REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CAMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

ISSN 0123 - 9066

AÑO XI - Nº 137 Bogotá, D. C., martes 30 de abril de 2002 EDICION DE 24 PAGINAS

DIRECTORES: LUIS FRANCISCO BOADA GOMEZ
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO (E.)
ANGELINO LIZCANO RIVERA
SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

SENADO DE LA REPUBLICA

PONENCIAS

PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE EN SEGUNDA VUELTA AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NUMERO 05 DE 2001 SENADO

por la cual se deroga el artículo 76 de la Constitución Política, se modifica el artículo 77 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

Honorable Senador

JOSE RENAN TRUJILLO

Presidente Comisión Primera

Senado de la República

Ciudad

Dando cumplimiento a su honroso encargo, nos permitimos presentar informe de ponencia para segundo debate en segunda vuelta del **Proyecto de Acto legislativo número 05 de 2001 Senado, 153 de 2001 Cámara,** *por el cual se deroga el artículo 76 de la Constitución Política, se modifica el artículo 77 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones,* en los siguientes términos:

1. **El alcance del proyecto**

El proyecto de acto legislativo que se estudia tiene como objetivo principal desconstitucionalizar el tema del organismo autónomo encargado de la intervención estatal en el espectro electromagnético empleado por los servicios de la televisión (CNTV) y de la dirección de la política en esta materia. Así, se podría definir posteriormente en la ley un nuevo esquema que permita la desconcentración y el cumplimiento adecuado de las funciones de gestión estatal en el campo de la televisión, mayor racionalidad en el manejo y asignación de recursos públicos destinados al sector, que evite la duplicidad entre entidades del Estado, y como resultado de todo ello que asegure más eficiencia y mejores resultados.

El proyecto original que dio pie a esta iniciativa fue presentado por los honorables Senadores Juan Fernando Cristo, Carlos García Orjuela, Samuel Moreno, Mauricio Jaramillo, Alfonso Lizarazo, José Renán Trujillo, José Matías Ortiz, entre otros. En él se proponía únicamente la derogación de los artículos 76 y 77 de la Constitución Política.

En Comisión Primera del Senado, se incluyeron en la primera vuelta algunas modificaciones. Posteriormente el proyecto fue aprobado en esta plenaria, y en la Cámara de Representantes sin nuevas modificaciones. Al comenzar la segunda vuelta, la Comisión ratificó la iniciativa sin modificaciones frente al texto aprobado en primera vuelta.

Los aspectos que cambiarían con la aprobación del presente acto legislativo son los siguientes:

• Los artículos que se van a modificar

Los actuales artículos 76 y 77 cuya derogatoria y modificación –respectivamente– propone el proyecto, son los que definen un órgano autónomo para la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado por los servicios de televisión, encargado de desarrollar y ejecutar planes y programas del Estado en esta materia, formular regulaciones y dirigir la política del sector. También establece el actual artículo 77 que la política del Estado en materia de televisión será determinada por la ley, lo que significa que esta es una facultad del Congreso. Y por último, incluye un parágrafo que consagra algunas garantías para los trabajadores de Inravisión. Adicionalmente, a partir de la definición contemplada en estos artículos, la ley asignó a la televisión la naturaleza de servicio público.

• Los efectos del proyecto

a) El proyecto de acto legislativo tiene como efecto fundamental la desconstitucionalización del organismo autónomo antes mencionado. Por eso, deroga el artículo 76 que lo define y modifica el artículo 77 para eliminar la parte en la que se establece la integración de la Junta Directiva del ente y otras funciones adicionales;

b) Esto no significa que deje de tener jerarquía constitucional la intervención del Estado en el espectro electromagnético empleado por la televisión, o en el servicio de televisión, ya que el artículo 75 de la Carta Política –que no es modificado en este proyecto– establece, en general, que "*El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético*".

