado aún la admisibilidad de la causa, el Estado requerido podrá dar curso a la solicitud de extradición de manera discrecional, pero no la hará efectiva hasta tanto no se resuelva la admisibilidad a la persona al Estado requirente (artículos 90.3 y 90.5) ER).
4. Cuando (i) el Estado requirente no sea un Estado Parte; y (ii) el Estado requerido esté obligado por alguna norma internacional a extraditar la persona al Estado requirente; y (iii) la Corte ya haya decidido sobre la admisibilidad de la causa; (iv) el Estado requerido deberá decidir si hace la entrega a la Corte o concede la extradición al Estado requirente. Para tomar esta decisión, el Estado requerido tendrá en cuenta al menos estos factores pertinentes: (a) las fechas respectivas de las solicitudes; (b) los intereses del Estado requirente, tales como si el crimen se cometió en su territorio o fue cometido contra sus nacionales; y (c) la posibilidad de que la Corte y el Estado requirente lleguen a un acuerdo respecto de la entrega (artículo 90.6 ER).
5. Cuando (i) el Estado requirente sea o no un Estado Parte; y (ii) la Corte haya determinado la inadmisibilidad de la causa, tras la notificación de varias solicitudes concurrentes y la posterior decisión de admisibilidad; (iii) y posteriormente el Estado requerido deniegue la extradición al Estado requirente; (iv) entonces el Estado requerido notificará su decisión a la Corte, en caso de que la decisión sobre la admisibilidad de la Corte se haya tomado basándose en la habilidad de enjuiciamiento del Estado requirente (artículo 90.8 ER).
6. Cuando (i) la conducta de la persona solicitada sea distinta en la solicitud de la Corte y en la solicitud del Estado; (ii) ya sea que el Estado requirente sea o no Parte del Estatuto de Roma; y (iii) el Estado requerido no se encuentre obligado por una norma de derecho internacional a extraditar la persona al Estado requirente; entonces (iv) el Estado requerido deberá dar preferencia a la solicitud de la Corte (artículo 90.7.(a) ER).

Cuando todos estos factores se den, el Estado decidirá si entrega la persona a la Corte o la extradita al Estado requirente. Cuando tome esta decisión deberá tener en cuenta todos los factores enumerados en el artículo 90(6), en especial la naturaleza y la gravedad relativas de la conducta de que se trate (artículo 90.7(b) ER).

Las disposiciones sobre detención y entrega no suponen un tratamiento distinto de estas materias al previsto en nuestro ordenamiento, pues precisamente el Estatuto de Roma establece que dichos procedimientos se harán de conformidad con las disposiciones internas sobre la materia, en lo que resulten contrarios a los fines del Estatuto.

4.11.2.1.3. Conflictos con otras obligaciones internacionales

El artículo 98(1) regula la situación de entrega de una persona cuando existe un conflicto con las obligaciones del Estado bajo el derecho internacional o con respecto a la inmunidad diplomática de un extranjero o su propiedad. Como quiera que el cumplimiento de las obligaciones que surjan del Estatuto de Roma, no puede implicar el incumplimiento de otras obligaciones internacionales, el citado artículo establece un mecanismo para resolver los posibles conflictos entre obligaciones internacionales.

El derecho internacional concede inmunidad contra el enjuiciamiento penal por Estado extranjeros a los Jefes de Estado y oficiales diplomáticos. Sin embargo, los delitos enumerados por el Estatuto pueden haber sido cometidos por diplomáticos, Jefes de Estado, oficiales gubernamentales o por cualquier otra persona que goce de inmunidad diplomática, y la ley internacional no podrá reconocerles inmunidad alguna contra el enjuiciamiento por tales crímenes por parte de la Corte Penal Internacional. Esta determinará si existe alguna inmunidad, cuando se le refiera un caso. Si concluye que la inmunidad sí existe, podrá dar curso a la solicitud de entrega, solamente si cuenta primero con la aceptación del Estado de nacionalidad del acusado de renunciar a la inmunidad. En tal caso, el Estado requerido que proceda con la entrega no irrespetará sus

obligaciones internacionales de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

Estas disposiciones están dirigidas a facilitar el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por Colombia en materia de cooperación judicial y extradición, así como los de cooperación con la Corte Penal Internacional en la lucha contra la impunidad en materia de graves violaciones de derechos humanos y respetan el principio de soberanía (artículo 9 CP).

4.11.2.2 Solicitud de detención provisional

De conformidad con el artículo 92, la Corte podrá solicitar la detención provisional, en las siguientes condiciones:

1. En caso de urgencia, la Corte podrá solicitar la detención provisional de la persona buscada hasta que se presente la solicitud de entrega y los documentos que la justifiquen de conformidad con el artículo 91.
2. La solicitud de detención provisional deberá hacerse por cualquier medio que permita dejar constancia escrita y contendrá:
 - a) Información suficiente para identificar a la persona buscada y datos sobre su probable paradero;
 - b) Una exposición concisa de los crímenes por los que se pida la detención y de los hechos que presuntamente serían constitutivos de esos crímenes, inclusive, de ser posible, la indicación de la fecha y el lugar en que se cometieron;
 - c) Una declaración de que existe una orden de detención o una decisión final condenatoria respecto de la persona buscada; y
 - d) Una declaración de que se presentará una solicitud de entrega de la persona buscada.
3. La persona sometida a detención provisional podrá ser puesta en libertad si el Estado requerido no hubiere recibido la solicitud de entrega y los documentos que la justifiquen, de conformidad con el artículo 91, dentro del plazo fijado en las Reglas de Procedimiento y Prueba. Sin embargo, el detenido podrá consentir en la entrega antes de que se cumpla dicho plazo siempre que lo permita el derecho interno del Estado requerido. En ese caso, el Estado requerido procederá a entregar al detenido a la Corte tan pronto como sea posible.
4. El hecho de que la persona buscada haya sido puesta en libertad de conformidad con el párrafo 3 no obstará para que sea nuevamente detenida y entregada una vez que el Estado requerido reciba la solicitud de entrega y los documentos que la justifiquen.

Como quiera que el análisis de constitucionalidad del procedimiento de detención ya se hizo en la parte 4.7.2.2. de esta sentencia, donde se llegó a la conclusión de que éste resultaba no implicaba un tratamiento diferente al previsto en nuestro ordenamiento, el examen que hará la Corte en este momento se refiere únicamente al evento de una solicitud de detención por razones de urgencia, sin que los documentos que sustentan tal solicitud hayan sido enviados por la Corte al Estado requerido.

De conformidad con los numerales 1 y 3, una persona puede ser detenida provisionalmente por razones de urgencia, y permanecer detenida a la espera de que lleguen los documentos que sustentan la solicitud de detención y de entrega. El detenido debe ser "llevado sin demora ante la autoridad judicial competente", en los términos del artículo 59.2 del Estatuto. Constata la Corte que los numerales 1 y 3 del artículo 89 son imprecisos en cuanto al tiempo durante el cual puede permanecer detenida una persona sin que se pueda examinar al menos los tres aspectos mencionados en el artículo 59.2 del Estatuto (que la orden le es aplicable, que la detención se llevó a cabo conforme a derecho; y que se han respetado los derechos del detenido), con lo cual parecería establecer una regla distinta a las disposiciones constitucionales sobre habeas corpus (artículo 30, CP).

Según lo que establece el Estatuto de Roma, cuando la Corte ya haya despachado la orden de detención de conformidad con el artículo 58, pero no cuente con la documentación requerida para fundamentar la solicitud para la detención y entrega, los artículos 58.1 y 92 le permiten a la Corte Penal Internacional solicitar al Estado la detención provisional de la persona, sujeto de la orden. Si la información requerida no está disponible para el Estado, durante el período de tiempo que establezcan los Estados Partes al aprobar las Reglas de Procedimiento y Prueba (artículo 92.3 ER), entonces la persona tendrá que ser liberada, sin perjuicio de que posteriormente se vuelva a solicitar su detención, una vez que los documentos que fundamentan la solicitud estén disponibles (artículo 92.4 ER).

El plazo de espera propuesto en el proyecto final de Reglas de Procedimiento y Prueba, que será sometido a consideración de los Estados Partes en Asamblea General, es de 60 días. Este plazo puede ser distinto al que finalmente sea aprobado por la Asamblea. Tal como se analizó en el capítulo 4.7.2.2. de esta sentencia, la orden escrita de detención proviene de una autoridad judicial competente y se hace con base en motivos fundados; durante su trámite se garantizan los derechos de defensa y debido proceso de la persona a impugnar la solicitud. Así mismo, se asegura que la persona solicitada no evada la acción de la justicia para impedir que queden en la impunidad crímenes de guerra, de lesa humanidad o genocidio.

Si bien, tal como se resaltó, existen diferencias sustanciales entre la figura de la entrega y la extradición, una situación similar a la detención provisional por razones de urgencia ya ha sido regulada en nuestro ordenamiento para el caso de solicitudes de extradición y se ha aceptado que el tiempo de espera de la documentación en esos casos no sea superior a los 60 días.²⁹⁴

Por lo anterior, encuentra la Corte que si bien el artículo 92 no precisa el tiempo de espera para completar la información en casos de detención provisional por razones de urgencia, los Estados Partes podrán precisar un término al adoptar las Reglas de Procedimiento y Prueba, teniendo en cuenta la especificidad de las competencias de la Corte, la gravedad de las conductas y las experiencias nacionales e internacionales en materia de detención provisional con fines de extradición como parámetro para determinar una duración razonable para este período de espera de la

documentación que sustenta la solicitud de entrega de una persona a la Corte. No estima la Corte que en este aspecto, el artículo 92 establezca un tratamiento diferente al previsto en nuestro ordenamiento nacional.

4.12. Parte X: De la Ejecución de la Pena

4.12.1. Cuestiones generales

La Parte X del Estatuto de Roma trata de la ejecución de la pena. Consta de nueve artículos que establecen las reglas generales sobre la ejecución de las sanciones penales impuestas por la Corte Penal Internacional. Dichos artículos versan sobre: función de los Estados en la ejecución de las penas privativas de la libertad (artículo 103), cambio en la designación del Estado de ejecución (artículo 104), ejecución de la pena (artículo 105), supervisión de la ejecución de la pena (artículo 106), traslado una vez cumplida la pena (artículo 107), limitaciones al enjuiciamiento o la sanción por otros delitos (artículo 108), ejecución de multas y órdenes de decomiso (artículo 109), examen de una reducción de la pena (artículo 110) y evasión (artículo 111).

El artículo 103 atribuye a la Corte Penal Internacional la facultad de designar al Estado en el que habrá de ejecutarse la pena de la lista de Estados que han manifestado estar dispuestos a recibir condenados. Dicha facultad de la Corte es discrecional pero no arbitraria; ella debe ejercerse de conformidad con los criterios consignados en el numeral 3 del mismo artículo 103, entre los cuales se encuentra el principio de distribución equitativa de las cargas entre los Estados Parte en relación con su responsabilidad por la ejecución de las penas privativas de la libertad. Entre éstos resalta, por su carácter humanitario, el que la opinión y la nacionalidad del condenado sean tenidas en cuenta a la hora de determinar el Estado de ejecución de la pena. El Estado designado debe resolver sin demora si acepta la designación, para lo cual puede poner condiciones (ver sección 4.12.2), o la rechaza. En caso de no poder designarse a un Estado para la ejecución de la pena, ésta la corresponde a los Países Bajos país sede de la Corte Penal Internacional (artículo 103. 4 ER.). De cualquier forma, la Corte puede en todo momento decidir sobre el traslado del condenado a una prisión de otro Estado (artículo 104. 1 ER) y supervisar la ejecución de la pena (artículo 106. 1 ER), así las condiciones de reclusión se rijan por la legislación del Estado de ejecución con sujeción a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos (artículo 106. 3 ER).

Es importante resaltar que el Estado de ejecución no puede modificar la pena privativa de la libertad en ningún caso (artículo 105. 1 ER), y la decisión relativa a una posible apelación o revisión es de competencia exclusiva de la Corte (artículo 105. 2 ER). Toda reducción de la pena debe ser decidida por la Corte luego de que se hayan cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en el caso de cadena perpetua (artículo 110. 1 ER), de conformidad con los factores señalados en el numeral 4 del artículo 110. En caso de rechazo a la solicitud de reducción de la pena, la Corte debe examinar periódicamente la cuestión de conformidad con lo dispuesto en las Reglas de Procedimiento y Prueba (artículo 110. 5 ER).

Una vez el condenado cumpla la pena, éste puede ser transferido a otro Estado que esté obligado a recibirlo o a un Estado que consienta en hacerlo, para lo que debe contarse con la anuencia del condenado. El Estado de ejecución puede decidir si lo autoriza a permanecer en su territorio (artículo 107 ER).

El artículo 108 del Estatuto regula lo concerniente a las solicitudes de extradición del condenado. El principio general es que el Estado de ejecución no puede extraditar a otro Estado a un condenado por una conducta anterior a su entrega al Estado de ejecución, a menos que la Corte así lo apruebe luego de oír al condenado (artículo 108. 1 y 2 ER). El citado principio deja de ser aplicable en caso de que el condenado permanezca de manera voluntaria por más de 30 días en el Estado de ejecución luego de haber cumplido la totalidad de la pena a él impuesta, o regrese a dicho Estado después de haber salido de él (artículo 108. 3 ER)

La ejecución de las penas de multa y de las órdenes de decomiso se hacen efectivas según el derecho interno de los Estados Parte y teniendo en cuenta los derechos de terceros de buena fe, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del Estatuto.

Finalmente, el artículo 111 regula el caso de la evasión del condenado. El Estado de ejecución puede solicitar al Estado donde se encuentre el prófugo, de conformidad con los acuerdos bilaterales y multilaterales vigentes, que lo entregue, o pedir a la Corte que solicite la entrega según las normas sobre cooperación internacional y asistencia judicial. En todo caso, la Corte Penal Internacional puede determinar si envía de nuevo al condenado que ha evadido el cumplimiento de la pena de nuevo al Estado de ejecución o a otro diferente que la Corte indique (artículo 111 ER).

Las anteriores disposiciones del Estatuto de Roma referentes a la ejecución de la pena no establecen un tratamiento diferente al previsto en la Constitución. En efecto, en materia del traslado del condenado²⁹⁵ a una prisión de otro Estado (artículo 104. 1 ER) por decisión de la Corte Penal Internacional, de la extradición²⁹⁶ de un condenado a otro Estado por una conducta anterior a su entrega al Estado de ejecución (artículo 108 ER) o de la pena del decomiso²⁹⁷ (artículo 109), la jurisprudencia constitucional colombiana ha admitido la constitucionalidad de medidas semejantes a estas.

4.12.2. Cuestión especial

La posibilidad de poner condiciones para la ejecución de penas privativas de la libertad, que otorga el artículo 103 del Estatuto de Roma a los Estados que han manifestado su disposición de recibir a condenados, plantea el problema de determinar si ello implica un tratamiento diferente del principio de igualdad (artículo 13 CP.) en la ejecución penal puesto que las condiciones pueden variar de Estado a Estado. Dice el artículo 103 en lo pertinente:

"Artículo 103

Función de los Estados en la ejecución de las penas privativas de libertad

1. a) La pena privativa de libertad se cumplirá en un Estado designado por la Corte sobre la base de una lista de Estados que hayan manifestado a la Corte que están dispuestos a recibir condenados;
- b) En el momento de declarar que está dispuesto a recibir condenados, el Estado podrá poner condiciones a reserva de que sean aceptadas por la Corte y estén en conformidad con la presente parte;
- c) El Estado designado en un caso determinado indicará sin demora a la Corte si acepta la designación (...).

En relación con este punto, en las discusiones preparatorias del Estatuto se planteó si los Estados que aceptaren recibir a un condenado podrían poner condiciones para ello. Por ejemplo, Francia advirtió sobre su intención de aceptar personas condenadas sólo bajo la condición de que la solicitud de un posible indulto pudiese realizarse en Francia²⁹⁸. Finalmente se llegó a un consenso entre las partes que quedó plasmado en artículo 103 del Estatuto. Se trata de un acuerdo en el que efectivamente el Estado potencialmente receptor de personas condenadas puede manifestar las condiciones bajo las cuales admite constituirse en Estado de ejecución penal en un caso concreto. Pero el ejercicio de la facultad de condicionar la recepción de un condenado se sujeta a la aceptación de la Corte - que en caso contrario procede a designar a otro Estado para la ejecución de la pena - y al respeto a las reglas consignadas en la Parte X del Estatuto. Es por ello que el artículo 103, numeral 1 literal b) debe ser interpretado a la luz de los demás artículos del Estatuto que reglamentan la ejecución de la pena, en especial el artículo 103 numeral 2 literal a), el artículo 105 numeral 1 y el artículo 110.

A partir de la interpretación sistemática de estas disposiciones es posible concluir que la aceptación de condiciones impuestas por los Estados de ejecución para recibir condenados no supone un tratamiento diferente del principio constitucional de la igualdad (artículo 13 CP.) en materia del cumplimiento de la sanción penal. En efecto, el Estado condicionante se obliga a no modificar la pena privativa de la libertad impuesta por la Corte en caso alguno (artículo 105. 1 ER). Además, el Estado condicionante se obliga a notificar a la Corte "cualesquiera circunstancias, incluido el cumplimiento de las condiciones aceptadas con arreglo al párrafo 1, que pudieren afectar materialmente a las condiciones o la duración de la privación de libertad." (artículo 103. 2 lit. a) ER), de forma que la Corte sea la que decida sobre la solicitud de revisión sin que el Estado de ejecución pueda poner obstáculos para que el condenado presente una solicitud de esa índole (artículo 105. 2 ER). El artículo 103 ordena a los Estados de ejecución, poner en conocimiento de la Corte las circunstancias conocidas o previsibles con una antelación mínima de 45 días, sin que durante ese período de tiempo pueda adoptar medida alguna que contraríe el artículo 110 del Estatuto, que exige el cumplimiento como mínimo de dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión para el caso de cadena perpetua, para examinar si la pena puede reducirse (artículo 110.3 ER). Con esta última disposición se disipa el cuestionamiento planteado, ya que en cualquier caso todos los condenados tienen que cumplir en igualdad de condiciones las sanciones penales impuestas por la Corte, sin posibilidad de una reducción de la pena por debajo del mínimo establecido en el Estatuto. En consecuencia, la disposición aquí estudiada no implica un tratamiento diferente del derecho a la igualdad.

4.13. Parte XI: Asamblea de los Estados Parte

La parte XI del Estatuto contiene un solo artículo, el 112, que versa sobre la Asamblea de los Estados Partes.

La Asamblea se encarga, entre otras funciones, examinar y aprobar las recomendaciones de la Comisión Preparatoria, de supervisar el funcionamiento de la Corte y de sus órganos y de las demás funciones que se contemplen en el mismo o en las Reglas de Procedimiento y Prueba (artículo 112.2 ER).

El Estatuto señala que se hará todo lo posible para que las decisiones sean adoptadas por consenso. En caso de que ello no sea posible, se prevé que las decisiones sobre cuestiones de fondo sean aprobadas por no menos dos tercios de los votos, siempre y cuando haya quórum el cual será de la mayoría absoluta de los Estados Partes. Las decisiones sobre cuestiones de procedimiento requieren de la mayoría simple de los Estados Partes presentes y votantes. Cada Estado tendrá un voto (artículo 112.7 ER).

De esta forma, busca el Estatuto elevar el consenso y la negociación entre los Estados Partes a mecanismo principal para la adopción de las decisiones y reservar la votación sólo para los casos en los que el consenso no sea posible, principio cuya compatibilidad con la Constitución ya fue subrayado por esta Corte.

Se contempla también la creación de una Mesa compuesta por un Presidente dos Vicepresidentes y 18 miembros, cuya función consiste en prestar asistencia a la Asamblea en el desempeño de sus funciones (artículo 112.3 ER).

Este órgano busca facilitar las funciones de la Asamblea, lo cual resulta razonable si se tiene en cuenta que ésta estará conformada por un número creciente de Estados Partes de diversas culturas y tradiciones jurídicas de todo el planeta.

La Corte Constitucional destaca que el derecho al voto se encuentra sujeto al pago de las respectivas contribuciones de los Estados Partes en los siguientes términos: "El Estado Parte que esté en mora en el pago de sus contribuciones financieras a los gastos de la Corte no tendrá voto en la Asamblea ni en la Mesa cuando la suma adeudada sea igual o superior al total de las contribuciones adeudadas por los dos años anteriores completos. La Asamblea podrá, sin embargo, permitir que dicho Estado vote en ella y en la Mesa si llegare a la conclusión de que la mora se debe a circunstancias ajenas a la voluntad del Estado Parte" (artículo 112.8 ER).

Se resalta el alcance de la regla: el ejercicio del derecho al voto se condiciona a que el Estado Parte no tenga una deuda igual o superior a las

contribuciones de los dos años anteriores. Ello ofrece flexibilidad sin menoscabar la solidez del compromiso que supone ser Estado Parte. En efecto, un Estado podría atrasarse en el pago de la cuota correspondiente a un año e incluso a más (lo cual sería posible en caso de pagos parciales) sin perder su voto, siempre y cuando su deuda no llegue al máximo señalado, v.gr. lo que le corresponde pagar por la suma de los dos años anteriores. E incluso si esta deuda fuese superior a dicha suma, el Estado deudor podría votar si, en concepto de la Asamblea, ello obedece a circunstancias ajenas a la voluntad del Estado Parte.