Este artículo 75 define garantías fundamentales que seguirán rigiendo para la televisión, al igual que se aplican para los demás servicios de telecomunicaciones que emplean el espectro electromagnético y que hoy el Estado gestiona y controla por medio de otras instituciones. En cambio, al desaparecer la fragmentación en la intervención del espectro que ha sido creada hoy por el artículo 76 de la Constitución, existiría la posibilidad de que en un futuro esquema de intervención y gestión estatal de la televisión, algunas funciones que pueden ser desarrolladas en forma conjunta para todas las telecomunicaciones estén a cargo de organismos especializados en cada campo, sin necesidad de duplicar funciones. También, por su naturaleza de servicio público, el Estado puede regular su desempeño y controlar su calidad;

c) La propuesta, aunque desconstitucionaliza a la CNTV, mantiene en el artículo 77 la potestad del Congreso de expedir la política en materia de televisión. De este modo se genera una garantía adicional para evitar que esta política pueda quedar al arbitrio del Gobierno de turno, y para que sea en cambio el resultado de la discusión democrática al interior del cuerpo legislativo;

d) El texto aprobado también mantiene la concepción de la televisión como servicio público, y como tal lo menciona en el artículo transitorio en el que se define el régimen de transición;

e) Respecto del parágrafo del artículo 77 actual debe anotarse que por tratarse de derechos laborales garantizados en diversas disposiciones constitucionales –artículos 25, 39, 53, 54, 55, 56 de la Constitución Política– y legales no requiere de una preservación particular en el texto de la Constitución.

2. **La importancia y urgencia de la reforma**

Es importante insistir en las razones que ya hemos expuesto en el pasado y que, a nuestro juicio, resultan suficientes para aprobar la desconstitucionalización del ente autónomo y abrir las puertas a una reforma de la organización institucional, del Estado encargada de funciones en el campo de la televisión.

• La inconveniente concentración de funciones

A partir de la definición constitucional, la organización y funciones de la Comisión Nacional de Televisión fueron desarrolladas en las Leyes 182 de 1995 y 335 de 1996. En ellas, se concibió una institución con gran concentración de funciones, como son: La gestión y control del espectro electromagnético utilizado por la televisión; dirección y ejecución de políticas; regulación de la televisión; formulación de planes y programas; clasificación de las modalidades del servicio; asignación de frecuencias; reglamentación del otorgamiento de concesiones; fijación de derechos, tasas y tarifas; inspección, vigilancia y control del servicio; imposición de sanciones; protección al usuario; promoción y realización de estudios sobre televisión; además de la dirección y ejecución de las funciones del mismo organismo.

En la práctica se ha encontrado que, por ocuparse prioritariamente en algunas funciones, se descuidaron otras esenciales para el desarrollo de la televisión, y que en algunos casos, la concentración funcional ha llevado a que la Comisión resulte ser juez y parte en la gestión estatal al ser simultáneamente ente regulador y administrador. En el documento "Hacia un nuevo modelo de la televisión colombiana" realizado por el Ministerio de Comunicaciones y que es utilizado como insumo de estudio por la Comisión Nacional de Televisión para la elaboración del plan de desarrollo del sector, se encuentran conclusiones como las siguientes:

"*En general, han sido prolíficos los actos regulatorios de la Comisión, desde su creación, básicamente encaminados a reglamentar y establecer condiciones de prestación de los servicios, limitaciones y restricciones en los contenidos, pero no son muchas las políticas de desarrollo del servicio hacia el futuro –en aspectos tales como las normas para un entorno competitivo, la garantía del pluralismo y la diversidad en cualquier escenario de operación del servicio, el régimen tarifario, la financiación de la, televisión como industria y la introducción de nuevas tecnologías–. También se presentan dificultades en la capacidad de respuesta del ente regulador para ejercer la función de control y vigilancia que le corresponde lo que ha facilitado la desarticulación del sector y la proliferación de fenómenos que afectan el entorno competitivo de los operadores legales del servicio*".

Anota también el documento que "*en todo caso, la Autoridad (CNTV) no debería ser, en las entidades del sector, juez y parte en la gestión, como por ejemplo en los procesos de asignación de programación, en la administración de los recursos, en la designación de funcionarios y demás, que le resten capacidad e independencia a las funciones de regulación y de vigilancia y control*".

La excesiva concentración de funciones, fue entonces la primera decisión desacertada.

Por otro lado, no puede dejar de mencionarse la crisis del sector de la televisión, que entre sus múltiples causas económicas y jurídicas incluye necesariamente aspectos relacionados con la gestión de la CNTV. Existen diagnósticos que mencionan como uno de los factores de la crisis la falta de formulación de un plan articulado y de largo plazo, de crecimiento, promoción, fomento y desarrollo del sector. Plan que correspondía expedir a la CNTV como punto de partida para su gestión en relación con este servicio público y que sólo en el último año ha comenzado a preparar.