Así, el Estatuto contempla un mecanismo que facilita la sostenibilidad financiera de la institución y promueve la seriedad del compromiso de todos los Estados Partes pero que, al mismo tiempo, contiene condiciones flexibles para asegurar el derecho al voto de los Estados deudores y abre la posibilidad de que Estados que, por razones ajenas a su voluntad se han visto en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones económicas, puedan ejercer dicho derecho.

Se subraya que la suspensión del derecho al voto no suspende la competencia de la Corte Penal Internacional en el territorio del Estado deudor, lo cual es una garantía para su efectividad y para la adecuada protección de los derechos de las personas de tal Estado.

4.14. Parte XII: De la Financiación

La Parte XII del Estatuto se limita a reglamentar lo relativo al régimen de financiación y de gasto de la Corte y de las reuniones de la Asamblea de los Estados Partes.

El Estatuto establece que tales gastos se financiarán por medio de las cuotas de los Estados Partes y de fondos provenientes de las Naciones Unidas, "en particular respecto de los gastos efectuados en relación con cuestiones remitidas por el Consejo de Seguridad" (artículo 115 ER).

Esta Corporación resalta que el Estatuto prevé la posibilidad de que la Corte reciba y utilice "contribuciones voluntarias de gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades, de conformidad con los criterios en la materia que adopte la Asamblea de los Estados Partes" (artículo 116 ER), que la cuota de los Estados Partes será prorrateada con base en la escala adoptada por las Naciones Unidas (artículo 117 ER) y que la comprobación anual de cuentas estará a cargo de un auditor independiente (artículo 118 ER).

La utilización de esta escala conduce a que el cálculo de los aportes se realice de acuerdo con la capacidad económica de los Estados Partes.

4.15. Parte XIII: Cláusulas finales

Esta Parte, denominado "Cláusulas finales", contiene 10 artículos (artículos 119 a 128, ER), que establecen los mecanismos de solución de controversias, la prohibición de reservas, la regulación de las enmiendas sobre disposiciones sustantivas y las que se refieren a disposiciones de carácter institucional, la revisión del Estatuto, la posibilidad de suspender transitoriamente la competencia de la Corte Penal Internacional respecto de los crímenes de guerra, el procedimiento de firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la entrada en vigor, la denuncia y la determinación de los textos auténticos. Estas disposiciones armonizan plenamente con la regulación prevista por la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados.

4.15.1. La prohibición de reservas

Dentro de las cláusulas finales, se destaca la prohibición de reservas que consagra el artículo 120 del Estatuto. Según esta disposición, sobre la que existió una amplia polémica en un inicio, pero que luego alcanzó un amplio consenso en apoyo a la especialidad y efectividad del tratado, los Estados que se hagan parte del Estatuto, aceptan sus normas, tal y como fueron adoptadas en la Conferencia de Roma de 1998. El acuerdo logrado en torno a esta norma, impide condicionar la manifestación de voluntad a las condiciones propias del derecho interno de los Estados Parte, lo que ha llevado que en buena parte de ellos adopten medidas de carácter jurídico para que el derecho interno se adecue a lo dispuesto por el tratado. En el caso colombiano esto se hizo mediante el Acto Legislativo 02 de 2001.²⁹⁹

La prohibición de reservas no es extraña en el derecho internacional de los tratados, especialmente cuando se trata de la creación de organismos internacionales,³⁰⁰ pues la vinculación a la Corte Penal Internacional mediante la ratificación del Estatuto de Roma se producirá mediante la expresión libre y soberana del consentimiento de Colombia en obligarse y aceptar las disposiciones del Estatuto.

4.15.2. La posibilidad de enmendar y revisar el Estatuto de Roma

En cuanto a las enmiendas, el Estatuto establece que cualquier Estado Parte podrá proponerlas, transcurridos siete años desde su entrada en vigor (artículo 121.1 ER). Esta disposición es fruto del acuerdo logrado entre aquellos Estados que sugerían que las enmiendas se pudieran formular en cualquier momento y entre quienes proponían que ello fuera admisible después de los 10 años siguientes a su entrada en vigor.

El artículo 123 dispone que siete años después de la iniciación de la vigencia del Estatuto, el Secretario General de las Naciones Unidas convocará a una Conferencia de Revisión. Posteriormente a la Conferencia, la Asamblea considerará aquéllas enmiendas propuestas por los Estados Partes, de conformidad con el artículo 121. La Asamblea y el Secretario General podrán convocar a conferencias de revisión posteriores cuando lo consideren necesario. Asuntos como la inclusión de nuevas conductas tales como el terrorismo o el tráfico internacional de drogas ilegales a la lista de crímenes de la competencia de la Corte o modificación de algunos de los crímenes incluidos en el artículo 5, así como la definición y asuntos jurisdiccionales referentes al crimen de agresión deberán ser discutidos en la Conferencia de Revisión.

En términos generales, el derecho a enmendar el Estatuto, las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos de los Crímenes es uno de los derechos más importantes de los Estados que ratifiquen o adhieran al Estatuto. Debido a que las reformas podrían cambiar la relación de los

Estados con la Corte establecida en el Estatuto, los Estados Partes tienen derechos especiales y deberán seguir los procedimientos específicos para la propuesta de enmiendas, así como para su adopción en una reunión de la Asamblea de Estados Partes.

Las propuestas de enmienda o revisión sólo podrán provenir un Estado Parte, y deberán ser presentadas al Secretario General de las Naciones Unidas, quien las distribuirá a los Estados Partes, para su posterior discusión pasados tres meses desde la fecha de la notificación al Secretario General a los Estados Parte. Para su adopción se hará en principio por consenso, pero si no es posible llegar a un acuerdo, se requerirá una mayoría de dos tercios de los Estados Partes (artículo 121.3 ER). Para la entrada en vigor de la enmienda se requiere un proceso de ratificación de un número de Estados Partes igual a los siete octavos.

4.15.2.1. Enmiendas a los crímenes competencia de la Corte

La regla general para las enmiendas es que una vez éstas sean aprobadas según el trámite establecido, regirán para todos los Estados Partes (artículo 121.4 ER). Sin embargo, se estableció una excepción: las enmiendas a los artículos 5 (Crímenes de la competencia de la Corte), 6 (Genocidio), 7 (Crímenes de lesa humanidad) y 8 (Crímenes de guerra), sólo regirán para los Estados Partes que efectivamente las hayan aceptado, un año después de su ratificación.³⁰¹

Esta disposición es de gran importancia para la efectividad futura de la Corte. Es especialmente relevante en el caso del crimen de agresión, ya que la definición de este crimen no ha sido determinada en una enmienda al artículo 5 del Estatuto y, por lo tanto, la Corte no podrá ejercer su competencia con respecto a este delito si es cometido por nacionales o dentro del territorio de un Estado Parte que no acepte esta enmienda.

4.15.2.2. Enmiendas de carácter exclusivamente institucional

Los Estados Partes podrán proponer algunas enmiendas al Estatuto en cualquier momento una vez que éste entre en vigor. Se trata de las enmiendas enumeradas en el artículo 122, referentes a cuestiones de carácter meramente institucional.

No hay ninguna diferencia con la mayoría de los Estados Partes requerida para la adopción de la enmienda, pero la entrada en vigor de las enmiendas en esta categoría es de seis meses después de su aprobación por la mayoría requerida de Estados Partes, y no un año después de la ratificación o aprobación, tal y como lo determina el caso del artículo 121. Las enmiendas a estos artículos se aplican a todos los Estados Partes. No se necesita una ratificación posterior a la aprobación por un Estado Parte para este tipo de enmienda.

El artículo 122 identifica aquellas enmiendas específicas que se consideran de carácter exclusivamente institucional según el Estatuto: el servicio de los magistrados; algunas disposiciones sobre las cualidades, nominación y elección de los magistrados; vacantes judiciales; la presidencia; la organización de las salas; algunas disposiciones sobre la Fiscalía, la Secretaría, el personal de la Fiscalía y la Secretaría; separación del cargo de los magistrados, fiscal, fiscal adjunto, secretario o secretario adjunto; medidas disciplinarias, sueldos, dietas y gastos.

4.15.2.3. Enmiendas a las Reglas de Procedimiento y Prueba y a los Elementos de los Crímenes

Tanto los Estados Partes como otras entidades institucionales podrán proponer enmiendas a las Reglas de Procedimiento y Prueba y a los Elementos de los Crímenes, las cuales requerirán de una mayoría de dos tercios de los Estados Partes para ser adoptadas (artículos 9.2 y 51.2 ER). El procedimiento a seguir es similar al de las enmiendas de carácter exclusivamente institucional. Además, los Estados Partes podrán sugerir enmiendas a las Reglas en cualquier momento después de su aprobación por la Asamblea de Estados Partes (artículos 9.2 y 51.2 (a) ER). Estas enmiendas deben ser aprobadas por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de Estados Partes y entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por ese mismo número de Estados Parte.

4.15.2.4. Efecto de las enmiendas al Estatuto y el derecho de renuncia al Estatuto

Cualquier enmienda al Estatuto traerá consigo el derecho de renuncia inmediata al Estatuto, salvo dos excepciones: las enmiendas que sean de carácter exclusivamente institucional señaladas anteriormente; y las enmiendas a la lista de crímenes de competencia de la Corte. Existen dos maneras de renunciar por una enmienda al Estatuto: la renuncia específica, con efecto inmediato, tal y como lo estipula el artículo 121.6, y el rechazo de enmiendas referentes a la lista de crímenes, tal y como lo estipula el artículo 121.5.

Se podrá optar por la renuncia con efecto inmediato cuando se apruebe una enmienda por siete octavos de los Estados Partes. Cualquier Estado que no haya aceptado la enmienda podrá, dentro del año posterior a la entrada en vigor, renunciar inmediatamente al Estatuto.

La no aceptación de una enmienda referente a la lista de crímenes de competencia de la Corte le impedirá ejercer su competencia sobre este nuevo crimen cuando sea cometido por un nacional o dentro del territorio, del Estado que no aceptó la enmienda. En tales casos, se llevará a cabo el proceso ordinario de renuncia estipulado en el artículo 127.

Encuentra la Corte Constitucional que las disposiciones sobre enmienda y revisión del Estatuto de Roma resultan compatibles con la Carta Política, como quiera que reiteran que la obligatoriedad de tales disposiciones sólo surgirá una vez Colombia exprese libre y soberanamente su consentimiento, de conformidad con lo que establece el artículo 9 constitucional.

4.15.2.5. Entrada en vigor

El Estatuto de Roma estipula en su artículo 126 que la Corte Penal Internacional entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de "ratificación, aceptación, aprobación o adhesión". El sexagésimo Estado ratificó el Estatuto el 1 de abril de 2002 y, por lo tanto, entró en vigor el 1 de julio de

2002.³⁰²

El artículo 124 del Estatuto dispone, exclusivamente en relación con los crímenes de guerra, que el Estado podrá declarar al hacerse parte del Estatuto de Roma que "durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio".³⁰³ De conformidad con los antecedentes del Estatuto, el objetivo de esta disposición es brindar a los Estados Partes tiempo suficiente para capacitar a todo su personal militar sobre los requisitos del Estatuto con respecto a los crímenes de guerra, ya que algunas de las disposiciones del Estatuto podrían ser contrarias a las obligaciones nacionales existentes.

4.15.2.6. Denuncia del Estatuto

El artículo 127 dispone que un Estado Parte podrá denunciar el Estatuto por medio de una notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas y, con ello, dejará de ser parte del mismo. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que se reciba la notificación, a menos que en ella se indique una fecha posterior. Esta disposición reafirma el artículo 9 constitucional, que establece el consentimiento como fundamento para obligarse internacionalmente y además con los principios de derecho internacional aceptados por Colombia, dentro de los cuales se encuentran las disposiciones sobre la materia que consagra la Convención de Viena de 1969, sobre el derecho de los tratados.

En conclusión, no encuentra pues que las Cláusulas Finales del Estatuto de Roma establezcan un tratamiento diferente al empleado en Colombia para el manejo de sus relaciones internacionales.

4.16. Precisión sobre la relación entre el Estatuto y el ordenamiento interno

Del análisis material anterior se aprecia que las normas del Estatuto surten efectos dentro del ámbito de la competencia de la Corte Penal Internacional. Las disposiciones en él contenidas no remplazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno y las autoridades judiciales competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana. Por ejemplo, ningún juez penal nacional adquiere en virtud del Estatuto de Roma la facultad de imponer la pena de reclusión a perpetuidad. Sólo puede hacerlo la Corte Penal Internacional en ejercicio de la competencia complementaria a ella atribuida por el Estatuto, cuando se den las condiciones y se cumplan los requisitos en él previstos.

Lo anterior no obsta para que las autoridades colombianas cuando cooperen con la Corte Penal Internacional y le presten asistencia judicial, en los términos de las Partes IX y X del Estatuto y demás normas concordantes, apliquen las disposiciones del tratado dentro del ámbito regulado en él. En algunas materias, estas disposiciones del Estatuto pueden requerir desarrollos normativos internos para facilitar la cooperación. De ahí que el artículo 88 del mismo establezca que "los Estados Parte se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte".

Rebasa los alcances del presente análisis material entrar a señalar hipótesis específicas en las cuales puedan llegar a presentarse controversias particulares en los linderos de la relación entre el Estatuto y el ordenamiento interno. En cambio, si estima necesario la Corte subrayar que, sin perjuicio de la cooperación y la asistencia judicial, existe una frontera entre el ámbito del Estatuto, es decir, el de la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional, y el ámbito del derecho nacional, es decir, el de la competencia primigenia de la justicia nacional.

Por lo tanto, resulta procedente advertir que, como el ámbito del Estatuto de Roma se limita exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con ésta, el tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que les son propias dentro del territorio de la República de Colombia. Esto será recogido cuando se resuman las declaraciones interpretativas en el capítulo V de la presente providencia.

4.17 Precisión sobre los Elementos de los Crímenes y sobre las Reglas de Procedimiento y Prueba

Durante la discusión de los crímenes que deberían quedar incluidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la mayoría de las delegaciones se expresaron su preocupación porque en el texto del Estatuto algunos crímenes no habían sido definidos con suficiente especificidad y claridad, para alcanzar los altos estándares del derecho penal interno y asegurar que los principios de legalidad de los delitos y de las penas se garantizaran plenamente.³⁰⁴

Por esta razón varias delegaciones propusieron que hubiera en el Estatuto una disposición que precisara los elementos de varios de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, con el fin de darle a ésta, suficiente guía positiva para la interpretación de tales crímenes. Sin embargo, las delegaciones no llegaron a un acuerdo sobre el contenido de tal disposición ni sobre la necesidad de incluirla en el Estatuto. No obstante lo anterior, y por deferencia con las delegaciones que insistían en ello, se optó por crear un procedimiento para la redacción de tales elementos a través de la Comisión Preparatoria, los cuales serían sometidos a la consideración de los Estados y a su posterior adopción por las dos terceras partes de la Asamblea de Estados Parte.³⁰⁵ La Comisión también recibió la misión de elaborar reglas de procedimiento y prueba con miras a su discusión y adopción por la Asamblea de los Estados Parte. Ambos instrumentos denominados Elementos de los Crímenes (artículo 9 del E.R.) y Reglas de Procedimiento y Prueba (artículo 51 del E.R.) fueron preparados y los anteproyectos definitivos serán considerados por la Asamblea de Estados Partes en septiembre de 2002.³⁰⁶

La Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional³⁰⁷ fue aprobada por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998, y se reunió en la Sede de las Naciones Unidas del 16 al 26 de febrero, del 26 de julio al 13 de agosto y del 29 de noviembre al 17 de diciembre de 1999, del 13 al 31 de marzo, del 12 al 30 de junio y del 27 de noviembre al 8 de diciembre de 2000, y del 26 de febrero al 9 de marzo y del 24 de septiembre al 5 de octubre de 2001, de conformidad con lo dispuesto en las resoluciones de la Asamblea General 53/105, de 8 de diciembre de 1998, y 54/105, de 9 de diciembre de 1999.³⁰⁸

Colombia ha participado en la Comisión Preparatoria tanto para la elaboración de los Elementos de los Crímenes y de las Reglas de Procedimiento y Prueba.³⁰⁹

Los artículos 9 y 51 establecen el procedimiento de adopción de los "Elementos de los crímenes" y de las "Reglas de Procedimiento y Prueba", a través de la Asamblea de Estados Partes. Dicen los artículos mencionados:

Artículo 9 Elementos de los crímenes

1. Los Elementos de los crímenes, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.

2. Podrán proponer enmiendas a los Elementos de los crímenes:

- a) Cualquier Estado Parte;
- b) Los magistrados, por mayoría absoluta;
- c) El Fiscal.

Las enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.

3. Los Elementos de los crímenes y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto. (subrayado fuera de texto)

Artículo 51 Reglas de Procedimiento y Prueba

1. Las Reglas de Procedimiento y Prueba entrarán en vigor tras su aprobación por mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.

2. Podrán proponer enmiendas a las Reglas de Procedimiento y Prueba:

- a) Cualquier Estado Parte;
- b) Los magistrados, por mayoría absoluta; o
- c) El Fiscal.

Las enmiendas entrarán en vigor tras su aprobación en la Asamblea de los Estados Partes por mayoría de dos tercios.

3. Una vez aprobadas las Reglas de Procedimiento y Prueba, en casos urgentes y cuando éstas no resuelvan una situación concreta suscitada en la Corte, los magistrados podrán, por una mayoría de dos tercios, establecer reglas provisionales que se aplicarán hasta que la Asamblea de los Estados Partes las apruebe, enmiende o rechace en su siguiente período ordinario o extraordinario de sesiones.

4. Las Reglas de Procedimiento y Prueba, las enmiendas a ellas y las reglas provisionales deberán estar en consonancia con el presente Estatuto. Las enmiendas a las Reglas de Procedimiento y Prueba, así como las reglas provisionales, no se aplicarán retroactivamente en detrimento de la persona que sea objeto de la investigación o el enjuiciamiento o que haya sido condenada.

5. En caso de conflicto entre las disposiciones del Estatuto y las de las Reglas de Procedimiento y Prueba, prevalecerá el Estatuto. (subrayado fuera de texto)

Si bien esta Corte no se detiene a analizar la naturaleza jurídica a la luz del derecho internacional de los "Elementos del Crimen" y de las "Reglas de Procedimiento y Prueba", resalta que estos instrumentos tienen las siguientes características:

- 1) Su adopción es competencia de la Asamblea de Estados Partes. En ello existe una diferencia clara con las experiencias anteriores relativas a los tribunales penales internacionales puesto que aspectos centrales que ahora corresponden al contenido de estos instrumentos podían ser adoptados por los propios tribunales a manera de reglamentos del órgano judicial internacional;³¹⁰
- 2) Requieren para su aprobación del voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de dicha Asamblea;
- 3) Deben ser compatibles con lo establecido en el Estatuto de Roma;
- 4) No modifican el Estatuto de Roma;

- 5) Los Estados Partes aceptan su procedimiento de adopción al momento de ratificar el tratado, así como las reglas sobre su entrada en vigor;
- 6) Tienen como función: i) ayudar a interpretar y aplicar las disposiciones del Estatuto (en el caso de los Elementos de los Crímenes para interpretar los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto); y ii) especificar las reglas de procedimiento y de prueba que deberá seguir la Corte Penal Internacional en el ejercicio de sus competencias (en el caso de las Reglas de Procedimiento y Prueba).

El tratamiento previsto para la adopción de estos dos instrumentos es diferente del establecido en el artículo 5.2 para la definición del crimen de agresión, según el cual dicha definición así como la consecuente competencia de la Corte Penal Internacional en esa materia tienen las características de una enmienda a un tratado,³¹¹ o de una revisión del mismo, cuya entrada en vigor depende de un proceso de aceptación posterior por los Estados. Los artículos mencionados dicen lo siguiente:

Artículo 5 Crímenes de la competencia de la Corte. (...)

2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

Si bien los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba no están, a diferencia de las enmiendas sobre el crimen de agresión, llamados a modificar el Estatuto, tampoco cumplen la función de los acuerdos bilaterales de simple ejecución ni son reglamentos adoptados por la Corte Penal Internacional. Dependen de la voluntad de una mayoría calificada de los Estados Parte reunidos en Asamblea y su entrada en vigor esta sujeta a que se alcance dicha mayoría.

Cuando el Estado colombiano participe en dicha Asamblea podrá expresar su posición a partir tanto de criterios relativos a la conveniencia como a la conformidad con el derecho internacional y el derecho constitucional nacional, en especial, respecto de la salvaguarda de los derechos de las personas.

Puede ocurrir que el Estado colombiano, por razones de orden jurídico o de conveniencia, exprese su desacuerdo con alguna disposición de estos instrumentos o no se haya encontrado dentro de los países que finalmente integraron la mayoría que los adoptó. Ello no afecta su condición de Estado Parte con los derechos y obligaciones que se derivan del tratado. En este caso, el propio Estatuto de Roma admite la posibilidad de que, posteriormente y dentro del término que estime prudencial, un Estado Parte presente enmiendas a tales instrumentos, las cuales también entran en vigor después de su aprobación por las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea.

En este orden de ideas, la Corte concluye que, los artículos 9 y 51 del Estatuto de Roma, relativos a los Elementos del Crimen y a las Reglas de Procedimiento y Prueba cuya adopción compete a la Asamblea de los Estados Partes por una mayoría de los dos tercios de sus miembros, no sustraen dichos instrumentos de la aprobación por el Congreso de la República ni del control constitucional previstos en la Constitución Política.

4.18. Declaraciones admitidas por el Estatuto

Antes de indicar las conclusiones finales del análisis material anterior, la Corte subraya, primero, que el Estatuto de Roma no admite reservas (artículo 120 E.R) y, segundo, que el estudio del contenido del Estatuto efectuado por la Corte tiene las especificidades mencionadas en el apartado 2 de las consideraciones.