Es claro también que no se ha podido impulsar el desarrollo de un modelo de televisión en el que existan opciones para el usuario que incluyan una televisión de operación pública altamente competitiva y apetecida por la teleaudiencia nacional. Según datos de IBOPE-Colombia, si se observa detalladamente la distribución de consumo entre los canales de cubrimiento nacional se encuentra la pérdida progresiva de audiencia de los canales Uno, A y Señal Colombia, frente al incremento significativo de la audiencia de los canales de operación privada y los canales de televisión internacional. Esta circunstancia de la audiencia merece un examen detenido para determinar, entre otros análisis que deben realizarse, qué tanto la reglamentación pudo haber influido en la capacidad de respuesta de los canales Uno y A hacia un manejo más flexible de la programación.

Frente al desarrollo de la televisión privada, la mayoría de concesionarios ha reportado pérdidas continuas y muchas de las programadoras de los Canales Uno y A y contratistas de los canales regionales tuvieron que renunciar a los espacios. También mencionan los diagnósticos como una de las causas de la crisis de la TV, la fijación de tasas, tarifas y derechos por parte de la Comisión de Televisión sin consultar la realidad sobre el comportamiento del mercado de oferta y demanda publicitaria y la excesiva regulación y obligaciones impuestas a los particulares en la prestación de los servicios que impiden la flexibilización de los costos de producción y emisión".

Se perciben en todas estas manifestaciones, que el modelo actual de la televisión no será sostenible por mucho más tiempo y parte de su replanteamiento incluye la reformulación de las instituciones de gestión estatal en relación con el sector.

De hecho, la separación de competencias en materia de telecomunicaciones también ha generado problemas de gestión a la propia CNTV. Dos miembros de junta directiva –doctores Niño y Plazas– anotaban en un escrito presentado en sesión el 25 de septiembre de 2001 a la Junta de la CNTV que la presencia del Gobierno Nacional "*en la solución de las actuales dificultades ha sido hasta ahora ninguna, incluso para cumplir sus propias responsabilidades frente a Inravisión y Audiovisuales o para controlar con la Superintendencia de Industria y Comercio las prácticas monopolísticas en el mercado de la pauta publicitaria, de empresas no vigiladas por la Comisión, y mucho menos para tomar iniciativas de estímulos e incentivos o de líneas de crédito o subsidios a través de sus entidades*". Estos reparos hacen evidente que mientras persista la separación de funciones en materia de gestión y control de los servicios de telecomunicaciones

(unos en cabeza del Gobierno y la televisión en cabeza de la CNTV), no habrá claridad en las responsabilidades y no se podrán diseñar acciones que permitan utilizar de la mejor manera los recursos y la capacidad operativa del Estado.

Aunque la crisis de la televisión tiene diversas y complejas causas, entre ellas erradas proyecciones en materia económica, no puede negarse que la Comisión de Televisión ha debido tener en cuenta de mejor manera el contexto en el que se mueve la industria audiovisual. En su lugar, pareciera más bien que se han desaprovechado recursos importantes en la expansión ineficiente de un órgano en el que, además, existen altísimos costos de funcionamiento, como veremos a continuación.

• Los costos de funcionamiento y las fallas administrativas

Las cifras indican que los reparos en relación con los costos de funcionamiento de la CNTV son más que válidos. Veamos el siguiente cuadro basado en la ejecución presupuestal de la CNTV en el período 1996-2000, y en la apropiación definitiva definida en el presupuesto de 2001 y la apropiación ajustada para la vigencia 2002, en millones de pesos[1].

RUBRO	1996	1997	1998	1999
Total presupuesto de gasto	29.496	49.095	131.631	163.631
Gastos de personal	3.295	5.848	7.615	10.430
Gastos generales	2.053	2.742	2.509	2.959
Total gastos de funcionamiento	**5.348**	**8.590**	**10.124**	**13.389**
Gastos de funcionamiento como porcentaje del gasto total	18.1%	17.5%	7.7%	8.1%

RUBRO	2000	2001	2002
Total presupuesto de gasto	97.748	103.183	115.166
Gastos de personal	11.531	13.274	14.822
Gastos generales	2.738	3.452	3.354
Total gastos de funcionamiento propio	**14.269**	**16.726**	**18.176**
Gastos de funcionamiento como porcentaje del gasto total	14.6%	16.2%	15.8%
Sentencias y conciliaciones		12.224	12.210

Es evidente el elevado gasto de funcionamiento de la entidad representado en los gastos de personal y los gastos generales. Para el año 2002 el costo del funcionamiento propio de la Comisión pasa de 18 mil millones de pesos. Los gastos de personal del ente presentan un crecimiento continuo y se observa que entre 2000 y 2001 éstos crecen un 15.1%, y entre 2001 y 2002 un 11.7%, cifras que resultan elevadas en un período en que el Estado persigue la racionalización del gasto público en todas las entidades. En general, en los últimos dos años, los gastos de funcionamiento de la CNTV resultan ser un porcentaje de alrededor del 16% del total de recursos ejecutados por el Estado en su labor de desarrollo y gestión del servicio público de televisión.

A estos valores, se debe sumar en los últimos dos años (2001, 2002) el rubro del presupuesto correspondiente a "*sentencias y conciliaciones*" que ni son transferencias al sector público de la televisión o a Inravisión, ni son gastos de inversión. Son precisamente el pago de sentencias o conciliaciones que han exigido la destinación de muy elevadas cifras del presupuesto de la Comisión (más de 12 mil millones de pesos cada año). Dada su naturaleza, en el informe de gestión rendido a la Comisión Legal de Cuentas de la Cámara de Representantes el 22 de marzo de 2002, la misma Comisión de Televisión incluye este rubro entre los gastos de funcionamiento. Así las cosas, en 2001 se destinaron en total $29.000 millones (incluidas otras transferencias menores), el 28.2% del presupuesto, para el funcionamiento propio y el pago de un laudo arbitral. Esta elevada cifra significó un traslado presupuestal que castigó notablemente a la inversión prevista para el 2001.

Es claro que no se justifica la existencia de un ente que esté destinando tales sumas a su funcionamiento y al pago de conciliaciones, cuando las rentas que recibe deberían destinarse prioritariamente al apoyo y desarrollo de la televisión pública, esto es, a todas las entidades y mecanismos que el Estado ha dispuesto para el cumplimiento de los fines sociales del servicio público de televisión y que se encuentran en crisis.

Vale la pena anotar que una publicación de la Contraloría[2] indicaba ya en 1999 que los gastos de funcionamiento de la Comisión de Televisión (13.400 millones para 1999) constituían el valor más alto de los organismos de regulación y política del sector de las telecomunicaciones en Colombia, superando en un 74% el presupuesto de funcionamiento de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (9.661 millones para ese año), así como el costo de funcionamiento del ministerio de Comunicaciones (4.889 millones) y el del Fondo de Comunicaciones (4.456 millones).

Los diagnósticos sobre el sector de la televisión mencionados en otros apartes de esta ponencia indican que uno de los factores de la crisis de la TV radica en la ineficiencia, duplicidad de funciones y altos costos asociados a la organización institucional del Estado en el servicio de televisión (en la que se incluye a la Comisión, entre otras entidades). Cuestionan esos análisis que la Junta Directiva ejerza funciones administrativas y que se emplee la política de otorgamiento de concesiones para nuevos servicios como medio de obtención de recursos y de financiamiento de las cargas del Estado y de los costos de sus entidades[3].

Al aprobar la reforma aquí propuesta, y acabar con un ente tan costoso como la Comisión de Televisión, se estaría dando un paso más hacia la racionalización de los costos asociados al uso de frecuencias de televisión. Al respecto, el estudio "Análisis y propuestas frente al modelo de la televisión colombiana" (documento del grupo de trabajo del Ministerio de Comunicaciones suministrado por la CNTV) afirma que:

"En cuanto a la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro, considera el grupo que debe mantenerse el mecanismo de asignación mediante licitación pública. Sin embargo, es necesario racionalizar y someter a criterios preestablecidos y objetivos, los requisitos para el acceso y los costos derivados de la asignación y uso de las frecuencias por cuanto los desarrollos tecnológicos imponen y permiten el uso eficiente de las frecuencias y potencializan un recurso convencionalmente considerado como escaso. La racionalización de los costos asociados al uso de frecuencias dependen, en gran medida, de la necesidad de sostener una inmensa carga institucional asociada al servicio de televisión de interés público y al funcionamiento de la CNTV...".