Adicionalmente, se constata que numerosos Estados han formulado declaraciones interpretativas al momento de ratificar el tratado. Tales declaraciones se diferencian de las declaraciones de ejecución previstas expresamente en el propio Estatuto, atinentes al conducto de cooperación (artículo 87, párrafo 1, literal a), al idioma en que está se llevará a cabo (artículo 87, párrafo 2), a la disposición del Estado a recibir condenados con sujeción a las condiciones que éste ponga y que sean aceptadas por la Corte Penal por estar en conformidad con el Estatuto (artículo 103, párrafo 1), y a la no aceptación de la competencia durante un periodo de siete años de la Corte Penal Internacional únicamente por crímenes de guerra cuando se denuncie la comisión de uno de tales crímenes por sus nacionales o en su territorio (artículo 124).

Las declaraciones interpretativas formuladas por los Estados han sido de diverso tipo, v.gr., de alcance político, de orden militar, de precisión de la relación del Estatuto con algún aspecto del derecho internacional, y de aclaración del significado del Estatuto a la luz de las normas constitucionales del respectivo Estado. Estas últimas han recaído tanto sobre normas específicas del Estatuto de Roma como sobre el tratado en general.³¹²

Nada se opone a que el Estado colombiano también haga declaraciones interpretativas a través del órgano competente para ello. Nada impide, tampoco, que dentro del principio de colaboración armónica que orientó el análisis constitucional del Estatuto de Roma, la Corte pase a sintetizar las siguientes conclusiones finales.

4.19. Resumen de los principales tratamientos diferentes

Por lo expuesto en esta sentencia, concluye la Corte que la Ley 742 de 2002, por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el correspondiente tratado son constitucionales.

Luego de analizar el contenido del Estatuto de Roma, la Corte encontró que algunas de sus disposiciones establecen tratamientos diferentes a los previstos en nuestro ordenamiento constitucional, los cuales fueron expresamente autorizados por el Acto Legislativo No. 02 de 2001, siempre que se refieran a materias sustanciales y éstas surtan efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en el Estatuto.

Entre dichas disposiciones se destacan las siguientes:

1) Los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma describen tres de las categorías de crímenes internacionales sobre las cuales la Corte Penal Internacional podrá ejercer su competencia: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Tales descripciones denotan un grado de precisión, certeza y claridad aceptado en el derecho penal internacional que resulta menos estricto que el exigido en nuestro ordenamiento interno. Este tratamiento diferente del principio de legalidad que hace el Estatuto de Roma ha sido autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001.

2) El artículo 27 del Estatuto de Roma regula la improcedencia del cargo oficial como excusa para sustraerse del juzgamiento de la Corte Penal Internacional. Dicha disposición consagra un tratamiento diferente a los fueros especiales, a las inviolabilidades de los congresistas y al régimen de investigación y juzgamiento de otros altos funcionarios, consagrados en nuestra Carta, el cual fue autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001. Dicho tratamiento especial, sólo será aplicable en el evento en que la Corte Penal Internacional ejerza su competencia complementaria y no modifica las disposiciones internas correspondientes.

3) El artículo 28 del Estatuto de Roma establece la responsabilidad de jefes militares, ya sea de un ejército regular o de un grupo armado irregular, por crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional cometidos por fuerzas bajo su mando. Así mismo, extiende la responsabilidad del comandante a superiores civiles respecto de crímenes cometidos por sus subordinados en las circunstancias establecidas en el Estatuto de Roma. Este sistema de responsabilidad especial fue autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001 para los casos que lleguen al conocimiento de la Corte Penal Internacional.

4) El artículo 29 del Estatuto establece la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Esta disposición consagra un tratamiento diferente al previsto en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 28 de la Carta. Tal tratamiento especial sólo será aplicable por la Corte Penal Internacional cuando ejerza su competencia complementaria para investigar y juzgar cualquiera de los crímenes previstos en el Estatuto, así la acción penal o la sanción penal para los mismos haya prescrito según las normas jurídicas nacionales. Este tratamiento especial fue expresamente autorizado por el constituyente derivado a través del Acto Legislativo No. 02 de 2001.

5) De las causales eximentes de responsabilidad penal consagradas en los artículos 31, 32 y 33 del Estatuto de Roma, encontró la Corte que sólo las causales referidas a la legítima defensa de la propiedad en casos de crímenes de guerra (numeral 1, literal c) del artículo 31 ER) y la regulación del principio de obediencia debida (artículo 33 ER), establecen un tratamiento diferente al previsto en la Carta. Tales justificaciones han sido sometidas a requisitos concretos que difieren de los establecidos en la Constitución, como por ejemplo, el hecho de que sólo se aplica a crímenes de guerra. Dicho tratamiento especial fue autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001 y, en virtud del principio de complementariedad, dichas causales podrán ser esgrimidas, de conformidad con el Estatuto de Roma, ante la Corte Penal Internacional, una vez ésta haya asumido el conocimiento de un caso concreto.

6) En el artículo 77.1, literal b) del Estatuto faculta a la Corte Penal Internacional a imponer la pena de reclusión a perpetuidad. Este tratamiento diferente de la prohibición de la prisión perpetua que consagra el artículo 34 de la Carta, fue autorizado el Acto Legislativo No. 02 de 2001, pero no habilita a las autoridades nacionales a aplicar este tipo de pena cuando juzguen alguno de los crímenes señalados en el Estatuto de Roma.

7) En los artículos 61, párrafo 2, literal b y 67, párrafo 1, literal d, se admite la posibilidad de que la Corte Penal Internacional determine si es en interés de la justicia que una persona investigada o enjuiciada por ella esté representada por un abogado, lo cual abre la puerta no sólo para un tratamiento diferente al previsto en el artículo 29 de la Constitución en materia de derecho a la defensa técnica, sino para que los colombianos que eventualmente queden sometidos a la competencia de la Corte Penal Internacional no gocen efectivamente de este derecho y, por esto último, se hará referencia también a este punto en el capítulo V denominado conclusiones finales.

Por otra parte, asuntos como la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional (artículos 17, 18 y 19 ER), las relaciones de la Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad (artículos 13, literal b) y 16 ER), la posibilidad de que el Fiscal de la Corte Penal Internacional inicie de oficio investigaciones por los crímenes señalados en el artículo 5 del Estatuto (artículo 15 ER), el establecimiento de responsabilidad penal por la comisión de tales crímenes, en principio, sólo cuando hayan sido cometidos con "intención y conocimiento" (artículo 30 ER), la detención de personas por orden de la Corte Penal Internacional (artículo 58 ER) y su entrega a ésta (artículo 89 ER), así como las condiciones de reclusión que podrán imponer los Estados que acepten recibir condenados por la Corte Penal Internacional (artículo 106 ER), analizados como asuntos especiales en esta sentencia, no establecen *prima facie* y en abstracto tratamientos diferentes a los previstos en nuestro ordenamiento constitucional. Estos se encuentran en armonía con los artículos 9 y 93 de la Carta, en materia de respeto a la soberanía y a los compromisos internacionales aceptados por Colombia; con el artículo 2, que consagra el deber de protección que incumbe a las autoridades estatales respecto de la vida, la libertad, la honra y los bienes y derechos de los residentes en Colombia; del artículo 228, sobre independencia judicial; del artículo 28, sobre hábeas corpus; del artículo 29, que consagra el derecho al debido proceso; así como con los demás derechos y libertades consagrados en la Carta.

Finalmente, esta Corte encuentra que la regulación de la presunción de inocencia que hace el artículo 66 del Estatuto se encuentra dentro del margen que la Constitución reconoce al legislador. En efecto, según el artículo 66 la Corte Penal Internacional podrá condenar a una persona responsable de los crímenes señalados en el artículo 5, cuando no exista duda razonable sobre su responsabilidad. Aun cuando dicho tratamiento difiere de la regla de carácter legal que comúnmente se aplica en el derecho penal colombiano según la cual sólo es posible dictar sentencia condenatoria cuando obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado, el artículo 29 constitucional no impide que el legislador establezca un criterio distinto también respetuoso de la presunción de inocencia.

VI. CONCLUSIONES FINALES

Al terminar el análisis del contenido del Estatuto de Roma, la Corte Constitucional reitera que los tratamientos diferentes en materias sustanciales fueron permitidos por el Acto Legislativo 2 de 2001 exclusivamente dentro del ámbito del ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional. Por lo tanto, no se menoscaba el alcance de las garantías establecidas en la Constitución respecto del ejercicio de las competencias propias de las autoridades nacionales. Así, la declaratoria de exequibilidad de las disposiciones del Estatuto de Roma que contienen tales tratamientos diferentes no autorizan ni obligan, por ejemplo, a los jueces nacionales a imponer la pena de prisión perpetua ni al legislador colombiano a establecer la imprescriptibilidad de las penas. Por consiguiente, la Corte Constitucional concluye que no es necesario que el Jefe de Estado, como director de las relaciones internacionales, efectúe declaraciones interpretativas en relación con cada uno de los tratamientos diferentes identificados en esta sentencia, al momento de ratificar el tratado.

No obstante se advierte que, como el Acto Legislativo citado forma parte del cuerpo permanente de la Constitución y, por tanto, ha de ser interpretado de tal forma que guarde consonancia con las otras disposiciones de la Carta, la Corte señala las materias respecto de las cuales procede, sin que ello contraríe el Estatuto, que el Presidente de la República, en el ámbito de sus atribuciones, declare cuáles son las interpretaciones de algunos apartes del mismo que armonizan plenamente la Constitución con el Estatuto de Roma. Dicho señalamiento por la Corte en ningún caso supone que existe una inconstitucionalidad parcial del Estatuto. Esta determinación obedece al cumplimiento del principio fundamental según el cual todas las autoridades tienen como finalidad asegurar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2 C.N.), así como al propósito de concretar el mandato de colaboración armónica entre los órganos que integran las ramas del poder público, dentro del respeto a las órbitas de competencia de cada uno, en este caso, de la Corte Constitucional a la cual se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la Carta y del Presidente de la República al cual se le ha atribuido la dirección de las relaciones internacionales de Colombia (artículo 113 C.N). Tales materias son las siguientes:

(1) Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del Estado Colombiano, siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia.

(2) Siempre será en interés de la justicia que a los nacionales colombianos les sea garantizado plenamente el derecho de defensa, en especial el derecho a ser asistido por un abogado durante las etapas de investigación y juzgamiento por parte de la Corte Penal Internacional (artículo 61, párrafo 2, literal b, y artículo 67, párrafo 1, literal d).

(3) Si llegare a darse el caso de que un colombiano haya de ser investigado y enjuiciado por la Corte Penal Internacional, procede la interpretación del Estatuto de Roma de conformidad con los principios y normas que integran el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, siempre y cuando éstos no sean incompatibles con dicho Estatuto ni restrinjan el alcance de sus disposiciones.

(4) En relación con el artículo 17, párrafo 3, del Estatuto de Roma, las "otras razones" a fin de determinar la incapacidad del Estado para investigar o enjuiciar un asunto se refieren a la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio.

(5) Como el ámbito del Estatuto de Roma se limita exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con ésta, el tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que les son propias dentro del territorio de la República de Colombia.

(6) Los artículos 9 y 51 del Estatuto de Roma, relativos a los Elementos del Crimen y a las Reglas de Procedimiento y Prueba cuya adopción compete a la Asamblea de los Estados Partes por una mayoría de los dos tercios de sus miembros, no sustraen dichos instrumentos de la aprobación por el Congreso de la República ni del control constitucional previstos en la Constitución Política.

VII. DECISIÓN

En mérito a las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Declarar EXEQUIBLE la Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)

Segundo. - Declarar EXEQUIBLE el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)

Tercero.- Disponer que se comunique inmediatamente esta sentencia al Presidente de la República para lo de su competencia, así como al Presidente del Congreso de la República.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Magistrado
MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado
RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado
ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado
MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General
NOTAS

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Magistrado
JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado
EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Magistrado
CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

Gaceta del Congreso N° 77 de marzo 20 de 2001. Pág. 3 (cita del interviniente).

2 Bassiouni, Cherif. Nota explicativa sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En: Revue Internationale de Droit Pénal. Primer y segundo semestre de 2000, pág. 8.

3 Francia hizo lo mismo en el artículo 53.2 de su Constitución.

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 29 de julio de 1988, caso Velázquez Rodríguez (Cita del interviniente).

5 Cfr.folio 6 del concepto enviado por el Procurador.

6 Cfr.folio 7 del concepto enviado por el Procurador.

7 Cfr.folio 8 del concepto enviado por el Procurador.

8 Cfr.folio 9 del concepto enviado por el Procurador.

9 Cfr.folio 15 del concepto enviado por el Procurador.

10 Cfr.folio 16 del concepto enviado por el Procurador.

11 Cfr.folios 18 y 19 del concepto enviado por el Procurador.

12 Cfr. folio 17 del concepto enviado por el Procurador.

13 Cfr.folios 21 y 22 del concepto enviado por el Procurador.

14 Cfr.folio 24 del concepto enviado por el Procurador.

15 Cfr.folio 24 del concepto enviado por el Procurador.

16 Cfr.folio 26 del concepto enviado por el Procurador.

17 Cfr.folio 27 del concepto enviado por el Procurador.

18 Cfr.folio 31.

19 Corte Constitucional, Sentencia C-468/97, MP: Alejandro Martínez Caballero.

20 Ver entre muchas otras, las sentencias C-378/96, MP: Hernando Herrera Vergara; C-682/96, MP: Fabio Morón Díaz; C-400/98, MP: Alejandro Martínez Caballero; C- 924/00, MP: Carlos Gaviria Díaz.

21 Ver Corte Constitucional, Sentencias C-468/97, MP: Alejandro Martínez Caballero; C-376/98, MP: Alejandro Martínez Caballero; C-426/00, MP: Fabio Morón Díaz ; C- 924/00, MP: Carlos Gaviria Díaz.

22 Según lo dispuesto en el artículo 204 del Reglamento del Congreso, los proyectos de ley aprobatorios de tratados internacionales se tramitan por el procedimiento legislativo ordinario o común, con las especificidades establecidas en la Carta (sobre la iniciación del trámite de la ley en el Senado de la República, artículo 154, CN) y en el reglamento sobre la posibilidad del presentar propuestas de no aprobación, de aplazamiento o de reserva respecto de Tratados y Convenios Internacionales (art. 217 de la Ley 5ª de 1992). En relación con esta posibilidad, en la Sentencia C-227 de 1993, MP: Jorge Arango Mejía, la Corte señaló que durante el trámite de un proyecto de ley que aprueba el tratado, pueden presentarse propuestas de no aprobación, de aplazamiento o de reserva respecto de tratados y convenios Internacionales.

23 El artículo 19 de la Convención de 1969 sobre derecho de los tratados dice: " Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: a) que la reserva esté prohibida por el tratado; b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trata (...)" En la práctica las soluciones convencionales son diversas: ciertos tratados prohíben cualquier tipo de reservas (como la Convención de Montego Bay de 1982 sobre el Derecho del Mar o las convenciones de Nueva York y Río de Janeiro sobre Diversidad Biológica y Cambios Climático); otros autorizan las reservas sobre ciertas disposiciones únicamente (por ejemplo el artículo 42 de la Convención sobre Refugiados de 1951) y algunos excluyen

ciertas categorías de reservas (como el artículo 64 de la Convención Europea de Derechos Humanos que prohíbe las reservas de carácter vago.). De manera general, una reserva expresamente permitida por las cláusulas finales del tratado no requiere ser aprobada o aceptada por los demás Estados (Artículo 20 párrafo 1 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986).

24 Algunos de los temas críticos que se han discutido son: el efecto de la creación de la Corte Penal Internacional sobre la soberanía de los Estados, la necesidad de introducir modificaciones al régimen de inmunidades de ciertos funcionarios, la obligación de entregar sus nacionales por solicitud de la Corte Penal Internacional, la posibilidad de que la Corte imponga la pena de cadena perpetua, el ejercicio de la prerrogativa del perdón estatal y de las amnistías a partir de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, o la existencia de otras limitaciones constitucionales. Ver, por ejemplo, el Informe de la Comisión de Venecia, del 15 de enero de 2001. On Constitutional Issues Raised by the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court, CDL-INF (2001), adoptado en la 45 Sesión Plenaria de la Comisión, Venecia, 15-16 de diciembre de 2000.

25 La cláusula adicionada por Francia a su Constitución dice: "La República de Francia puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional bajo las condiciones establecidas en el tratado firmado el 18 de julio de 1998" (Traducción no oficial). Ver Consejo de Europa, The Implications for Council Of Europe Member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court, Informe de Francia de 15 de enero de 2001; Consejo Constitucional, Decisión N° 98-408 DC del 22 de enero de 1999. Clercky Jocelyn, "Le Statut de la Cour pénale internationale et le droit constitutionnel français", Rev. Trim. Dr. H. (2000), p. 641-681; Benoît Tabaka, «Ratification du Statut de la Cour pénale internationale: révision constitutionnelle française et rapide tour du monde des problèmes posés», <http://jurisweb.citeweb.net/articles/17051999.htm>. En un sentido similar, Luxemburgo adicionó una cláusula constitucional que dice: "(...) ninguna disposición de la Constitución constituirá un obstáculo para la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional...ni para el cumplimiento de las obligaciones que surjan de él, de conformidad con las condiciones establecidas en ese Estatuto", Ley del 8 de agosto de 2000, reformando el Artículo 118 de la Constitución, A- No. 83, 25 Agosto 2000, página 1965.

26 Ver Consejo de Europa, The Implications for Council Of Europe Member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court, Informe de Alemania, 20 de Julio de 2001. Alemania adicionó el artículo 16 constitucional, que prohibía la extradición de ciudadanos alemanes, con dos excepciones, cuando se tratara de la solicitud de extradición hecha por otro Estado de la Unión Europea o para cumplir con la solicitud de entrega proveniente de una corte internacional. Otros Estados que aplicaron una solución similar fueron República Checa, Grecia, Hungría, Portugal y Turquía. Ver Venice Commission. On Constitutional Issues Raised by the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court, CDL-INF (2001), Estrasburgo, 15 de enero de 2001.

27 Ver, por ejemplo el Artículo 91 (3) de la Constitución de Países Bajos.

28 Ver Consejo de Europa, The Implications for Council of Europe Member States of The Ratification of The Rome Statute of The International Criminal Court, Informe de España, 4 de septiembre de 2001.

29 Por ejemplo, algunos Estados europeos tales como Grecia (Artículos 2 y 28 de la Constitución), Hungría (Artículo 7 de la Constitución), Polonia (Artículo 9 de la Constitución) y Portugal (Artículos 8 y 16 de la Constitución) han encontrado que es innecesario reformar las disposiciones constitucionales sobre la inmunidad de su Jefe de Estado, como quiera que cualquier Jefe de Estado que cometa alguno de los crímenes dentro de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional dejaría de estar amparado por la Constitución.

30 Corte Constitucional, Sentencia C-228/02, MP: Manuel José Cepeda, donde la Corte analizó el alcance de los derechos que tienen las víctimas de delitos dentro del proceso penal, así como los precedentes allí citados.

31 Por ejemplo, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977.

32 Entre otras se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos, las Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de la Personas Privadas de la Libertad, los Principios de la ONU para la Protección de Todas las Personas Bajo Cualquier Forma de Detención o Privación de Libertad, la Declaración de la ONU sobre la Independencia Judicial, las Pautas de la ONU sobre el Papel de los Fiscales, y los Principios Básicos de la ONU sobre el Papel de los Defensores.

33 El proyecto fue presentado por los Senadores de la República Jimmy Chamorro Cruz, Luis Elmer Arenas Parra, Nicolás Dieb Maloof Cuse, Francisco Rojas Birry, Alfonso Lizarazo Sánchez, Javier Cáceres Leal, Gustavo Guerra Lemoine, Gentil Escobar, Guillermo Ocampo Ospina, Carlos Eduardo Gómez Sierra.

34 El texto originalmente presentado decía lo siguiente:

Artículo 1º. El artículo 93 de la Constitución Política de Colombia quedará así:

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

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Incorpórese a la Constitución el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Confederación

Diplomática de Plenipotenciarios, de las Naciones Unidas, sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, y declárese aprobado en su integridad, por el Estado colombiano.

"Artículo transitorio. Revístase al Presidente de la República, de precisas facultades extraordinarias para que dentro de los doce meses siguientes a la promulgación de este Acto Legislativo dicte, mediante decretos, las disposiciones necesarias para que la legislación colombiana esté acorde con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En todo tiempo el Congreso podrá derogar o modificar las normas así establecidas."

"Artículo 2º. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación." (Gaceta del Congreso 77, 20/03/2001, Proyecto de Acto Legislativo 14 de 2001 Senado, por el cual se incorpora a la Constitución el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional).

35 Dice la ponencia: "(...) es claro que un proceso de negociación sólo es viable, si se incorpora como elemento esencial el respeto al Derecho Internacional Humanitario. Por consiguiente, no puede ser incompatible con el mismo, reforzar este respeto (...).

"La política de negociación, como cualquier otra, debe basarse en la realización de los derechos humanos, no aceptar el mandato de la Corte Penal Internacional, o sólo parcialmente, significaría darle al Derecho Internacional Humanitario un valor retórico y, de alguna manera, ser tolerante con los delitos de lesa humanidad.

"El Estatuto de la Corte Penal Internacional constituye, igualmente, el umbral de lo que es absolutamente condenable para todos, de esta manera, descarga a los negociadores de la responsabilidad de definir estos parámetros y descongestiona la agenda de negociación. En otras palabras, el Estatuto de Roma es el marco normativo básico y una garantía para todos. (Gaceta del Congreso 114, abril 9 de 2001, Informe de Ponencia Primer Debate Proyecto Acto Legislativo 014 de 2001 Senado, por medio del cual se incorpora a la Constitución Colombiana el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional).

36 De conformidad con lo expresado por los ponentes durante el trámite legislativo de esta adición al artículo 93 constitucional, se mantiene "la imposibilidad de establecer dentro del ordenamiento jurídico colombiano la prisión perpetua, la imprescriptibilidad de la acción penal o la relativización de los principios de la cosa juzgada y el non bis idem a pesar de la ratificación del Estatuto de Roma." Otras dificultades identificadas fueron, la pena de reclusión a perpetuidad, la prescripción de los delitos, la posibilidad de limitaciones a la soberanía nacional, los posibles obstáculos para el proceso de paz, su impacto en materia de amnistías e indultos, su impacto sobre la política criminal colombiana. Gaceta del Congreso No. 114 de 2001.

37 Artículo 1º. EL artículo 93 de la Constitución Política quedará así:

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

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

"Incorpórese a la Constitución el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobada el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, para efecto de sus propias funciones y declárese aprobado en su integridad por el Estado Colombiano."

Artículo transitorio: Revístase, al Presidente de la República, de precisas facultades extraordinarias para que dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de este acto legislativo dicte, mediante decretos las disposiciones necesarias para que la legislación colombiana establezca en su derecho interno los procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación contenidas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En todo tiempo el Congreso podrá derogar o modificar las normas para garantizar lo allí establecido." (Gaceta No. 114, 9 de abril de 2001).

Artículo 2º El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación". (Aprobado Acta 26 de 2001 Gaceta del Congreso N° 233 mayo 18 de 2001).

38 Artículo 1º. Adiciónese al artículo 93 de la Constitución Política un inciso del siguiente tenor:

"El Gobierno Nacional puede ratificar, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 189 numeral 2 de la Constitución, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en los términos en que fue adoptado el 17 de julio de 1998."

Artículo 2º. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación."

39 Artículo transitorio: Revístase, al Presidente de la República, de precisas facultades extraordinarias para que dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de este acto legislativo dicte, mediante decretos las disposiciones necesarias para que la legislación colombiana establezca en su derecho interno los procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación contenidas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En todo tiempo el Congreso podrá derogar o modificar las normas para garantizar lo allí establecido." (Gaceta No. 114, 9 de abril de 2001).

40 Artículo 1º. Adiciónese el artículo 93 de la Constitución Política: "El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de

Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de acuerdo con lo previsto en el artículo 189 numeral 2 de la Constitución Política. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución, tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él" Artículo 2º. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación. (Gaceta del Congreso No. 296, 13/06/2001, Ponencia para Segundo Debate 14 de 2001 Senado, 227 de 2001 Cámara, por medio del cual se adiciona el artículo 93 de la constitución).

41 El trámite legislativo del proyecto de Acto Legislativo se encuentra en Gacetas del Congreso No. 114 de abril 9 de 2001, 158 de abril 30 de 2001, 233 de 18 de mayo de 2001, 281 de junio 8 de 2001, 293 de 13 de junio de 2001, 296 de 13 de junio de 2001, 432 de 31 de agosto de 2001, 497 de septiembre 27 de 2001, 552 de octubre 29 de 2001, 575 de noviembre 13 de 2001, 597 de noviembre 22 de 2001, 30 de 4 de febrero de 2002 y 35 de 13 de febrero de 2002.

42 Un parlamentario dijo al respecto: "En segundo lugar, queda absolutamente claro (...) que cualquiera que sea el camino que se proponga siempre deberá mediar una reforma a la Constitución. O sea, no es posible que el Gobierno presente un proyecto de leyal Congreso tratando de incorporar dicho tratado a nuestra normatividad interna (...) porque corremos el riesgo de que ahí si, la Corte Constitucional, cuando haga la revisión del caso pues declare inexecutable alguno de los artículos del tratado, tales como puede ser la imprescriptibilidad de la pena, la cadena de perpetuidad (sic) y otras normas (...) que eventualmente podrían ser consideradas inconstitucionales por la Corte, si se presenta el proyecto de ley ordinario al Congreso. (...) En ese orden de ideas, ¿a dónde llegamos? Llegamos entonces a un texto conciliatorio y dialogamos con el Gobierno; texto que por cierto que ya lo he mencionado en el sentido de que el Gobierno Nacional puede ratificar el Estatuto de Roma previo agotamiento, (...) del procedimiento establecido en el artículo 189 numeral 2; o sea el agotamiento normal. "Sin embargo, hemos considerado, (...) un texto que estaría inmunizando al futuro proyecto de ley de iniciativa gubernamental como lo establece la Constitución, para que de esta manera quede blindado. ...Necesitamos entonces redactar un texto de tal manera que cuando el Gobierno Nacional presente el proyecto de ley incorporando el Estatuto a nuestra normatividad interna, esté blindado, esté protegido, estemos sobre piso sólido, de tal manera que cuando se haga el control de constitucionalidad ante la Corte (...)" (Ver Gaceta del Congreso N° 471, 20 de septiembre de 2001, página 6).

43 En la ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes, el ponente Carlos Germán Navas Talero, resumió lo ocurrido en la Comisión de la siguiente manera (Gaceta del Congreso No. 296, 13 de junio de 2001, páginas 15 y 16):

"En el debate de la iniciativa en la Comisión Primera de la Cámara, hubo un consenso prácticamente unánime entre los Congresistas, el Gobierno Nacional y el Defensor del Pueblo acerca de la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico nacional el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y al requerimiento del procedimiento de la reforma constitucional para allanar el camino para su ratificación, dejando en manos del Ejecutivo, como supremo director de las relaciones exteriores del Estado colombiano, la iniciativa para la presentación del proyecto de ley por medio del cual se ratifique ese instrumento internacional.

"No obstante, como quiera que algunas de las disposiciones del Estatuto son ajenas a la tradición jurídica nacional y a ciertos principios de estirpe constitucional, en particular aquellas que establecen la posibilidad de imponer la prisión perpetua como pena, la imprescriptibilidad de las acciones derivadas de la comisión de los hechos punibles sancionados en el Estatuto y la revisión de las decisiones judiciales internas, y teniendo en cuenta que con la reforma al artículo 93 de la Carta Política este tratado se ubicaría al mismo nivel de la Constitución al momento de ser ratificado, se convino en establecer expresamente la aplicación de las materias sustanciales del Estatuto de Roma únicamente dentro del ámbito de lo regulado por el mismo, lo cual significa mantener la imposibilidad de establecer dentro del ordenamiento jurídico colombiano la prisión perpetua, la imprescriptibilidad de la acción penal o la relativización de los principios de la cosa juzgada y el non bis idem a pesar de la ratificación del Estatuto de Roma." (subrayado fuera de texto)

44 En la ponencia para primer debate ante la Comisión Primera del Senado, para el quinto de los 8 debates requeridos para la aprobación del proyecto de acto legislativo, se resumió lo ocurrido en la primera vuelta de la siguiente manera: "La propuesta del Representante ponente respecto del párrafo transitorio, no fue acogida por la Comisión Primera de la Cámara. Además, se incorporaron modificaciones importantes en la redacción del inciso primero del artículo 1º, en donde se reemplaza la frase "El Gobierno Nacional puede ratificar el Estatuto de Roma¿", por la frase "El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional". Esta modificación, reconoce que dentro del procedimiento de aprobación y ratificación de un tratado internacional participan varias instancias del Estado por tratarse de un acto complejo, pues es el Congreso quien aprueba el tratado mediante ley, la cual pasa a la Corte Constitucional para su estudio de constitucionalidad y por último le corresponde al Presidente el acto final de la ratificación que se perfecciona con el denominado intercambio de notas diplomáticas, paso que en su nueva redacción se incluye de manera expresa en el inciso primero, cuando se afirma "y, consecuentemente, ratificar ese tratado¿" (Gaceta del Congreso No. 575, 13 de noviembre de 2001, página 3).

45 La descripción detallada de la evolución histórica hasta la creación de la Corte Penal Internacional se encuentra en varias obras. Por ejemplo, Bassiouni, Cherif. De Versalles a Ruanda en 75 años: La necesidad de establecer una Corte Penal Internacional Permanente. En Revista de Derecho Público No. 10, Bogotá, Mayo de 1999, Universidad de los Andes; Schabas, William. Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, 2001, páginas 1 a 20; <http://www.iccnw.org>; <http://www.un.org/law/icc/>, También Córdoba Triviño, Jaime. Derecho Penal Internacional. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2001; Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Universidad Externado de Colombia, 1999.

46 Convención para la creación de una Corte Penal Internacional, Comisión de Naciones Unidas sobre Crímenes de Guerra, Doc. C.50(1), 30 de septiembre de 1944, elaborado con base en la Convención para la Creación de una Corte Penal Internacional, Liga de Naciones, OJ Spec. Supp. No. 156 (1936), LN Doc C.547 (I), M.384(I), 1937, V(1938), citado en Schabas, W. Introduction to de International Criminal Court, Cambridge University Press, 2001, página 5. En 1937 también se elaboró el Proyecto de Convención para el Juzgamiento y Castigo del Terrorismo. Ver

Robertson, G. Crimes Against Humanity, Op. Cit. Pág.480.

47 Un antecedente más remoto que, para algunos, constituye el primer juicio internacional ocurrió en 1474, con el juzgamiento de Peter von Hagenbach por la perpetración de atrocidades durante la ocupación de Briesach, Alemania. Veintisiete jueces del Santo Imperio Romano Germánico lo juzgaron por violar las "leyes de Dios y el hombre" y lo condenaron a muerte. Neier, A. War Crimes. Random House, Toronto, 1998 p. 12 y 48. En este libro se resume la historia de las leyes de la guerra desde la antigüedad. Ver también Bassiouni, Cherif. De Versalles a Ruanda en 75 años. Op. Cit..

49 Tratado de Versalles, 1919, artículo 227: "Las potencias aliadas y asociadas le leyeron públicamente la acusación a Guillermo II de Hohenzollern, emperador de Alemania, por una violación grave contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados. Un tribunal especial será constituido para juzgar a los acusados, donde se les asegurarán las garantías esenciales del derecho de defensa. (...) En su decisión, el tribunal estará guiado por los principales motivos de la política internacional, desde un punto de vista que justifique las obligaciones de las promesas internacionales y la validez de la moral internacional. (...) Las potencias aliadas y asociadas enviarán una petición al gobierno de los Países Bajos para la rendición a ellos del emperador de tal manera que éste pueda ser juzgado". Esta cláusula fue un compromiso, que excluyó el concepto de "leyes de la humanidad". El Káiser huyó a Holanda, entonces país neutral que se rehusó a extraditarlo con el argumento de que los cargos en su contra representaban una aplicación retroactiva del derecho penal. Allí falleció en 1941.

50 Vahakn., N. Dadrian. Genocide as a problem of national and international law: The World War I, the Armenian Case and its contemporary legal ramifications. En 14 Yale Journal of International Law 221, 1989.

51 La negociación del Tratado de Sevres (1920) entre los Aliados y Turquía, que contenía una "Declaración de Amnistía" por todas las ofensas cometidas entre el 1 de agosto de 1914 y el 20 de noviembre de 1922, el cual nunca fue ratificado y, posteriormente, por la ratificación del Tratado de Lausanne, que otorgó amnistía a los oficiales turcos involucrados como condición para la paz. Ver Schabas, W. Introduction to the International Criminal Court, Op. Cit. páginas 3 y ss.

52 Estos juicios tuvieron un carácter más disciplinario que internacional. Sin embargo, dos de los juicios de Leipzig se debieron al hundimiento de los barcos hospital Dover Castle y Llandoverly Castle y al asesinato de sus sobrevivientes, principalmente personal médico y enfermeras. Ver German War Trials, Report of Proceedings Before the Supreme Court in Leipzig, London: His Majesty's Stationery Office, 1921 y James F Willis, Prologue to Nuremberg: The Politics and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War Westport, CT: Greenwood Press, 1982, citados por Schabas, W. Introduction to the International Criminal Court, Op. Cit, página 4.

53 United Nations War Crimes Commission. History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War 89-92 (1948).

54 Bassiouni, Cherif. De Versalles a Ruanda en 75 años. Op. Cit. página 67.

55 El Acuerdo de Londres designó como personas responsables, de crímenes internacionales, en primer lugar, a las personas naturales autores de los crímenes mencionados y a los dirigentes, organizadores, provocadores o cómplices que tomaron parte en la elaboración o en la ejecución de un plan a fin de cometer uno de estos crímenes. La calidad de gobernante o el hecho de haber cumplido órdenes de un superior jerárquico no constituían hechos que justificaran los crímenes definidos por el Acuerdo de Londres. El tribunal internacional tenía una competencia limitada al castigo de los principales criminales. Los ejecutantes, así como los miembros de la SS, de la Gestapo, del cuerpo de jefes nazis y del SD (el servicio de seguridad de Himmler) debían ser y, de hecho fueron, juzgados por los tribunales nacionales.

56 El Acuerdo de Londres en su artículo 6, estableció que la acusación se haría por los siguientes crímenes: a) crímenes contra la paz; b) crímenes de guerra; y c) crímenes contra la humanidad. Los crímenes de guerra incluían las normas consuetudinarias reconocidas por las partes de conformidad con la Convención de la Haya de 1907, así como la Convención de Ginebra relativa al Tratamiento de Prisioneros de Guerra. La definición de los crímenes contra la humanidad fue un poco más compleja, como quiera que éstos no estaban consagrados en ningún tratado, por lo cual se entendió que tales crímenes surgían de su relación con la iniciación de la guerra o con su conducción, por lo cual, los crímenes cometidos antes de 1939 no podían ser juzgados por el Tribunal. En el caso de los crímenes contra la paz, el único antecedente era el Tratado de Versalles, en su intento por acusar al Káiser Guillermo II, por lo cual, tales crímenes eran imputables a quienes dirigieron o participaron en la guerra de agresión contra otras naciones en violación del derecho internacional.

57 Este Tribunal fue creado en 1946 mediante resolución del Comandante Supremo de las Potencias Aliadas, General MacArthur. Bassiouni, Cherif. De Versalles a Ruanda en 75 años. Op. Cit

58 Mendelsohn, John. War crimes trials and clemency in Germany and Japan. In Americans as Proconsuls: United States Military Government in Germany and Japan, 1944-1952, citado por Bassiouni, Cherif. De Versalles a Ruanda en 75 años. Op. Cit, página 71.

59 Los fallos proferidos por estos tribunales internacionales se encuentran en sendas gacetas, publicadas en dos series, la primera por el gobierno de los Estados Unidos tituladas "Trials of the War Criminals" (15 tomos) y la segunda por el Reino Unido titulada "Law Reports of the Trials fo the War Criminals" (15 tomos). También se pueden consultar en <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/imt.htm> y http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/war_criminals.htm

60 En el año de 1948, Naciones Unidas adopta la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que define internacionalmente como un acto criminal conductas cometidas con la intención de destruir un grupo nacional, racial, étnico o religioso. Aun

cuando esta convención prevé en su artículo VI que una Corte Penal Internacional podrá juzgar a los autores de los actos que define como genocidio, tal Corte nunca fue creada. Asimismo, el artículo 5 de la Convención sobre el apartheid establece la competencia de "cualquier tribunal penal internacional" para juzgar a las personas naturales responsables de la institución y del mantenimiento de una política de apartheid.

61 En la década de los años 50, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU fue encargada de compilar las normas de los procesos de Nuremberg y de preparar un proyecto de estatuto para un Corte Penal Internacional. En 1996 la Comisión de Derecho Internacional adoptó un proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad [Informe sobre el trabajo de la 48 sesión (6 de mayo-26 de julio). Asamblea General. Documentos oficiales. 45 sesión. Suplemento No. 10 (A/51/10)]. El trabajo de elaboración de un Código de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la CDI empezó en 1947. Los dos primeros proyectos de la CDI fueron presentados a la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1951 y 1954. Posteriormente, los trabajos se retrasaron a raíz de la ausencia de una definición de la agresión. Esta fue adoptada sólo en 1974 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 3314 (XXIX) del 14 de diciembre de 1974). La versión del Código de 1991 contenía la siguiente lista de crímenes: agresión y amenaza de agresión, intervención, dominación colonial y extranjera, genocidio, apartheid, violación sistemática y masiva de los derechos humanos, crímenes de guerra de excepcional gravedad, terrorismo internacional, tráfico ilícito de estupefacientes y daños intencionales y graves al medio ambiente. Véase Nguyen Quoc Dinh, A. Pellet, P. Daillier: *Droit international public*. LGDJ. París. 1994 p. 628.

62 Sobre este tema ver, por ejemplo, los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973. Theodor Meron, *International Criminalization of Internal Atrocities*, en *American Journal of International Law*, 89, 1995, p. 569; Kenneth C. Randall, *Universal Jurisdiction under International Law*, en *Texas Law Review* 66, 1988, pp. 785, 835-837; Bassiouni, Cherif. *The Normative Framework of International Humanitarian Law: Overlaps, Gaps and Ambiguities*. En *Transnational Law & Contemporary Problems*, Fall, 1998.

63 El Consejo, por su resolución 808 del 22 de febrero de 1993, decidió la creación de un tribunal internacional encargado de juzgar las personas responsables de graves violaciones del Derecho Internacional humanitario en el territorio de la antigua Yugoslavia desde el 1 de enero de 1991. El Estatuto del Tribunal fue adoptado por medio de la Resolución 827 del 25 de mayo de 1993; el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda lo fue por medio de la resolución 955 del 8 de noviembre de 1994.

64 Véase M. Mubiala: *Le Tribunal International pour le Ruanda: Vraie ou fausse copie du Tribunal International pour l'ex-Yugoslavie?* RGDIP 1995 p. 929; M. Sassóli: *La première décision de la Chambre d'Appel du Tribunal Penal International pour l'ex-Yugoslavie: Tadic (compétence)*. RGDIP 1996 p. 101.

65 Artículo 8 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y artículo 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. No obstante, esta última disposición precisa que las violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas por nacionales ruandeses en Estados vecinos, quedan también bajo la competencia del tribunal.

66 Para los detalles del proceso interno en la ONU de creación de la Corte Penal Internacional, como por ejemplo, la importancia que tuvo la propuesta de Trinidad y Tobago en 1989 de establecer dicha Corte para juzgar los delitos de narcotráfico y terrorismo, lo cual revivió en el seno de la ONU lo que la Guerra Fría había congelado, ver Rather, S. y Abrams, J., op. cit., p.173.

67 El Comité Preparatorio se reunió del 25 de marzo al 12 de abril 12 de 1996, del 12 al 30 de agosto de 1996, del 11 al 21 de febrero de 1997, del 4 al 15 de agosto de 1997, del 1 al 12 de diciembre de 1997, y del 16 de marzo al 3 de abril de 1998

68 En el caso de este crimen, la Corte ejercerá su jurisdicción sólo de conformidad con lo que establecen los artículos 5, 121 y 123 del Estatuto de Roma.

69 La expresión *delicta iuris gentium* fue acuñada en el juicio contra Adolph Eichmann por la Corte de Israel al señalar la necesidad de contar con una jurisdicción universal para juzgar crímenes atroces en los siguientes términos: "Los crímenes atroces se definen como tales tanto en el derecho de Israel como en el de otras naciones. Aquellos crímenes cuya comisión afecta a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las naciones constituyen "*delicta iuris gentium*". Por lo tanto, el derecho internacional antes que limitar o negar la jurisdicción de los Estados con respecto a tales crímenes, y en ausencia de una corte internacional para juzgarlos, requiere que los órganos legislativos y judiciales de cada Estado creen las condiciones para llevar a estos criminales a juicio. La jurisdicción sobre estos crímenes es universal" (Traducción no oficial). En Cr.C (Jm) 40/61, *The State of Israel v. Eichmann*, 1961, 45 P.M.3, part. II, para. 12, citado por Brown, Bartram. *The Evolving Concept of Universal Jurisdiction*. En *New England Law Review*, Vol 35:2, página 384. Ver también <http://www.nizkor.org/hweb/people/eichmann-adolph/transcripts/judgement-002/html>. El término "*core*" fue adicionado posteriormente para referirse al conjunto de crímenes que como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra más graves son objeto de jurisdicción universal por los Estados, independientemente de la nacionalidad del autor o de las víctimas y del lugar en donde fueron cometidos, incluidos la piratería, la esclavitud, la tortura y el *apartheid*. El Estatuto de Roma reconoce la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre algunos de esos crímenes.

70 Sobre la evolución de las leyes y usos de la guerra ver Detter, Ingrid. *The Law of War*. Cambridge University Press. U.K., 2000. Malanczuk, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, 1997, páginas 306 y ss.

71 Esta conducta ha sido prohibida expresamente por la Convención sobre la Esclavitud, por el Convenio IV de Ginebra de 1949 y por el Artículo

3 común de los Convenios de Ginebra y por el Protocolo II, artículo 4. Ver también la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968, cuyo artículo III establece la obligación de las Partes de "adoptar todas las medidas internas que sean necesarias, legislativas o de cualquier otro orden, con el fin de hacer posible la extradición, de conformidad con el derecho internacional, de las personas a que se refiere el artículo II de la presente convención".

72 Corte Permanente de Justicia Internacional, Asunto Lotus (Francia/Turquía), fallo del 7 de septiembre de 1927, opinión individual del juez Moore. En este caso, se afirmó con respecto al crimen de piratería; "el derecho o el deber de velar por el orden público no pertenece a ningún país en especial [...] cualquier país, en el interés de todos, puede ejercer jurisdicción y castigar".