El Congreso al expedir la ley de distribución de competencias podría reducir los costos de funcionamiento de la gestión estatal en el campo de la televisión y aprovechar en muchos casos a entidades especializadas que ya existen y que cumplen funciones de gestión, de vigilancia y control y de regulación técnica en el campo de otras telecomunicaciones, para que integren a la televisión dentro del alcance de sus funciones. Esa, por supuesto, es una decisión que tomará el Legislador en su momento.

• La CNTV nunca logró real autonomía política

La Asamblea Nacional Constituyente promovió la creación de un organismo estatal autónomo que evitara la excesiva intervención de los Gobiernos, en términos políticos, en las políticas del sector de la televisión.

[1] Los datos de los años 1996 y 1997 fueron tomados del estudio –Modelos para la definición de tarifas de los concesionarios de los canales públicos (Uno y A)–, Comisión Nacional de Televisión, Instituto Ser de Investigación, junio de 2000. Los datos de 1998 a 2002 fueron suministrados por la Comisión de Televisión.

[2] Revista Gestión Fiscal, CNTV: Misión Desfasada, octubre de 2000.

[3] Rodríguez Uribe Sonia, El servicio de televisión: Análisis desde una perspectiva económica.

Sin embargo, la definición constitucional y los desarrollos legales que especificaron las formas de elección de los miembros han producido como resultado que la mayoría de veces el Gobierno haya podido conseguir el control de la Junta: De ocho directores de junta que ha tenido la Comisión Nacional de Televisión seis han sido miembros designados por el Gobierno.

Al mismo tiempo, en esta autonomía mal diseñada de la Constitución, los miembros de la Junta Directiva no han sido sometidos a un sistema de control político real y efectivo, de modo similar al definido para los ministros del Gobierno por ejemplo, por la acción u omisión en el cumplimiento de sus funciones que correspondería haber ejercido al Congreso de la República. Lo que existe hoy se limita a la presentación del informe de gestión ante la Comisión Legal de Cuentas.

Finalmente, la Junta definida tampoco tuvo una exigencia técnica establecida por la Constitución o la ley, cuando por la naturaleza de sus funciones, ha debido determinarse una serie de requisitos que garantizaran idoneidad y conocimientos del servicio de televisión, o en su defecto haber tenido suficiente experiencia en la administración pública en cargos de alta responsabilidad.

No fue entonces la Comisión creada, la forma de garantizar profesionalismo, imparcialidad y responsabilidad política en el manejo del medio televisivo.

• El espectro electromagnético empleado por la televisión ya no es asunto aislado

La nueva tecnología está llevando a paso acelerado a la unión de la televisión, las telecomunicaciones, y los servicios de publicidad e información en una sola industria de la información audiovisual. Gracias a la convergencia digital, cada vez es más posible que a través de diferentes redes existentes (fibra óptica, móvil, cobre, satelital, etc.) se presenten múltiples servicios integrados (televisión, transmisión de voz, datos y vídeo, Internet, comercio eléctrico, etc.).

Esta visión es a veces difícil de aceptar por diversos sectores. En Colombia, la industria de la televisión generalmente se había referido a la producción de material audiovisual, su programación, emisión, transmisión, comercialización y la fabricación de la tecnología requerida en cada una de esas etapas. Por eso es entendible que en 1991, cuando muchos de los avances actuales no existían, se pensara que el espectro empleado por la televisión se podía manejar en forma aislada como se definió para la Comisión Nacional de Televisión. Sin embargo, en el contexto actual es difícil e ineficiente seguir separando el manejo del espectro empleado por la televisión del manejo de otras formas de telecomunicación. En un informe especial sobre "El Estado de las telecomunicaciones en Colombia", publicado en la revista de la Contraloría General de la República en su edición de febrero de 2002, los autores anotaban que "El arreglo institucional y comercial del sector desconoce los beneficios que se derivan de la convergencia digital debido, de una parte, a la separación existente entre la televisión y los demás servicios de telecomunicaciones y, de otra, a que se regula por servicios y no por redes. La televisión es un servicio que tiene carácter especial dentro del arreglo institucional, ya que la Constitución Política, en sus artículos... así lo estableció. Esta situación lleva a que la televisión este excluida del arreglo institucional atinente a los demás servicios de telecomunicaciones, con lo cual se introducen rigideces al mercado".