73 Sobre la evolución del consenso internacional en torno a la necesidad de la cooperación entre los Estados para la sanción de ciertos crímenes, Estados Unidos vs. Smith, 18 US (5 Wheat.) 153, 161-162, 5 L.Ed. 57 (1820), citado por Henkin, Louis. International Law. Cases and Materials. Third Edition. West Publishing Co. St. Paul, Minneapolis, 1993, p. 1083.

74 Preámbulo de la Convención de la Haya respecto de las leyes y usos de la guerra, de 29 de julio de 1899.

75 El contenido de dichos convenios también cobijó temas relativos a prisioneros de guerra y no combatientes, es decir, a los sujetos incluidos y excluidos del conflicto. Estas materias fueron abordadas en extenso posteriormente, en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos, de la segunda post guerra. Los Convenios de La Haya surgen en las Conferencias de la Paz en la Haya. La Primera Conferencia celebrada en 1899, concluyó con la aprobación de dos tratados: el Convenio I: sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre (calidad de beligerantes, prisioneros de guerra, hostilidades y territorios ocupados, prohibición de gases asfixiantes y otras armas); y el Convenio II: sobre aplicación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra de 1864, sobre el tratamiento a los durante un conflicto armado. La Segunda Conferencia celebrada en 1907 dio como resultado 14 convenios: el Convenio III, sobre ruptura de las hostilidades; el Convenio IV: sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre, el cual modificó el Convenio I de 1899; el Convenio V: sobre derechos y deberes de las potencias y personas neutrales en caso de guerra terrestre; el Convenio VI: sobre régimen de buques mercantes al empezar hostilidades; el Convenio VII: sobre transformación de buques mercantes en buques de guerra; el Convenio VIII: sobre colocación de minas submarinas; el Convenio IX: sobre el bombardeo de las fuerzas navales en tiempos de guerra; el Convenio X: sobre aplicación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra de 1864; el Convenio XI: sobre restricciones al derecho de captura en la guerra marítima; el Convenio XII: sobre creación del Tribunal de Presas Marítimas (el cual nunca entró en vigor); el Convenio XIII: sobre derechos y deberes de los neutrales en caso de guerra marítima; el Convenio XIV: sobre prohibición de arrojar proyectiles y explosivos desde globos. Posteriormente, se desarrollaron el Protocolo sobre gases asfixiantes (1925) y los Convenios de Ginebra (1929), sobre trato a los prisioneros de guerra (el cual sustituyó el Convenio I de 1864, enmendado en 1906) y sobre protección de heridos de guerra terrestre. Finalmente en 1936, se aprobó el Protocolo de Londres sobre guerra submarina.

76 El trabajo de elaboración de un Código de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la CDI empezó efectivamente en 1947. Los dos primeros proyectos de la CDI fueron presentados a la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1951 y 1954. La versión del Código de 1991 contenía la siguiente lista de crímenes: agresión y amenaza de agresión, intervención, dominación colonial y extranjera, genocidio, apartheid, violación sistemática y masiva de los derechos humanos, crímenes de guerra de excepcional gravedad, terrorismo internacional, tráfico ilícito de estupefacientes y daños intencionales y graves al medio ambiente. Véase Nguyen Quoc Dinh, A. Pellet, P. Daillier: Droit international public. LGDJ. París. 1994 p. 628. Ver también, los siguientes documentos de Naciones Unidas: Draft Statute for an International Criminal Court (Annex to the Report of the Committee on International Criminal Jurisdiction, 1951) (UN Doc. A/2136, 1952); Revised Draft Statute for an International Criminal Court (Annex to the Report of the Committee on International Criminal Jurisdiction, 1953) (UN Doc. A/2645, 1954); Draft Statute for the creation of International Criminal Jurisdiction to Implement the International Convention on the suppression of the Crime of Apartheid, 1980, UN Doc. E/CN4/1416; Draft International Criminal Code, 1980, U.N., Doc.E/CN4/NGO213; Draft International Criminal Code, 1996 Doc UN A/51/10 (Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 48 período de sesiones, mayo 6 a julio 26 de 1996).

77 Un primer consenso en torno a la definición de este crimen se logra finalmente en 1974 con la adopción por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Resolución 3314 (XXIX) del 14 de diciembre de 1974.

78 Schabas, W. Introduction to the International Criminal Court , Op. cit. páginas 21 y ss.

79 Rather, S. y Jason, A. Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy. Oxford University Press, New York, 1997, p. 12.

80 Artículo 6 (c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

81 Tribunal Internacional para Ruanda, Prosecutor v. Akayesu No. ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998.

82 La evolución de esta concepción de crímenes de guerra se puede ver en el Caso Prosecutor v. Tadic, No. IT-94-1-A, 238-72 (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Appeals Chamber, Julio 15, 1999).

83 Schabas, William. Genocide in International Law. Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 345 y ss.

84 Ese plan sistemático fue descrito por Lemkin en los siguientes términos: "El objetivo de tal plan debe ser la desintegración de las instituciones políticas y sociales, la cultura, el lenguaje, los sentimientos nacionales, la religión y la subsistencia económica de grupos nacionales, así como la destrucción de la seguridad personal, la libertad, la salud, la dignidad e incluso la vida de los miembros de dichos grupos nacionales. El genocidio se dirige contra el grupo nacional como tal, y las acciones ejecutadas contra los individuos de dicho grupo se hacen por el solo hecho

de pertenecer a dicho grupo nacional" (Traducción). Ver Lemkin, Raphaël. Axis Rule in Occupied Europe 79 (1944), citado por Ratner, Steven R y Abrams, Jason. Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy. Clarendon Press, 1997, páginas 24 y 25.

85 Uno de los casos más famosos por este crimen es el de Adolph Eichmann, quien fue condenado a muerte y ejecutado por genocidio por la Corte de Israel. Ver Attorney General of Israel vs. Eichmann (1968), 36 ILR (District Court)

86 Organización Naciones Unidas, AG. Res 96 (I).

87 Adoptada y abierta a la firma y ratificación o adhesión por la Asamblea General en su resolución 260 A (III) del 9 de diciembre de 1948, y en vigor desde el 12 de enero de 1951.

88 El carácter consuetudinario de la prohibición del genocidio fue señalado por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión consultiva del 28 de mayo de 1951 Asunto de las reservas a la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio y posteriormente reafirmado en la Sentencia del 11 de julio de 1996 Asunto de la aplicación de la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia-Herzegovina c/ Yugoslavia).

89 Ver Stephen M. Scwebel: The treatment of human rights and of aliens in the International Court of Justice, Fifty Years of the International Court of Justice. Cambridge University Press. 1996 p. 331.

90 CIJ Opinión consultiva del 28 de mayo de 1951 Asunto de las reservas a la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio. Rec. p. 15 y 23. Asunto de la aplicación de la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia-Herzegovina c/ Yugoslavia)); de su reconocimiento como grave violación a los Convenios de Ginebra de 1949 y a los Convenios de la Haya de 1905; del hecho de haber sido la base del juzgamiento de criminales de guerra en el Tribunal de Nuremberg y actualmente en el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, (Caso Tadic). Ver también la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968. Al respecto ver las tesis que extienden la jurisdicción universal al genocidio en Schabas, William H. Genocide in International Law, Op. Cit, p. 345 y ss.

91 El contenido de los cuatro convenios es el siguiente: Convenio I, para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el Convenio II, para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el Convenio III, regula el trato de los prisioneros de guerra, y el Cuarto Convenio, sobre protección de personas civiles en tiempo de guerra. Para 1997, 188 estados ya eran parte de los Cuatro Convenios de Ginebra.

92 El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 dice: Artículo 3- Conflictos no internacionales. En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

93 Ver. Ratner S y Abrams, Jason, Op. Cit., página 46

94 Artículo 6 (c) Estatuto del Tribunal de Nuremberg, traducción libre.

95 Bassiouni, Cherif. De Versalles a Ruanda en 75 años. Op cit, página 76.

96 El Estatuto del Tribunal de Tokio empleó la misma definición de crímenes contra la humanidad, sin embargo aun cuando los 25 oficiales japoneses enjuiciados en Tokio fueron juzgados tanto por crímenes de guerra como por crímenes contra la humanidad, las condenas solo recayeron sobre los crímenes de guerra. Ver. Ratner S y Abram J., Op Cit, páginas 46 y 47.

97 Bassiouni, Cherif. De Versalles a Ruanda en 75 años, Op. Cit, página 66.

98 Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and Others v. Barbie, 78 International law Report 125 (Cour de Cassation, 1985); Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and Others v. Touvier, 100 International Law Report 338 (Court de Cassation, 1992).

99 Ver. Ratner S y Abram J., Op Cit, página 53.

- 100 Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968.
- 101 Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, Artículo I, b).
- 102 Prosecutor vs. Akayesu No. ICTR-96-4-T
- 103 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia Cámara de apelación Procurador c/ Duško Tadić. Sentencia del 2 de octubre de 1995. Caso No IT-94-1-AR72, en 35 ILM 32 (1996). Algunos tratadistas señalan que cuando un crimen internacional amenaza la paz y la seguridad mundiales o perturba gravemente la conciencia de la humanidad, adquiere necesariamente la jerarquía de norma de *ius cogens*. Ver, por ejemplo, Bassiouni, Cherif. Accountability for International Crime and Serious Violations of Fundamental Rights: International Crimes: *Jus Cogens* and Obligation *Erga Omnes*. (1996) 59 Law and Contemporary Problems, páginas 69 a 71.
- 104 Convenios de la Haya de 1899 y 1927, Convenios de Ginebra de 1925 y 1929.
- 105 El artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas establece "Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas".
- 106 Tratado de Versalles, artículo 227.
- 107 Ver Historia de la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, 1948, citada por Sunga Lyal S. La Jurisdicción "*ratione materiae*" de la Corte Penal Internacional. En Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero. Op. Cit., páginas 240 y 241.
- 108 La Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la siguiente definición de agresión en la Resolución 3314 (XXIX) (1974), G.A.O.R. Sesión 29, Sup. 31: "...Artículo 1. Agresión es el uso de la fuerza armada por parte de un Estado contra la Soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o de cualquier otra manera inconsistente con la Carta de las Naciones Unidas, como se expone en esta definición...Artículo 2. El primer uso de la fuerza armada por parte de un Estado en contradicción con la Carta constituye prima facie, evidencia de un acto de agresión aunque de conformidad con la Carta, el Consejo de Seguridad puede concluir que una determinación según la cual un acto de agresión ha sido cometido, no estaría justificada teniendo en cuenta otras circunstancias relevantes, incluyendo el hecho de que los actos relacionados o sus consecuencias no son suficientemente graves. Artículo 3. Cualquiera de los actos a continuación, independientemente de la declaración de guerra, se interpretándose en concordancia con el artículo 2, constituirán actos de agresión: (a) La invasión o el ataque por parte de las fuerzas armadas de otro Estado, o cualquier ocupación militar, independientemente de que sea temporal, que resulte de tal invasión o ataque, o cualquier anexión del territorio de otro Estado o de parte del mismo, mediante el uso de la fuerza;(b) El bombardeo por parte de las fuerzas armadas de un Estado contra el territorio de otro Estado o el uso de armas por parte de un Estado contra el territorio de otro Estado; (c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por parte de las fuerzas armadas de otro Estado; (d) Un ataque por parte de las fuerzas armadas de un Estado por tierra, por fuerzas aéreas o marítimas, o por flotas marinas y aéreas de otro Estado; (e) El uso de fuerzas armadas de un Estado, que están dentro del territorio de otro Estado con el consentimiento del Estado territorial, contraviniendo las condiciones del acuerdo o manteniendo su presencia en dicho territorio una vez el acuerdo ha terminado;(f) La acción de un Estado al permitir que su territorio, que ha sido puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por este otro Estado para perpetrar actos de agresión contra un tercer Estado;(g) El envío por o a nombre de un Estado de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios, que lleven a cabo actos de una fuerza armada contra otro Estado, de tal gravedad que implique los actos previamente mencionados, o una injerencia substancial en ellos. Artículo 4. Los actos enumerados anteriormente no son exhaustivos y el Consejo de Seguridad puede determinar que otros actos constituyen agresión con base en las normas de la Carta. Artículo 5. 1. Ninguna consideración de naturaleza alguna, ya sea política, económica, militar o de otro tipo, puede servir para justificar la agresión. 2. Una guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional. La agresión genera responsabilidad internacional. 3. Ninguna adquisición territorial o ventaja que resulte de la agresión es reconocida, o podrá ser reconocida como legal. Artículo 6. Nada en esta definición será interpretado en forma alguna a que se amplíe o disminuya el margen otorgado por la Carta, incluyendo las provisiones concerniente a casos en que el uso de la fuerza es legal..." (traducción libre).
- 109 Declaración de 23 de noviembre de 1963, Resolución 1904 (XVIII). Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 3068 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973 e incorporada a la legislación interna por Colombia mediante la Ley 26 de 1987.
- 110 Declaración de 9 de diciembre de 1975, Resolución 3452 (XXX).
- 111 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965. Esta Convención impone a los Estados Parte la obligación de declarar como acto punible en su artículo 4 literal a): " toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tal efecto, contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación". En el mismo sentido, el artículo 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece: "Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional."
- 112 La Convención sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 1976, establece en su artículo IV b) el compromiso de las partes a "adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas para perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables o acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente convención, independientemente de que tales personas

residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro Estado o sean personas apátridas". Ver Ratner, Steven R. y Abrams, Jason S.. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy*. Clarendon Press, Oxford, 1997.

113 El artículo 18 lit. f) del Proyecto de Código hace referencia a una "discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos que suponga la violación de los derechos y libertades fundamentales y entrañe graves desventajas para una parte de la población". Véase además el comentario de la CDI, loc. cit. p. 106 a 108.

114 Véase los artículos 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH); 7 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) del 16 de diciembre de 1966; 5 § 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) del 22 de noviembre de 1969; 4 y 5 de la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981.

115 El artículo 4 de esta Convención impone la obligación de incriminar tanto los actos de tortura como la tentativa, la complicidad y la participación en tales actos.

115 El artículo 6 de la Convención Interamericana impone la obligación de sancionar los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos, así como los autores de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

116 Los actos de tortura puramente privados no entran en el ámbito de aplicación de las convenciones. El carácter privado de la tortura, en cambio, no es un obstáculo para que sea considerada, si las otras condiciones están reunidas, como un crimen contra la humanidad o un crimen de guerra. Véase los artículos 18 lit. c) y 20 lit. a), ii) del Proyecto de Código de la CDI, respectivamente. Ver Robertson, Geoffrey. *Crimes against humanity. The Struggle for Global Justice*. The New Press, New York, 1999.

117 Este crimen también es de competencia de la Corte Penal Internacional, artículo 7 literal i). La desaparición forzada fue incluida en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, Comisión de Derecho Internacional, 1996. Por su parte, el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece que ésta "constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana", la cual "viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable y en su Artículo I, establece la siguiente obligación para los Estados Partes: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a: a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales; b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo; c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención." Igualmente, existen numerosos pronunciamientos tanto en el sistema de Naciones Unidas como en el Interamericano, sobre la existencia de una jurisdicción universal en relación con este crimen. Entre otros casos ver Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el caso de José Vicente y otros (CCPR/C60/D/612/1995), Fallo del 19 de agosto de 1997). Por otra parte, la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han señalado de manera reiterada la responsabilidad estatal por desapariciones forzadas en casos contra Argentina, Uruguay, Honduras y Colombia. Entre otros ver, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Isidro Caballero y María del Carmen Santana. Sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22. Ver también la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968.

118 De competencia de la Corte Penal Internacional, artículo 7, literales a), b), h) y k). No existe todavía un mecanismo similar al de la tortura para el ejercicio pleno de jurisdicción universal la prohibición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Interamericana de Derechos Civiles y Políticos, del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo II, artículo 4. Igualmente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado la responsabilidad del Estado por violación de la Convención. A manera de ejemplo se cita la Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No.4., párrafo 24. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, así como en el Caso Velásquez Rodríguez., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 29 de julio de 1988 y Caso Loaiza Tamayo, 17 de septiembre de 1997.

119 Un ejemplo de esto lo ofrece Francia, donde el Tribunal de Apelaciones se refirió a al principio de jurisdicción universal en el proceso contra Klaus Barbie por crímenes de lesa humanidad, señalando que "dada su naturaleza, los crímenes de lesa humanidad por los que se procesa a Barbie no se reducen a ser asunto de la legislación municipal francesa sino que están sujetos a un orden penal internacional al que le son ajenas la noción de frontera y las normas sobre extradición derivadas de la existencia de fronteras". Ver Asunto Fédération National des Déportés et Internés Résistants et Patriotes y Otros v. Barbie, fallo de la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación, del 6 de octubre de 1983 (que resume la decisión del Tribunal de Apelación), en 78 *International Law Rep.* 128, caso en el cual Francia juzga crímenes contra la humanidad cometidos contra judíos, durante la Segunda Guerra Mundial. Desde 1993, con base en el ejercicio del principio de jurisdicción universal Suiza, Alemania, Austria y Dinamarca han investigado y juzgado hechos criminales ocurridos principalmente durante los conflictos de Ruanda y Yugoslavia. Por ejemplo, en 1997 en Alemania dos bosnio-serbios fueron condenados por genocidio y asesinato de musulmanes durante el conflicto en la Antigua Yugoslavia. En 1994, una corte danesa condenó a cadena perpetua a dos bosnios musulmanes por torturar brutalmente prisioneros de guerra en el campo de prisioneros de Croacia. En 1999, una corte militar suiza condenó a un nacional ruandés por cometer graves crímenes de guerra en Ruanda. El junio 7 de 2001, el tribunal belga condenó a cuatro ciudadanos ruandeses tanto por haber participado en actos de genocidio contra tutsies en Ruanda, como por haber prestado apoyo a las organizaciones que cometieron este tipo de crímenes. (Vincent Ntezimana. *Quatre accusés symboles d'un génocide*, Le Monde, Abril, 18, 2001 y Junio 7 de 2001). En el caso del genocidio, los tribunales belgas fueron autorizados por una ley interna de 1993 para investigar, juzgar y sancionar graves crímenes de guerra definidos como tales por los

Convenios de Ginebra. Ver McKay, Fiona. Universal Jurisdiction in Europe. 2000, Redress Organisation. En www.redress.org.

120 El Juzgamiento por los tribunales internacionales ad hoc para la ex - Yugoslavia y para Ruanda, creados mediante las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (Resoluciones 808 del 22 de febrero de 1993 y 827 del 25 de mayo de 1993 para la ex -Yugoslavia y Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994), para Ruanda) ejercen su jurisdicción por crímenes ocurridos durante conflictos armados entre grupos pertenecientes a un mismo Estado - nación apoyados por diversas fuentes exteriores. Por eso la competencia de estos tribunales incluye una enumeración de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en algunos aspectos más amplia que la del Tribunal de Nuremberg, ya que toma elementos de las Convenciones de Ginebra de 1949 sobre derecho internacional humanitario. Además, el Tribunal para Ruanda no sólo extiende expresamente la noción de infracciones graves prevista en los Convenios de Ginebra a conflictos armados internos, sino que permite que algunas incriminaciones se funden en violaciones al artículo 4 del Protocolo II de 1977.

121 Ver expediente, folio 537.

122 Ver expediente, folios 490 a 502.

123 Ver expediente, folio 386.

124 Ver expediente, folios 388 a 390.

125 Ver expediente, folio 304.

126 Ver expediente, folio 309.

127 Ver expediente, folios 306 y 307.

128 Ver expediente, folios 503 a 528 y 302 a 303, respectivamente.

129 Ver expediente, folio 111.

130 Ver expediente, folio 557.

131 En adelante, éste instrumento jurídico será identificado con la sigla ER.

132 En este sentido, la Corte Internacional de Justicia expresó que: "El preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas constituye la base moral y política de las disposiciones jurídicas que están enunciadas después. Tales consideraciones, sin embargo, no son en sí mismas reglas jurídicas." CIJ, Sentencia de 18 de julio de 1966, Asunto del Sudoeste Africano.

133 Ver, Sascha Rolf Lüder. The Legal Nature of the International Criminal Court and the Emergence of Supranational Elements in International Criminal Justice. En Revista Internacional de la Cruz Roja, Marzo 2002, Volumen 84, No. 845, páginas 79 y ss.

134 Este poder para celebrar tratados es desarrollado en varios artículos del Estatuto: en el artículo 2 que se refiere a la celebración de un acuerdo que defina la relación entre la Corte Penal Internacional y la Organización de Naciones Unidas; el artículo 3, donde se menciona que la Corte celebrará un acuerdo con los Países Bajos, como sede de la Corte; el artículo 87, que señalan que la Corte podrá celebrar tratados con los Estados Partes para facilitar la cooperación internacional y la asistencia legal. Según la Convención de Viena de 1969, aprobada como legislación interna por la Ley 32 de 1985, dicho poder está sometido al derecho de los tratados: "La presente Convención se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización." Igualmente, dicho poder para celebrar tratados estará regido por la Convención de Viena de 1986 sobre el derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones, aprobada como legislación interna por la Ley 406 de 1997.

135 En la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 11 de abril de 1949, sobre el Asunto de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, dijo la Corte lo siguiente en materia de los poderes implícitos de la Organización de Naciones Unidas: " En opinión de la Corte, la Organización estaba destinada a ejercer funciones y a gozar de derechos [...] que no pueden explicarse más que si la organización posee en amplia medida personalidad internacional y la capacidad de donar en el plano internacional [...]. Se debe admitir que sus miembros, al asignarle ciertas funciones, con los deberes y responsabilidades que les acompañan, la han revestido de la competencia necesaria para permitirle cumplir efectivamente estas funciones".

136 Artículo 27, Convención de Viena de 1969, ratificada por Colombia y aprobada como legislación interna mediante la Ley 32 de 1985.

137 Ver, por ejemplo, las sentencias: C-331/96, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, donde la Corte analizó la constitucionalidad del "Convenio Constitutivo de la Asociación de los Estados del Caribe", suscrito en Cartagena de Indias, el 24 de julio de 1994 y de su ley aprobatoria (Ley 216 de 1995); C-231/97, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que la Corte declaró la constitucionalidad la Ley 323 de 1996 , aprobatoria del Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), suscrito en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996.

138 Schabas, W. Introduction to the International Criminal Court, Op. Cit. Página 55.

139 Corte Permanente de Arbitraje, Caso de la Isla Palmas, 1928, Estados Unidos y Países Bajos, publicado en Reports of International Arbitral Awards, Vol. 2, p. 829. En este caso se dijo que la soberanía en las relaciones internacionales debía entenderse como independencia para ejercer

sobre un determinado territorio y habitantes las funciones de un Estado.

140 Corte Permanente Internacional de Justicia, 1923, Caso Wimbledon, World Court Reports, Serie A, No. I.

141 Sentencia Arbitral, Cámara de Comercio Internacional, 30 de abril de 1982, Caso Framatome contra Atomic Energy Organisation, J.D.I., 1984, p. 58 y ss.

142 Ver entre otros Nguyen Quoc Dinh, Droit International Public, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París 1994, p.410. Brownlie, Ian. Principles of Public International Law. Fourth Edition. Clarendon Press. 1990, p. 107 y ss. Verdross, Alfred. Derecho Internacional Público. Biblioteca Jurídica Aguilar. 1982, p. 174 y ss. Henkin, Louis. International Law. Cases and Materials. Third Edition. West Publishing Co. St. Paul, Minneapolis, 1993, p. 13 y ss.

14.3 Reportes de la Corte Internacional de Justicia, 1986, Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, Nicaragua vs Estados Unidos de América, Fallo del 27 de junio de 1986, párrafos 202 a 209. La Corte definió como asuntos internos aquellos frente a los cuales el Estado goza de autonomía para decidir sin injerencia externa, tales como su organización política, económica, social, cultural y jurídica, así como la definición de su política internacional.

144 Reportes de la Corte Internacional de Justicia, 1.949. Caso Estrecho de Corfú, Reino Unido vs. Albania

145 Ver, por ejemplo, las sentencias: C-088/93, MP: Ciro Angarita Barón, que declaró la constitucionalidad de la Ley 11 de 1992, mediante la cual se incorporó al ordenamiento interno el Protocolos I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949; C-225/95, MP: Alejandro Martínez Caballero, que declaró ajustada a nuestra Carta el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, incorporada a nuestro ordenamiento mediante la Ley 171 de 1994; C-331/96, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, que declaró la constitucionalidad de la Ley 216 de 1995, mediante la cual se aprobaba el Convenio Constitutivo de la Asociación de Estados del Caribe; C-231/97, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, que declaró la constitucionalidad de la Ley 323 de 1996 "Por medio de la cual se aprueba el ¿Protocolo modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), suscrito en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996"; C-137/95, MP: Jorge Arango Mejía, que declaró la constitucionalidad de la Ley 170 de diciembre 15 de 1994, " Por medio de la cual se aprueba el acuerdo por el cual se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC), suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la carne de Bovino."

146 Aun cuando el Estatuto de Roma no establece explícitamente la obligación de enjuiciar a individuos por los crímenes enumerados en el Estatuto, tal obligación ya había sido reconocida para algunos de los delitos enumerados en el Estatuto de Roma, en otros tratados de los que es parte Colombia. Por ejemplo, en el IV Convenio de Ginebra de 1949, los Estados Partes se comprometen a crear cualquier legislación necesaria que provea las sanciones penales efectivas para aquellas personas que cometan graves violaciones contra la Convención. Según el artículo 5 de la Convención sobre el Genocidio, los Estados Partes se obligaron a legislar para darle eficacia a las disposiciones de la Convención y establecer penas efectivas para aquellos culpables de genocidio. ICISS. The Responsibility to Protect, IDRC, Ottawa, 2001

147 Durante el proceso de redacción del Estatuto se propuso que la ratificación del Estatuto no le diera a la Corte una competencia automática, y que posteriormente fuera necesario el consentimiento del Estado para que la Corte pudiera asumir sus funciones, de manera similar a lo que ocurrió con el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esta forma de reconocimiento de competencia se denominó coloquialmente con la expresión en inglés *opt-in*. Otras expresiones empleadas para denominar las formas de competencia de la Corte Penal Internacional fueron *ad hoc consent opt-in*, para referirse al reconocimiento de competencia de la Corte por un Estado no Parte para un caso en particular y una suerte de *put-in*, cuando fuera el Consejo de Seguridad el que remitiera el asunto a la Corte.

148 Ver Corte Constitucional, Sentencia C-621/01, MP: Manuel José Cepeda, donde se hace un análisis de los distintos eventos en que los Estados ejercen jurisdicción penal.

149 Artículos 5, 6 y 7 de la Convención sobre Prohibición y Castigo del Crimen de Genocidio (Ley 28 de 1959). Ver Schabas, William H. Genocide in International Law: The crime of crimes. Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 345 y ss.

150 Artículo 5.2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (Ley 76 de 1986) Ver Robertson, Geoffrey. Crimes against humanity. The Struggle for Global Justice. The New Press, New York, 1999.

151 Este crimen fue prohibido expresamente por la Convención sobre la Esclavitud y por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y por el Protocolo II, artículo 4. Ver también la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968, cuyo artículo III establece la obligación de las Partes de "adoptar todas las medidas internas que sean necesarias, legislativas o de cualquier otro orden, con el fin de hacer posible la extradición, de conformidad con el derecho internacional, de las personas a que se refiere el artículo II de la presente convención". Hasta antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no existía un mecanismo judicial internacional para su juzgamiento.

152 Convención sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 1976 que establece en su artículo IV b) el compromiso de las partes a "*adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas para perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables o acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente convención, independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro Estado o sean personas apátridas*". Ver Ratner, Steven R. y Abrams, Jason S.. Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg

Legacy. Clarendon Press, Oxford, 1997.

153 Corte Permanente de Justicia Internacional, Asunto Lotus (Francia vs. Turquía), fallo del 7 de septiembre de 1927, opinión individual del juez Moore. En este caso, se afirmó con respecto al crimen de piratería; "el derecho o el deber de velar por el orden público no pertenece a ningún país en especial [...] cualquier país, en el interés de todos, puede ejercer jurisdicción y castigar".

154 Sobre este punto ver Brown Bartram S. Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals, 23 Yale Journal of International Law 383, Summer, 1998.

155 De conformidad con el artículo 9 del Estatuto para el Tribunal Internacional de Yugoslavia, tanto los Estados como el Tribunal tienen jurisdicción concurrente para el juzgamiento de graves violaciones al derecho internacional humanitario (Artículo 9.1). Sin embargo, esa misma disposición (Artículo 9.2), reconoce una jurisdicción prevalente al Tribunal Internacional. Dice el artículo 9.2. "El Tribunal Internacional tendrá primacía respecto de los tribunales nacionales. En cualquier etapa del procedimiento, el Tribunal Internacional podrá pedir oficialmente a los tribunales nacionales que convengan en la competencia del Tribunal Internacional de conformidad con el presente Estatuto y con las normas sobre procedimiento y prueba del Tribunal Internacional". Esta misma regla fue recogida por el Estatuto para el Tribunal de Ruanda, en el artículo 9 de su Estatuto y en las Reglas 8 y 9 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, U.N. Doc. ITR/3/REV.1 (1995),

156 Este principio general se concreta respecto de las penas en el artículo 80 del Estatuto que dice:

Artículo 80. *El Estatuto, la aplicación de penas por los países y la legislación nacional.* Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte.

157 Ver Organización de Naciones Unidas. Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. Sobre la Impunidad de Perpetradores de Violaciones a los Derechos Humanos. Relator Especial Louis Joinet, UN Doc. E/CP.4/Sub.2/1993/6, 19 de julio de 1993, revisado por E/CP.4/Sub.2/1994/11 y E/CP.4/Sub.2/1996/18 (Informe Final). Ver también, Stephens, Beth. Conceptualizing Violence: Present and Future developments in International Law: Panel 1: Human Rights and Civil Wrongs at Home and Abroad: Old Problems and New Paradigms: Do Tort Remedies Fit the Crime?. En 60 Albany Law Review 579, 1997.

158 Así lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que "(...) la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla." (subrayado agregado al texto). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párrafo. 24.

159 *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, OAS Res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948), reimprimido en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/IL82 doc.6 rev.1 p. 17 (1992). Artículo XVIII. Derecho de justicia. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

160 *Declaración Universal de Derechos Humanos*, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 p. 71 (1948). Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

161 *Convención Americana de Derechos Humanos*, Serie sobre Tratados, OEA, No. 36, 1144, Serie sobre Tratados de la ONU, 123 entrada en vigor 18 de julio de 1978, reimprimido en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 p. 25 (1992). Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

162 *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Acceso a la justicia y trato justo. "4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. 5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. 6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en

etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente; c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas. 7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas."

163 Sobre reconocimiento de la prohibición de genocidio como norma de *ius cogens* ver: Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva del 28 de mayo de 1951. Asunto de las reservas a la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio; Corte Internacional de Justicia Sentencia del 11 de julio de 1996 Asunto de la aplicación de la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia-Herzegovina c/ Yugoslavia).

164 Henrard, Kristin. *The Viability of National Amnesties in View of The Increasing Recognition of Individual Criminal Responsibility at International Law*. En 8 Michigan State University-DCL Journal of International Law, páginas 595 y ss. Robertson, Geoffrey. *Crimes Against Humanity. The Struggle for Global Justice*. The New Press, New York, 1999. Ratner, Steven R. y Abrams, Jason S.. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy*. Clarendon Press, Oxford, 1997. Special Rapporteur Louis Joinet, Preliminary Report: Study on Amnesty Laws and their Role in the Safeguard and Promotion of Human Rights, UN Commission on Human Rights, UN Doc. E/CP.4/Sub.2/1985/16 (1985). Naomi Roht- Arriaza, *Special Problems of a Duty to Prosecute: Derogation, Amnesties, Statutes of Limitation and Superior Orders, in Impunity and Human Rights in International Law and Practice* 57, 63-64 (Naomi Roht-Arriaza ed., 1995). Sieder, Rachel, Ed. *Impunity in Latin America*. Institute of Latin American Studies, 1995

165 Lo anterior inspiró el artículo 5 del Estatuto de Roma.

166 Ver por ejemplo, las siguientes disposiciones: Ley 35 de 1982, reguló la amnistía y otras disposiciones para restablecer la paz; Ley 49 de 1985, que otorgó facultades especiales al Presidente para conceder indultos., la Ley 77 de 1989 que reguló el procedimiento para dar Indulto, los Decretos 206 de 1990 y 213 de 1991, mediante los cuales se adoptaron medidas para el restablecimiento del orden público, incluida la regulación de la figura de extinción de la acción penal para facilitar la reincorporación de Miembros del EPL, el PRT y el Quintín Lame; el Decreto 1943 de 1991, a través del cual se adoptaron medidas sobre Indulto y Amnistía; el Decreto 1059 del 26 de 1994, con el cual se dictaron normas encaminadas a facilitar la incorporación de milicias populares con carácter político; el Decreto 1387 de 1994, dirigido a facilitar la reincorporación de los miembros del Frente Francisco Garnica vinculados al proceso de paz; la Ley 104 de 1993, cuyos artículos 48 a 60 regulan la posibilidad de otorgar beneficios judiciales para facilitar la reinserción. En la Constitución Política, el artículo transitorio 30 autorizó al gobierno a conceder indultos o amnistías por delitos políticos y conexos, cometidos con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1991.

167 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado las condiciones para que una amnistía sea compatible con los compromisos adquiridos por los Estados Partes en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), Sentencia de 14 de Marzo de 2001 la Corte Interamericana decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso en el contexto nacional.

168 Ver Scharf, Michael. *The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court*, 1999, 32 Cornell International Law Journal, página 507.

169 Schabas. W. *Introduction to the International Criminal Court*, Op. Cit, página 70. Allí se cita el ejemplo del caso de William Calley ocurrido a principios de la década de los años 70. Calley fue condenado a prisión perpetua por crímenes de guerra ocurridos durante la masacre de My Lai en Vietnam, y luego de cumplir una parte de su condena, obtuvo el perdón presidencial. No se podría en un evento como el citado afirmar que el procedimiento interno refleja una falta de disposición del Estado, ni que éste se hizo con el fin de eludir la justicia, ni que la situación es lo suficientemente grave para justificar su intervención o que ella sea necesaria para garantizar los intereses de la justicia.

170 Ver, Peace and Justice. *Analysis of Issues in the draft statute*, en <http://www.un.org/icc/index.htm>.

171 Dicho capítulo se refiere a la "Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión".

172 Adicionalmente, otro factor que resalta la independencia de la Corte frente al Consejo de Seguridad, es el rechazo en Roma de la posibilidad de que la sola inclusión de un asunto en la agenda del Consejo de Seguridad por solicitud de un Estado, pudiera suspender el ejercicio de las competencias de la Corte.

173 Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948, artículo 2, aprobada como legislación interna por la Ley 28 de 1959.

174 Caso Fiscal vs Jlesic, ICTY No. IT-95-01-T, Fallo del 14 de diciembre de 1999, para.100.

175 Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva del 28 de mayo de 1951, Asunto de las reservas a la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio; Corte Internacional de Justicia, Sentencia del 11 de julio de 1996 Asunto de la aplicación de la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia-Herzegovina c/ Yugoslavia). Ver, Kunz, Joseph. *The United Nations Convention on Genocide*, en *American Journal of International Law*, No. 43, 1949; páginas 738 a 746; A. Huet y R. Köering-Joulin: *Droit pénal international*. PUF.

Paris. 1994; Sunga, L. S.: *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*; Meron, Th.: *War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law*. American Journal of International Law 1994 p. 78-87.

176 La Ley 599 de 2000, tipifica el delito de genocidio e incluye una categoría adicional de "genocidio político", que no se encuentra consagrada en la Convención sobre Genocidio ni en el Estatuto, pero que podría quedar cobijada por el Estatuto bajo el crimen de "persecución de un grupo o colectividad" por motivos políticos, consagrado en el artículo 7.1, literal h. De otro lado, la descripción típica colombiana sí exige "la muerte de sus miembros", lo cual es más restrictivo que la definición internacional. En estas circunstancias se aplica el artículo 10 del Estatuto. La ley 599 de 2000 establece: "Artículo 101. *Genocidio*. "El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del marco de la ley, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años; en multa de dos mil (2.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años. ¡"La pena será de prisión de diez (10) a veinticinco (25) años, la multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos: ¡"1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo. ¡"2. Embarazo forzado. ¡"3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. ¡"4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo. ¡"5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo."

177 Corte Constitucional, Sentencia C-177/01, MP: Fabio Morón Díaz, que declaró la exequibilidad del artículo 322 A de la Ley 589 de 2000 que tipifica el delito de genocidio, salvo la expresión "*que actúe dentro del marco de la Ley*," que fue declarada inexecutable.

178 Corte Constitucional, Sentencia C-330/01, MP: Alvaro Tafur Galvis, que declaró que debía estarse a lo resuelto en la sentencia C-177 de 2001, por cuanto el artículo 101 de la Ley 599 de 2000, reproducía materialmente el texto del artículo 322 A de la Ley 589 de 2000, por lo cual existía cosa juzgada material.

179 Entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972).

180 Asunto *Fédération National des Déportés et Internés Résistants et Patriotes y Otros v. Barbie*, fallo de la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación, del 6 de octubre de 1983 (que resume la decisión del Tribunal de Apelación), en 78 *Int'l L. Rep.* 128, caso en el cual Francia juzga crímenes de lesa humanidad cometidos contra judíos, durante la Segunda Guerra Mundial. Dijo entonces el Tribunal de Casación Francés: "dada su naturaleza, los crímenes de lesa humanidad por los que se procesa a Barbie no se reducen a ser asunto de la legislación municipal francesa sino que están sujetos a un orden penal internacional al que le son ajenas la noción de frontera y las normas sobre extradición derivadas de la existencia de fronteras."

181 Esta definición fue recogida en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y en el artículo 4, del Protocolo II, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, convertidos en legislación interna por las Leyes 5 de 1960; 11 de 1992 y 171 de 1994. Posteriormente dicha definición fue recogida en la Ley 599 de 2000, Nuevo Código Penal.

182 Esta es una de las características del Tribunal Internacional para Yugoslavia, que recogió la definición empleada en el artículo 6 c) del Estatuto del Tribunal de Nuremberg. Las dificultades para probar la existencia de un conflicto armado fue resuelta finalmente en el caso Fiscal v. Tadic, No. IT-94-1-A, 238-72 (ICTY, Sala de Apelaciones, Julio 15, 1999, donde el tribunal señaló que bastaba mostrar que existía un enfrentamiento armado, sin necesidad de cualificar si se trataba de un conflicto con o sin carácter internacional.

183 Esta conducta está incluida en los Estatutos de los Tribunales de Yugoslavia (artículo 5(g)) y Ruanda (artículo 3(g)), pero no fue incluida en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg.

184 Ver Chesterman, Simon. *An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes Against Humanity*. 10 *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2000, páginas 307 y ss.

185 El Estatuto utiliza las expresiones "ataque generalizado" para designar "una línea de conducta que implique un alto número de víctimas" y el término "sistemático" para referirse al alto nivel de organización, ya sea mediante la existencia de un plan o una política. Como se emplea el término disyuntivo "o", tales condiciones no son acumulativas, por lo cual el homicidio de un solo civil puede constituir un crimen de lesa humanidad si se cometió dentro de un ataque sistemático. El "carácter sistemático o generalizado del ataque a la población civil", ha sido interpretado por los Tribunales Internacionales Ad Hoc. Por ejemplo, el Tribunal Internacional para Ruanda estableció en el caso Akayesu (sept. 2 de 1998) que: "El concepto de "generalizado" puede ser definido como masivo, frecuente, acción en gran escala, llevada adelante en forma colectiva con seriedad considerable y dirigida contra una multiplicidad de víctimas. El concepto de "sistemático" puede ser definido como bien organizado y siguiendo un plan regular sobre la base de un política concertada que involucre recursos sustanciales públicos y privados".

186 Esta expresión tiene su origen en la expresión "civiles", empleada en la definición de crímenes contra la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial. Además, ha sido recogida en los Protocolos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra, para designar a no combatientes y fue incluida por los Estatutos de los Tribunales para Yugoslavia y Ruanda. Sin embargo, como quiera que tanto en el Estatuto de Roma como en el Estatuto para Ruanda no se requiere la existencia de un conflicto armado, es útil recordar la definición empleada en el caso Kayishema No. ICTR-95-1-T de la Cámara de Juzgamiento II (Trial Chamber II) del Tribunal de Ruanda que definió de manera amplia el concepto de población civil: "en el contexto de la situación de la Prefectura de Kibuye, donde no había conflicto armado, la definición de civiles, incluye a todas las personas excepto a aquellas que tienen el deber de preservar el orden público y el uso legítimo de la fuerza. Por lo tanto, el concepto "no civiles"

incluiría, por ejemplo, a los miembros de las FAR, del RPF, la Policía y la Gendarmería Nacional". (traducción no oficial)

187 El término asesinato es similar al empleado en los Estatutos de los Tribunales para Yugoslavia y para Ruanda. En ambos estatutos se emplea dicho término para referirse a homicidios intencionales y premeditados. El sentido de esa expresión fue discutida en los casos Akayesu No. ICTR-96-4-T y Kayishema No. ICTR-95-1-T, adelantados por el Tribunal para Ruanda, debido a que el término francés empleado en el texto oficial del Estatuto del Tribunal para Ruanda resultaba confuso pues se refería a dos categorías distintas de homicidio. En esos eventos, el Tribunal escogió la definición más favorable a los procesados. Ver. Chesterman, Op. Cit. página 329.

188 Se encuentra prohibida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972) y el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 4 del Protocolo II. La definición de este crimen fue estudiada ampliamente por el Tribunal para Ruanda, en los casos Akayesu No. ICTR-96-4-T, Rutaganda No. ICTR-96-3-T y Kayishema No. ICTR-95-1-T donde el Tribunal sostuvo que por su propia naturaleza, se dirige contra un grupo de individuos y requiere un elemento de destrucción masiva. Los elementos esenciales del exterminio fueron definidos por la Cámara de Juzgamiento I (Trial Chamber I) así: 1. el acusado participa en el homicidio masivo de un grupo de personas o en la creación de condiciones de vida que conducen a su muerte de manera masiva; 2. El acto o la omisión que ocasionan la muerte debe ser ilegal e intencional; 3. el acto o la omisión ilegales debe ser producto de un ataque generalizado y sistemático; 4. debe estar dirigido contra la población civil; 5. debió haber sido ejecutado por razones discriminatorias: origen racial, nacional, étnico, religioso o político. (Kayishema No. ICTR-95-1-T).

189 Prohibida por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972) y prohibida expresamente por el artículo 17 constitucional

190 Prohibida por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 (ley 6 de 1960) y tipificada por el artículo 159 de la Ley 599 de 2000.

191 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972).

192 Prohibida por la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (Ley 76 de 1986) y tipificada por el artículo 137 de la Ley 599 de 2000.

193 Prohibidas por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y por el artículo 4 del Protocolo II y tipificadas por los artículos 138 y 139 de la Ley 599 de 2000.

194 Prohibida por la Convención Americana contra la Desaparición Forzada (Ley 707 de 1994), prohibida expresamente por el artículo 12 de la Constitución Política y tipificada por la Ley 589 de 2000 y por el artículo 165 de la ley 599 de 2000.

195 Prohibido por la Convención sobre la represión y castigo del Apartheid (ley 26 de 1987), así como por la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Ley 22 de 1981), es contrario al artículo 13 constitucional y fue tipificado por el artículo 147 de la Ley 599 de 2000.

196 Prohibidos por la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (Ley 76 de 1986) y por los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II, fue tipificado como conducta autónoma por el artículo 146 de la Ley 599 de 2000.

197 Esta expresión resalta que es el contexto dentro el cual se realizan los actos criminales, lo que los transforma en crímenes de lesa humanidad. De conformidad con lo decidido por la Cámara de Apelaciones en el Caso Tadic, resulta irrelevante que los actos hayan sido cometidos por "motivos puramente personales", pues lo que se examina es si el procesado era consciente o deliberadamente "ciego" de que sus actos se encontraban dentro del ámbito de un crimen contra la humanidad. Este mismo estándar fue definido por la Corte Suprema Canadiense en el Caso R v. Finta (1994, I. S. C. R. 701).

198 Ver ICTY, Fiscal v. Tadic, No. IT-94-1-A, 238-72

199 Estas conductas fueron tipificadas en el Título II, Delitos Contra Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, artículos 135 a 164 de la Ley 599 de 2000.

200 Las disposiciones del Protocolo I, Adicional a los Convenios de Ginebra I fueron recogidas así por el artículo 8.2. b) del Estatuto de Roma: Artículo 85.3, por los apartados i), ii), v) y vi); artículos 35.3 y 55, por el apartado iv); artículo 38.2, por el apartado vii); artículo 85.4, por los apartados viii) y ix); los artículos 11.1 y 11.2, por el apartado x); el artículo 40, por el apartado x); el artículo 35.2, por el apartado xx); el artículo 75.2, por el apartado xxi); el artículo 76.2, por el apartado xxii); el artículo 51.7, por el apartado xxiii); el artículo 12.1, por el apartado xxiv); el artículo 54.1, por el apartado xxv) y el artículo 77.2, por el apartado xxvi). Igualmente, los apartes xiii, xv y xvi, recogen los artículos 53, 51 y 33, respectivamente, del IV Convenio de Ginebra de 1949. Además, el artículo 8.2 b) recoge las siguientes disposiciones del IV Convenio de la Haya: los apartados xi) y xii), el artículo 23.b, el apartado xiii), los artículos 23.g y 46; el apartado xiv), el artículo 23.h; el apartado xvi), los artículos 28 y 47; el apartado xvii), el artículo 23.a; y el apartado xx), el artículo 35.2. Los demás apartes mencionados en el artículo 8.2. b) recogen las siguientes normas de derecho internacional: el apartado iii), la Convención sobre Seguridad de las Naciones Unidas y Personal Asociado, adoptada por unanimidad el 17 de febrero de 1995, A/RES/49/59; el aparte xvii); el Protocolo para la prohibición del uso en guerra de gases asfixiantes, venenosos o de otro tipo y de métodos de combate bacteriológico, Convenio de Ginebra de 1925; y el apartado xix), la Declaración relativa a balas expansivas, Convenio de la Haya de 1899. El Estatuto de Roma no incluyó dentro de la lista de crímenes de guerra, cometidos en conflictos de carácter internacional la demora injustificada en repatriar prisioneros de guerra o civiles (Artículo 85.4.b. Protocolo I). Tampoco recogió los crímenes contemplados en los artículos I, II y III de la Convención sobre Prohibición del Uso Militar Hostil o de otro tipo de TéCPicas

Modificatorias del medio Ambiente, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 31/72 de diciembre 10 de 1976. Ver. Sunga, Lyal S. La jurisdicción "*ratione materiae*" de la Corte Penal Internacional (artículos 5 a 10 del ER). En El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero, Comp. Universidad Externado de Colombia, 1999, páginas 235 a 268.

201 A pesar de las descripciones generales contenidas en los literales xvii a xx del artículo 8.2.b), sobre el uso de armas prohibidas, no hubo acuerdo sobre la prohibición expresa del uso de armas nucleares (Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares), armas fragmentarias no detectables (Protocolo I de la Convención de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones sobre el uso de ciertas armas convencionales que pueden ser reputadas como excesivamente dañinas o de tener efectos indiscriminados, de octubre 10 de 1980), minas de tierra, armas incendiarias (Protocolo II Convención de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones sobre el uso de ciertas armas convencionales que pueden ser reputadas como excesivamente dañinas o de tener efectos indiscriminados de 1980 y Convención sobre la Prohibición del uso, producción transferencia y acumulación de minas de tierra antipersonales y sobre su destrucción, adoptada en Oslo en septiembre 18 de 1997), o armas láser encefalocidas (Protocolo IV sobre armas encefalocidas, octubre 13 de 1995).

202 La norma básica de armas prohibidas se encuentra en el artículo 35 del Protocolo I y en las Convenciones de la Haya de 1907.

203 En el proyecto de Código de Crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad de 1996, el cual aún no ha sido adoptado, se define el crimen de agresión de la siguiente forma: "El que, en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento de una guerra de agresión cometida por un Estado, u ordene estas acciones, será responsable de un crimen de agresión".

204 Ver declaraciones interpretativas, por ejemplo, de Bélgica, Reino Unido, Nueva Zelandia y Egipto.

205 El artículo 18.2 señala que los Estados cuentan con un mes después de la recepción de la notificación, para informar a la Corte si está o no llevando a cabo una investigación respecto al mismo caso, así como para solicitar al Fiscal que renuncie a su competencia a favor del Estado. Según el artículo 18.5, una vez que un Estado solicite la inhibición de competencia de la Corte de una investigación, el Fiscal estará obligado a suspender la investigación del caso, pero podrá solicitar a estos Estados que le informen periódicamente de la marcha de sus investigaciones y del juicio ulterior (artículo 18.5, ER). Igualmente, todas las órdenes o mandamientos dictados por la Corte con anterioridad a la impugnación seguirán siendo válidos (artículo 19.9, ER). En todo caso, aun si un Estado no solicita al Fiscal la inhibición de su competencia a favor del Estado, el Fiscal puede suspender la investigación de la Corte Penal Internacional y solicitar al Estado de que se trate que le comunique sobre las actuaciones. (artículo 19.11).

206 Tal imprecisión se detecta en las expresiones "otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional" (artículo 6.1. literal h), ER), y "o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable" (artículo 6.1. literal g), ER), así como los literales b) ordinal xxii) y e) ordinal vi) del artículo 8.2., por el empleo de las expresiones "o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra".

207 Por ejemplo respecto del Artículo 7 del Estatuto, se establece en los Elementos de los Crímenes lo siguiente: Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad.- "Por cuanto el artículo 7 corresponde al derecho penal internacional, sus disposiciones, de conformidad con el artículo 22, deben interpretarse en forma estricta, teniendo en cuenta que los crímenes de lesa humanidad, definidos en el artículo 7, se hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta que no es permisible con arreglo al derecho internacional generalmente aplicable, como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo.

"Los dos últimos elementos de cada crimen de lesa humanidad describen el contexto en que debe tener lugar la conducta. Esos elementos aclaran la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. No obstante, el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización.

"En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole.

Por "ataque contra una población civil" en el contexto de esos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la "política ... de cometer ese ataque" requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil."

Y se aclara al pie de esta definición lo siguiente:

"La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización."

208 Sin embargo, en este capítulo no se agotan los principios acordados por la comunidad internacional a la luz de los cuales debe desarrollarse la labor de la Corte Penal Internacional. En efecto, en otras partes del Tratado de Roma se hace alusión expresa, por ejemplo, al principio de cosa juzgada (Parte II); al de presunción de inocencia (Parte VI) y al de especialidad de materia (Parte IX).

209 Schabas, William A., Principios generales del derecho penal. En Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero, Comp. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Universidad Externado de Colombia, 1999, página 271. Córdoba Triviño, Jaime. Derecho Penal Internacional. Op. Cit.

210 Ibidem., p. 271.

211 Ibidem., p. 275.

212 Ibidem, p. 314.

213 Ambos, Kai, Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma, en Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero, Comp. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 115

214 Principio de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de culpables de crímenes de guerra, o crímenes de lesa humanidad. Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas, 3 de diciembre de 1973

215 La responsabilidad penal de personas jurídicas fue expresamente rechazada en las discusiones previas a la aprobación del Estatuto. Las razones para ello, entre otras, fue la necesidad de evitar a la Corte problemas de prueba insalvables, además de que la responsabilidad de las personas jurídicas ni se reconoce universalmente ni existen reglas de imputación consensuadas (Ambos, Kai. Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional, Op. Cit. p. 116).

216 Schabas, W. Principios generales del derecho penal., Op. Cit. p. 287

217 Prosecutor vs. Tadic (Case No. IT-94-I-T), Decisión de mayo 7 de 1997, párrafos 666, 667

218 Sobre la limitación del derecho a la libertad de expresión por razones constitucionales suficientes, ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional C-488 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-425 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-087 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-010 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero

219 Ambos, K. Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Op. cit., p. 116.

220 Schabas, W. Principios generales del derecho penal op. cit., p. 291.

221 Ibidem.

222 Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, Artículo III, literal b)

223 Ver en especial la Sentencia C-839 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en la que se examinó la constitucionalidad de la responsabilidad penal del menor infractor y se concluyó que ella no vulnera el derecho fundamental a la especial protección de los niños. En sentencia C-340 de 1998 la Corte Constitucional declaró constitucional el artículo 13 de la Ley 418 de 1997, bajo la condición de que "los menores que se recluten sólo podrán ser vinculados al servicio militar si tienen más de quince años, si se los excluye de toda actividad de riesgo y se los destina exclusivamente a cumplir funciones ajenas al combate y sólo en zonas que no sean de orden público, siempre sobre la base de la total espontaneidad de su decisión."

224 El principio de inmunidad de los Estados ha sido reconocido por el derecho internacional como corolario de los principios de soberanía y de igualdad de los Estados y cubre la inmunidad de altos funcionarios, de ciertos bienes y del Estado mismo, que no pueden ser objeto de juicio por otros Estados y se justifica únicamente para proteger al Estado como tal, es decir al Estado que ejerce su soberanía bajo la forma de "prerrogativas de poder público". Según el Artículo 5 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. "Todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado" Anuario CDI 1991, II, 2da parte p. 12-67, especialmente p. 23., que recoge la práctica general de los Estados en esta materia.

225 Consejo Constitucional, Decisión No. 98-408 DC de 22 de enero de 1999.

226 House of Lords- Regina vs Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and other (Ex Parte Pinochet) y Regina vs Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others On appeal from a Divisional Court of the Queens Bench Division (Ex Parte Augusto Pinochet Ugarte.), Judgements de 25 de Noviembre de 1998, Diciembre 17 de 1998 (Oral Judgement), Enero 15 de 1999 (Reasons) y Marzo 24 de 1999; ICTY, Prosecutor v. Martić (Caso No. IT-85-11), Rule 61, Decision, Marzo 6, 1996, para.21

227 Prosecutor v. Martić (Caso No. IT-85-11), Rule 61, Decision, Marzo 6, 1996, para.21

228 United States v. Yamashita, (1947) 4 LRTWC I. Se trataba en este caso de un general japonés sindicado de cometer crímenes de guerra en las Filipinas al omitir el ejercicio responsable del comando de sus tropas que saquearon Manila. La Comisión Militar de Estados Unidos que juzgara a Yamashita destacó que si bien no podía condenarse a un comandante por las actuaciones de sus soldados "donde homicidios y violaciones y acciones depravadas y vengativas son ofensas difundidas, y no hay un intento efectivo por parte de un comandante de descubrir y

controlar actos criminales, semejante comandante puede ser considerado responsable, aun criminalmente responsable, por acto ilegales de sus tropas ...", citado por W. Schabas, Principios de derecho penal Op. Cit p. 299.

229 El artículo 86. 2 del Protocolo I adicional (1977) a los Convenios de Ginebra (1949) establece: "El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción."

230 United States v. Yamashita, (1947) 4 LRTWC I; Canada v. Meyer (1948) 4 LRTWC 98 (Canadian Military Court).

231 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, UN Doc. S/RES/827, Anexo, Artículo 7 (3); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, UN Doc. S/RES/955, Annex, Artículo 6 (3). Ver también Prosecutor v. Kupreskic et al. (Caso No. IT-95-16), Decisiones del 3 y 17 de febrero de 1999, sobre las Mociones de Excepción de Responsabilidad y Evidencia de Buen Comportamiento.

232 Prosecutor v. Delalic et al (Case No. IT-96-21-T), Judgment, 16 November 1998, (1999) 38 ILM 57. En este caso se reconoce la responsabilidad de civiles como principio de derecho consuetudinario.

233 Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

234 Schabas, W., Introduction to the International Criminal Court, Op. Cit., p. 85.

235 A-G Israel vs. Eichmann (1968), 36 International Law Report, (District Court, Jerusalem), página 18

236 Fédération Nationale des deportes et résistants et patriotes et al. v. Barbie (1984), 78 International Law Report, páginas 125 y ss.

237 Corte Constitucional, Sentencia C-176 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

238 El párrafo 8º del artículo 3º de la mencionada Convención establece: "Artículo 3º Delitos y sanciones. (...) 8. Cada una de las Partes establecerá, cuando proceda, en su derecho interno un plazo de prescripción prolongado dentro del cual se pueda iniciar el procesamiento por cualquiera de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1º del presente artículo. Dicho plazo será mayor cuando el presunto delincuente hubiese eludido la administración de justicia."

239 EISSEN, Marc André. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Editorial Cuadernos Cívitas. Madrid. 1985. pág. 95.

240 Schabas, W. Principios generales del derecho penal, Op. Cit, p. 302.

241 Regla derivada de la tradición del *common law*. Ver Schabas, W. Introduction to the International Criminal Court, página 89. El Estatuto no aclara cuál es la carga de la prueba que tiene quien alega esta eximente de responsabilidad. En el Tribunal *Ad hoc* para Yugoslavia, se optó por un estándar alto que exige a quien lo alega probar plenamente tal incapacidad y no simplemente establecer una duda razonable sobre su capacidad mental, como se acepta en algunos sistemas jurídicos. Ver Prosecutor v. Dedalic et al. (Caso No. IT-96-21-T), Decisiones del 17 de junio y 1 de julio de 1998 sobre eximente de responsabilidad fundada en la falta de capacidad mental o insania.

242 En este punto, el Estatuto de Roma se aparta de la regla fijada en el Tribunal *Ad hoc* de Yugoslavia que rechazó la coacción como eximente de responsabilidad penal en una decisión dividida. Ver Prosecutor v. Erdemovic (Caso No. IT-96-22-T), Sala de Apelaciones, Octubre 7 de 1997.

243 Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

244 Ibidem.

245 Ibidem.

246 Ibidem.

247 Así, entre muchos ejemplos, el párrafo final del numeral 1º del artículo 53 prevé que el Fiscal deberá informar a la Sala de Cuestiones Preliminares su decisión de no investigar un crimen, aún de gravedad, porque dicha investigación "no redundaría en interés de la justicia". Igual prescripción se hace en el literal c. del numeral 2º respecto de investigaciones ya adelantadas. Si el Estado que ha remitido la investigación o el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas lo solicita, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá examinar la decisión del Fiscal. El literal b. del numeral 2º del artículo 54, por su parte, hace referencia a las condiciones en las que la Sala de Cuestiones Preliminares autorizará al Fiscal para que realice investigaciones en el territorio de un Estado.

248 El artículo 233 de la Constitución indica que "[l]a Administración de Justicia es una función pública" y que "[s]us decisiones son independientes".

249 Artículo 29 de la Carta.

250 Respecto del ámbito de ejercicio de las competencias propias de la Fiscalía General de la Nación y de la colaboración y control ejercidos por los jueces, esta Corte ha señalado lo siguiente: "La Constitución establece algunos elementos propios del llamado sistema acusatorio en materia

procesal penal, pues distingue las funciones de investigación, acusación y juzgamiento. Así, la Carta atribuye a la Fiscalía la titularidad de la acción penal y la dirección de las investigaciones penales, mientras reserva a los jueces la decisión definitiva de los procesos, pues el artículo 250 superior expresamente señala que corresponde a la Fiscalía "investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes" (CP artículo 250). Sin embargo, la Constitución no consagra un procedimiento acusatorio ortodoxo, pues en esos sistemas el ente acusador hace parte del Ejecutivo o del Ministerio Público y, por ende está en general desprovisto de poderes judiciales. En cambio, en nuestro ordenamiento, la Fiscalía hace parte de la rama judicial y tiene determinadas facultades judiciales, pues puede dictar medidas de aseguramiento, y calificar y declarar precluidas las investigaciones penales. (CP artículo 250 ord. 1 y 2). Por ello, conforme a la Carta, los fiscales, durante la fase investigativa, pueden ordenar y practicar pruebas con las facultades propias de un funcionario judicial, por lo cual se dice que el sistema colombiano es mixto, pues si bien existe una diferencia de funciones entre los fiscales y los jueces, ambos poseen, dentro de la órbita de sus competencias, facultades judiciales y son funcionarios judiciales. Esto significa que en el constitucionalismo colombiano los funcionarios judiciales son un género del cual hacen parte tanto los jueces como los fiscales. [¿] Sin embargo, lo anterior no significa que exista una absoluta separación funcional, pues conforme al principio de colaboración funcional (CP artículo 113), es perfectamente razonable que la ley permita la intervención de los jueces durante la fase instructiva y de los fiscales durante el juicio. Así, conforme al principio acusatorio es natural que los fiscales intervengan en el juicio, como sujetos procesales, pues una de las ideas esenciales de este sistema, parcialmente adoptado por el Constituyente, es que la verdad procesal surja de un debate contradictorio entre los argumentos de la acusación y de la defensa frente a un tercero imparcial, que es el juez. Igualmente, con base en el criterio de colaboración armónica entre fiscales y jueces, esta Corporación ha considerado que son constitucionales disposiciones como las que permiten el control por los jueces de las medidas de aseguramiento. Para la Corte es claro que, si bien los fiscales pueden dictar estas medidas, en ninguna parte la Constitución prohíbe que ellas estén sujetas a controles previos o posteriores por los jueces, pues la Carta no ha establecido un monopolio de los fiscales de la instrucción, ni de toda la actividad investigativa. Además, es perfectamente congruente con el espíritu garantista de la Carta que se extremen los rigores frente a medidas que, como los autos de detención o las órdenes de allanamiento, limitan derechos fundamentales, como la libertad o la intimidad, por lo cual es perfectamente legítimo que el Legislador pueda establecer la intervención facultativa u obligatoria de los jueces durante esta fase instructiva, con el fin de controlar al ente acusador y proteger en la mejor forma posible las garantías procesales" (Sentencia C-609 de 1996; M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz).

251 Cabe recordar que sobre el tema, esta Corporación consideró que, de acuerdo con lo prescrito en la Constitución, el régimen disciplinario no atenta contra los principios de la administración de justicia si se respeta el debido proceso: "[¿] quien accede a un cargo dentro de la función pública se somete al régimen de rango superior y legal de los funcionarios o servidores públicos y se obliga por tanto a sus mandatos una vez que hayan prestado juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. De ahí que el artículo 6o. de la Carta Política señala que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y además, "por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones". De lo anterior se desprende la potestad que tiene el legislador para establecer deberes, responsabilidades, regular el régimen de inhabilidades, imponer sanciones y causales para el retiro del servicio por parte de los servidores públicos, ya que como se desprende del mandato constitucional contenido en el artículo 125 de la Carta Política, el retiro de los mismos -entre quienes se encuentran los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional-, se presenta "por violación del régimen disciplinario" y "por las demás causales previstas en la Constitución o en la ley" (Sentencia C-509 de 1994; M.P. Hernando Herrera Vergara).

252 La institución de la dispensa y recusación se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento jurídico bajo el nombre de impedimentos y recusaciones. Sobre este particular, la Corte Constitucional ha indicado lo siguiente: "El propósito de las instituciones procesales de impedimentos y recusaciones consiste en asegurar la imparcialidad del juez, quien debe marginarse del proceso del cual viene conociendo cuando se configura, en su caso específico, alguna de las causas taxativamente señaladas en la ley. Esa imparcialidad se asegura cuando se deja en cabeza de funcionarios distintos -el que siga en turno al que se declara impedido o es recusado, o el del lugar más cercano, según la circunstancia (artículo 105 Código de Procedimiento Penal), o los otros miembros de la sala o corporación en el caso de jueces colegiados- la definición acerca de si deben prosperar el impedimento invocado por el juez o la recusación presentada contra él" (Sentencia C-573 de 1998; M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

253 Por ejemplo, el Artículo 10 de la Carta de las Naciones Unidas, dice: " la Asamblea General podrá discutir cualquier asunto o cuestiones dentro de los límites de esta Carta o que se refieran a los poderes y funciones de cualquiera de los órganos creados por esta Carta, y [...] podrá hacer recomendaciones sobre tales asuntos o cuestiones a los miembros de las Naciones Unidas o al Consejo de Seguridad o a éste y a aquellos." En el mismo sentido se pueden consultar los artículos IV párrafo 2 de la Constitución de la UNESCO, el I párrafo 1 de la Constitución de la FAO, el 18 lit. a) de la Constitución de la OMS.

254 Sobre el particular, ver Schabas, W. Introduction to the International Criminal Court, Op. Cit. p. 96.

255 Ver Schabas, W. Introduction to the International Criminal Court, Op. Cit. p. 97.

256 La razonabilidad como criterio de apreciación por parte de las autoridades no es un asunto extraño a la jurisprudencia constitucional nacional, pues en varias oportunidades se ha insistido en la necesidad de valorar la finalidad de ciertas medidas y decisiones a la luz de los medios empleados para alcanzarla y de los principios constitucionales en juego. Sobre el particular, puede consultarse, entre muchas, la sentencia C-643 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y las allí citadas.

257 Cfr., entre otras, Corte Constitucional Sentencia C-1506 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

258 Ibíd.

259 Debe recordarse que en estos eventos, la Corte Penal Internacional ha establecido una regla de exclusión de pruebas indebidamente obtenidas a la que luego se referirá puntualmente.

260 El párrafo 6 del Preámbulo del Estatuto de Roma señala que "es deber del Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales".

261 Cfr. artículo 55, párrafo 1 d. Sobre el particular las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son pertinentes. Allí el contenido del debido proceso es desarrollado de manera específica identificando las garantías que se le reconocen a todos los seres humanos. Por ejemplo, el artículo 9, numerales 1 y 2, señala que:

"1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

"2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella"

262 Concretamente ha dicho la Corte: "El derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 29 de la Carta Política, comprende una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a reglas mínimas sustantivas y procedimentales, el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades en el ámbito judicial o administrativo, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas, pues es claro que el debido proceso constituye un límite material al posible ejercicio abusivo de las autoridades estatales", sentencia T-416 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta oportunidad la Corte confirma los fallos de instancia que negaron la tutela del derecho al debido proceso pues consideró que no le asistía razón al actor al demandar los autos proferidos por jueces de la República dentro del proceso civil que le negó la petición de nombramiento como curador de un demente. Para la Corte, la actuación de los jueces demandados no constituyó vía de hecho.

263 Corte Constitucional Sentencia T-475 de 1998 M.P. Hernando Herrera Vergara. En este proceso se solicita se declare la nulidad de la resolución de acusación proferida por el Fiscal 233 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de esta ciudad, dentro de un proceso penal adelantado contra el peticionario, por la presunta comisión del delito de estafa. En opinión del actor, dicha decisión se sustentó en una prueba adquirida con violación al debido proceso por falta de competencia del investigador para valorar una prueba civil (asunto donde presuntamente se cometió el hecho ilícito), constituyéndose dicha decisión en una vía de hecho. La Corte, luego de la revisión de los hechos y pruebas del caso decidió negar la tutela, pues no encontró motivo alguno de reproche en la actuación del demandado.

264 Corte Constitucional Sentencia T-073 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En esta oportunidad la Sala Octava de decisión no encontró que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Neiva hubiese incurrido en vía de hecho al declarar la preclusión de la investigación en el proceso por hurto en el que estaba en juego la declaración de una presunta sociedad de hecho conformada entre distintos sujetos (uno de ellos el peticionario en sede de tutela).

265 En adelante, la Sala de Cuestiones preliminares será referida por las siglas S.C.P.

266 Cfr. Schabas, W. Introduction to the International Criminal Court. Op. Cit.. p. 113.

267 *Ibíd.*

268 Sobre el particular, es necesario decir que no existe una norma clara de Derecho Internacional Humanitario que refiera a la obligación del Fiscal de dar a conocer a la defensa todas las pruebas sobre las que se sustenta la acusación que presenta. Sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha estimado que la remisión a la defensa de toda la evidencia que pesa a favor o en contra del sindicado es un elemental requisito de equidad que, por lo tanto, debe ser cumplido por el ente investigador.

269 Cfr., entre otros textos, Broomhall, Bruce. La Corte Penal Internacional, en La Corte Penal Internacional: texto integrado de Estatuto de Roma. Editorial Leyer, Bogotá, 2001.

270 Es necesario señalar que la presencia del acusado en el juicio no sólo se refiere a su asistencia física. El acusado debe estar en condiciones que le permitan entender y atender los procedimientos. Aunque el Estatuto guarda silencio sobre los casos en los que el sindicado no está en condiciones de atender a un juicio, las reglas sobre pruebas y procedimiento han llenado esta laguna señalando que la Sala bien puede suspender el proceso cuando tal circunstancia esté plenamente probada. Cfr. Schabas William. Introduction to the International Criminal Court, Op. cit. p. 121.

271 Este artículo establece disposiciones de protección de las víctimas y los testigos y señala en su párrafo 2 que "Como excepción al principio del carácter público de las audiencias establecido en el artículo 67, las Salas de la Corte podrán, a fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. En particular, se aplicarán estas medidas en el caso de una víctima de agresión sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo, salvo decisión en contrario adoptada por la Corte atendiendo a todas las circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o el testigo".

272 Esta disposición alude al procedimiento en caso de declaración de culpabilidad. La persona a quien se le imputa la comisión de un delito de competencia de la Corte Penal Internacional podrá declararse culpable a partir de la constatación del cumplimiento de una serie de condiciones por parte de la SPI, a saber: que el acusado comprenda la naturaleza y las consecuencias de la declaración de culpabilidad; que esa declaración

haya sido formulada voluntariamente tras suficiente consulta con el abogado defensor; y si la declaración de culpabilidad está corroborada por los hechos de la causa conforme a: i) los cargos presentados por el Fiscal y aceptados por el acusado; ii) Las piezas complementarias de los cargos presentados por el Fiscal y aceptados por el acusado; y iii) Otras pruebas, como declaraciones de testigos, presentadas por el Fiscal o el acusado.

La Sala de Primera Instancia, de constatar que se cumplen las condiciones a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 56, considerará que "la declaración de culpabilidad, junto con las pruebas adicionales presentadas, constituye un reconocimiento de todos los hechos esenciales que configuran el crimen del cual se ha declarado culpable el acusado y podrá condenarlo por ese crimen". Cfr. artículo 65 párrafo 2 ER.

273 Ver. Schabas, W. Introduction to the International Criminal Court. Op. cit. p. 125.

274 Ibid.

275 Pueden consultarse sobre el particular, los casos de la Fiscalía vs. Tadic (Caso No. IT-94-1-T) en el que se resuelve una solicitud de protección para víctimas y testigos presentada por la Fiscalía y, en el mismo sentido, Fiscalía vs. Rutaganda (Caso No. ICTR-96-3-T).

276 Ver. Schabas, W. Introduction to the International Criminal Court, Op. cit. p. 119.

277 Cfr. Corte Constitucional Sentencia SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

278 Cfr. artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.

279 Una exposición panorámica de esta doctrina se puede encontrar en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Cfr. *Lego vs. Twomey*, 404 US 477 (1971).

280 Cfr, el caso de la Fiscalía vs. Delalic et. al. (Caso No. IT-96-21-T).

281 Cfr. William Schabas, Introduction to the International Criminal Court, Op. cit. p. 131.

282 Kress, Claus, Las sanciones penales, ejecución penal y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en: El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Op. Cit. Pág. 340.

283 Esta pena es la máxima permitida en los casos de los Tribunales para la Ex-Yugoslavia y Rwanda. Ha sido impuesta a personas que en sus estados hubieran sido condenados a muerte por los mismos crímenes. Ver, por ejemplo, el caso *Prosecutor v. Serushago* (N. ICTR-98-39-S) sentencia de febrero 2 de 1999, Pág. 17.

284 Esta pena fue permitida en los casos de los Tribunales de Nuremberg y Tokio.

285 Corte Constitucional en las sentencia C-412de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-443de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-275de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-740de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-1149de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-760de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa; C-228 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

286 El anteproyecto de tales reglas elaborado por la Comisión Preparatoria y que será sometido a la consideración de los Estados Partes en la primera Asamblea, enuncia varios criterios de atenuación y agravación, v. gr. Schabas W., Introduction to the International Criminal Court, Op. Cit. Pág. 43).

287 En cuanto a las circunstancias personales del condenado es importante su condición dentro de una jerarquía. Al respecto en un caso se dijo que "la desatención calculada de un deber esencial no puede operar como un factor de mitigación de la responsabilidad criminal". Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. Caso *Prosecutor v. Delalic et al.* (No IT-96-21-T) Providencia de 16 de noviembre de 1998.

288 Schabas, William A., An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, Cambridge UK et al., p. 142.

289 Schabas, W. Introduction to the International Criminal Court, Op. cit., p. 146

290 Ver por ejemplo, el "Acuerdo de Cooperación judicial en materia penal entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Paraguay" hecho en Santafé de Bogotá, DC, el treinta y uno (31) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997) y de la Ley N° 452 de agosto 4 de 1998, declarados constitucionales en la Sentencia c-404de 1999, MP: Alejandro Martínez Caballero; la ley 453 de 1998, "Por medio de la cual se aprueba el Convenio de asistencia judicial mutua en materia penal entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa", suscrito en París el 21 de marzo de 1997, declarados exequibles en la sentencia C-224de 1999, MP: Carlos Gaviria Díaz; la Ley 462 del 4 de agosto de 1998, "Por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre mutua asistencia en materia penal", hecho en Londres, el once (11) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997)", declarados exequibles en la sentencia C-225de 1999, MP: José Gregorio Hernández Galindola Ley 450 del 4 de agosto de 1998, "Por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo sobre asistencia legal y cooperación judicial mutua entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Panamá", hecho en la ciudad de Panamá el diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993)", declarados exequibles por la sentencia C-253de 1999, MP: José Gregorio Hernández;

291 Proyecto de Responsabilidad de los Estados de 1996, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

292 Artículo 61 Confirmación de los cargos antes del juicio. (...) "7. La Sala de Cuestiones Preliminares determinará, sobre la base de la audiencia, si existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió cada crimen que se le imputa. Según cual sea esa determinación, la Sala de Cuestiones Preliminares: (...)c) Levantará la audiencia y pedirá al Fiscal que considere la posibilidad de: (...) ii) Modificar un cargo en razón de que las pruebas presentadas parecen indicar la comisión de un crimen distinto que sea de la competencia de la Corte.

293 Véase los artículos 47 de la Constitución de Eslovenia del 23 de diciembre de 1991 (prohíbe la extradición de nacionales y condiciona la extradición de extranjeros a la existencia de un tratado internacional con el Estado que pide la extradición); 17 de la Constitución de Moldavia del 24 de julio de 1994 (prohíbe la extradición de nacionales y somete la extradición de extranjeros y apátridas a la existencia de un tratado internacional o a una condición de reciprocidad); 13 de la Constitución de Lituania del 25 de noviembre de 1992 (prohíbe la extradición de ciudadanos, salvo que un tratado disponga lo contrario); 36 de la Constitución de Estonia del 28 de junio de 1992 (prohíbe la extradición de nacionales salvo que sea prevista por un tratado internacional); 26 de la Constitución de Italia del 27 de diciembre de 1947 (prohíbe la extradición de nacionales, salvo que un tratado disponga lo contrario); 33 §1 de la Constitución de Portugal del 2 de abril de 1976 (prohíbe la extradición de nacionales). Por este tipo de prohibiciones varios Estados modificaron sus constituciones para permitir este tipo de asistencia con la Corte. Tal fue el caso de Alemania, que adicionó el artículo 16 de su constitución para permitir la extradición de alemanes a Estados miembros de la Unión Europea o para su entrega a un tribunal internacional (Gaceta Legislativa Federal 2000 I 1633), esta reforma se hizo el 29 de Noviembre de 2000 y entró en vigor el 2 de diciembre de 2000.

294 La Ley 600 de 2000 en su artículo 530, sobre causales de libertad, establece lo siguiente: "La persona reclamada será puesta en libertad incondicional por el Fiscal General de la Nación, si dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de su captura no se hubiere formalizado la petición de extradición, o si transcurrido el término de treinta (30) días desde cuando fuere puesta a disposición del Estado requirente, éste no procedió a su traslado. En los casos aquí previstos, la persona podrá ser capturada nuevamente por el mismo motivo, cuando el Estado requirente formalice la petición de extradición u otorgue las condiciones para el traslado." Por su parte, en el artículo 10 del Tratado Multilateral de Extradición, aprobado en la VII Conferencia Internacional Americana aprobada en Montevideo y adoptada como legislación interna por la Ley 75 de 1935, se establece un período máximo de detención de dos meses.

295 Corte Constitucional, sentencia C-394 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

296 Corte Constitucional, sentencias 622 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En esta ocasión la Corte puntualizó respecto a la constitucionalidad de la extradición de nacionales aspectos importantes que también tendrían relevancia en el caso de la extradición, por decisión de la Corte Penal Internacional, de un condenado por parte del Estado de ejecución (por ejemplo Colombia) a otro Estado. Sostuvo la Corte: "(E) artículo 35 de la Constitución Política, tal como quedó redactado a partir del Acto Legislativo número 1 de 1997, señala que la extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y de manera supletoria por la ley. La norma, modificando el alcance restrictivo que se había consagrado en el texto original de la Constitución de 1991, facultó a las autoridades competentes para conceder la extradición de nacionales colombianos por nacimiento, por delitos cometidos en el exterior que sean considerados como tales en la legislación penal colombiana. Las excepciones quedaron señaladas de manera expresa en el precepto constitucional: no procede la extradición por delitos políticos ni tampoco cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación del Acto Legislativo."

297 Corte Constitucional, sentencias C-674 de 1999;

298 Kress, Claus, op. cit. p. 347.

299 A pesar de esta prohibición, no ha sido extraño que los Estados consignent declaraciones al ratificar el Estatuto de Roma en relación con la determinación de la autoridad competente a través de la cual se tramitarán las solicitudes de cooperación que haga la Corte Penal Internacional, la reafirmación de la legalidad del empleo de armas nucleares. Algunos Estados, como por ejemplo, Francia, han incluido declaraciones interpretativas de varias disposiciones del Estatuto, de las cuales se resaltan las siguientes:

"2. Las disposiciones del artículo 8 del Estatuto, en particular el párrafo 2 b, se refiere exclusivamente a las armas convencionales y no regula ni prohíbe el posible uso de armas nucleares ni desconoce otras reglas del derecho internacional aplicable a otras armas necesarias para que Francia ejerza su derecho inherente de legítima defensa, a menos que las armas nucleares u otras armas a las que se refiere el Estatuto lleguen a ser en el futuro objeto de prohibición integral y específica en un anexo al Estatuto, mediante la adopción de una enmienda de conformidad con las provisiones de los artículos 121 y 123";

"3. El gobierno de la República Francesa considera que el término "conflicto armado" empleado en el artículo 8, párrafos 2 (b) y (c), no incluye en ese contexto, la comisión de crímenes ordinarios, incluido el terrorismo, ya sea que ocurran de manera colectiva o aislada";

"4. La situación descrita en el artículo 8, párrafo 2 (b) (xxiii) del Estatuto, no impide que Francia dirija ataques contra objetivos considerados como militares bajo el derecho internacional humanitario. (Traducción no oficial)

300 Dada la naturaleza de los tratados constitutivos de organizaciones internacionales, es difícilmente concebible que las reglas relativas a los órganos de la organización sean distintas para los distintos miembros de la organización, por lo cual no es extraña la prohibición de reservas. La mayoría de los tratados constitutivos de organizaciones internacionales guardan silencio al respecto (tal como la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la OEA, el Estatuto del Consejo de Europa, el Pacto Atlántico constitutivo de la OTAN).

301 Algunos Estados quisieron incorporar una excepción a esta excepción, indicando que en caso de que la enmienda propuesta reflejara la

costumbre internacional, la Asamblea o Conferencia podría decidir que entrara en vigor inmediatamente para todos los Estados; la propuesta no fue aceptada finalmente.

302 El 20 de junio de 2002, 76 Estados habían ratificado el Estatuto de Roma. Los Estados Partes a esa fecha eran los siguientes: Andorra, Antigua y Barbuda, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Belice, Benin, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Brasil, Bulgaria, Camboya, Canadá, República Central Africana, Costa Rica, Croacia, Chipre, República Democrática del Congo, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Estonia, Fidji, Finlandia, Francia, Gabón, Gambia, Alemania, Ghana, Grecia, Honduras, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Jordania, Latvia, Lesotho, Liechtenstein, Luxemburgo, Malí, Islas Marshall, Mauricio, Mongolia, Namibia, Nauru, Países Bajos, Nueva Zelanda, Niger, Nigeria, Noruega, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Rumania, San Marino, Senegal, Sierra Leona, Eslovaquia, Eslovenia, Sudáfrica, España, Suecia, Suiza, Tayikistán, República de Macedonia de la Antigua Yugoslavia, Trinidad y Tobago, Uganda, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia

303 Así lo hizo Francia. El texto de la declaración es el siguiente: "Declaración relativa al artículo 124: "En relación con el artículo 124 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la República Francesa declara que no acepta la jurisdicción de la Corte en relación con la categoría de crímenes descrita en el artículo 8, cuando se alegue que ha sido cometida por sus nacionales o en su territorio". (Traducción no oficial).

304 Una inquietud similar ya había sido planteada por varios estados cuando la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas solicitó comentarios sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1991, que llevó al Proyecto de Código adoptado en 1996.

305 Ver entre otros, Sunga, Lyal S. La jurisdicción "ratione materiae" de la Corte Penal Internacional. En Ambos, Kai y Guerrero, Oscar Julián, comp. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Universidad Externado de Colombia, 1999, páginas 236-237 y 266

306 Los documentos de la Corte Penal Internacional pueden consultarse en <http://www.un.org/law/icc>

307 De conformidad con el párrafo 2 de la resolución F de la Conferencia, la Comisión Preparatoria está integrada por representantes de Estados que firmaron el Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional y de otros Estados que fueron invitados a participar en la Conferencia.

308 De acuerdo con el párrafo 6 de la resolución 53/105 y el párrafo 5 de la resolución 54/105 de la Asamblea General, el Secretario General invitó a representantes de organizaciones a participar en la Comisión Preparatoria en calidad de observadores en sus períodos de sesiones y en sus trabajos. También invitó a representantes de organizaciones intergubernamentales regionales interesadas y a otros órganos internacionales interesados, incluidos los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda.

309 Entre otros, Colombia presentó más de 50 documentos con comentarios y propuestas para las Reglas de Procedimiento y Prueba y para la definición de los Elementos del Crimen: PCP/1999/WGRPE/DP.2, PCP/1999/WGRPE/DP.4, PCP/1999/WGRPE/DP.8, PCP/1999/WGRPE/DP.9, PCP/1999/WGRPE/DP.14, PCP/1999/WGRPE/DP.15, PCP/1999/WGRPE/DP.16, PCP/1999/WGRPE/DP.24, PCP/1999/WGRPE/DP.28, PCP/1999/WGRPE/DP.30, PCP/1999/WGRPE/DP.33, PCP/1999/WGRPE/DP.36, PCP/1999/WGRPE/DP.37, PCP/1999/WGRPE/DP.38, PCP/1999/WGRPE/DP.39, PCP/1999/WGRPE/DP.40, PCP/1999/WGRPE/DP.41, PCP/1999/WGRPE/DP.42, PCP/2000/WGRPE(2)/DP.1, PCP/2000/WGRPE(2)/DP.2, PCP/2000/WGRPE(2)/DP.3, PCP/1999/WGRPE(4)/DP.5, PCP/2000/WGRPE(4)/DP.1, PCP/2000/WGRPE(4)/INF/1, PCP/2000/WGRPE(5)/DP.1, PCP/2000/WGRPE(6)/DP.1, PCP/2000/WGRPE(6)/INF/1, PCP/2000/WGRPE(7)/DP.1, PCP/2000/WGRPE(8)/DP.1, PCP/2000/WGRPE(9)/DP.1, PCP/1999/WGRPE(10)/DP.4, PCP/2000/WGRPE(10)/INF/1, PCP/1999/WGEC/DP.2, PCP/1999/WGEC/DP.3, PCP/1999/WGEC/DP.15, PCP/1999/WGEC/DP.16, PCP/1999/WGEC/DP.23, PCP/1999/WGEC/DP.26, PCP/1999/WGEC/DP.28, PCP/1999/WGEC/DP.29, PCP/1999/WGEC/DP.30, PCP/1999/WGEC/DP.31, PCP/1999/WGEC/DP.32, PCP/1999/WGEC/DP.33, PCP/1999/WGEC/DP.34, PCP/1999/WGEC/DP.40, PCP/1999/WGEC/DP.41, PCP/1999/WGEC/DP.43, PCP/1999/WGEC/DP.44, PCP/2000/WGEC/DP.1, PCP/2000/WGEC/DP.2, PCP/2000/WGEC/DP.3, PCP/2000/WGEC/DP.4

310 Por ejemplo, ver el artículo 15 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional Ad Hoc para la ex Yugoslavia, el artículo 14 del Estatuto del Tribunal correspondiente para Ruanda y el artículo 13 de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

311 La regla general sobre la enmienda de los tratados está expuesta en el artículo 39 de la Convención de Viena de 1969, sobre derecho de los tratados entre Estados: " Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes. Se aplicarán a tal acuerdo las normas enunciadas en la Parte II, salvo en la medida en que el tratado disponga otra cosa." La enmienda supone, por general, que todas las partes del tratado inicial suscriban el tratado que lo enmienda. En el Estatuto, los artículos 121 y 123 regulan los procedimientos para introducir modificaciones al Estatuto de Roma.

312 Las declaraciones interpretativas pueden ser consultadas en la siguiente página Web: <http://www.un.org/law/icc>

Fecha y hora de creación: 2026-04-19 16:27:37