Si continúa esta situación de división en el manejo del espectro, el avance del sector de la televisión finalmente va a verse perjudicado por la diversidad de regulaciones, autorizaciones y entidades existentes frente a las diversas formas tecnológicas de telecomunicación, que resultan totalmente ineficientes en un mundo en el que las facilidades de conectar redes son evidentes y probablemente menos costosas.

Al respecto también anota Mónica Trujillo Tamayo en el documento "intervención estatal, libertad de expresión y, de información vs. responsabilidad social" que: "*Frente a las competencias de la CNTV y las regulaciones en otros países del mundo, se generan inconsistencias tales como: La dificultad de administración parcial del espectro; la doble representación del Estado en los escenarios internacionales en los que se defienden y adoptan políticas de gestión y administración del espectro y la imposibilidad cada día mayor de hacer diferenciables los servicios en virtud del espectro asignados por la convergencia tecnológica de las redes*".

4. **Conclusión**

La televisión juega un papel central en la sociedad contemporánea. El esquema de dirección, gestión y control del espectro usado por la televisión ha fracasado en el país, y se están poniendo en riesgo las posibilidades de avance de un servicio público trascendental, que involucra garantías y libertades tanto de televidentes como de operadores y concesionarios, y que es determinante en el desarrollo de las sociedades modernas.

No es conveniente que la intervención estatal en un campo como el de la televisión, en permanente evolución, quede sometida a rigideces normativas. Por eso, consideramos que debe ser el Congreso mediante una ley, el que decida cuál es el mejor modelo institucional para la televisión colombiana.

Por todas las anteriores consideraciones proponemos a los honorables Senadores dar segundo debate en segunda vuelta al proyecto de acto legislativo de acuerdo con el texto aprobado en la Comisión Primera, que recoge exactamente el texto aprobado durante la primera vuelta del proyecto, sin nuevas modificaciones.

5. **Proposición**

Dése segundo debate en segunda vuelta al Proyecto de Acto legislativo número 05 de 2001 Senado, 153 de 2001 Cámara, *por el cual se deroga el artículo 76 de la Constitución Política, se modifica el artículo 77 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.*

De los honorables Senadores,

Claudia Blum de Barberi, Miguel Pinedo Vidal, Senadores de la República.

Se autoriza la publicación del anterior informe.

El Secretario Comisión Primera Senado,

Eduardo López Villa.

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NUMERO 05 DE 2001 SENADO, 153 DE 2001 CAMARA

por el cual se deroga el artículo 76 de la Constitución Política, se modifica el artículo 77 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Derógase el artículo 76 de la Constitución Política de Colombia.

Artículo 2°. El artículo 77 de la Constitución Política, quedará así:

"*Artículo 77.* El Congreso de la República, a iniciativa del Gobierno, expedirá la ley que fijará la política en materia de televisión".

Artículo 3°. La Constitución Política tendrá un artículo transitorio del siguiente tenor:

"*Artículo transitorio.* Dentro del año siguiente a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, el Congreso, a iniciativa del Gobierno, expedirá las normas mediante las cuales se defina la distribución de competencias entre las entidades del Estado que tendrán a su cargo la formulación de planes, la regulación, la dirección, la gestión y el control de los servicios de televisión. Mientras se dicten las leyes correspondientes, la Comisión Nacional de Televisión continuará ejerciendo las funciones que le han sido atribuidas por la legislación vigente".

Artículo 4°. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.

Claudia Blum de Barberi, Miguel Pinedo Vidal, Senadores de la República.

* * *

PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE DEL PROYECTO DE LEY NUMERO 221 DE 2002 SENADO, 232 DE 2002 CAMARA

por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el 17 de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Señor Presidente

Honorables Senadores

Para mí es un privilegio rendir ponencia para segundo debate del Proyecto de ley número 221 de 2002 Senado y 232 de 2002 Cámara, *por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,* hecho en Roma, el 17 de diciembre de 1998. El cual fue aprobado, por unanimidad, para primer debate, en Comisión conjunta de Senado y Cámara. Considero que la ponencia para primer debate expresa todo lo relativo a este tema, por lo tanto me permito presentarla para su consideración.

Introducción

De manera introductoria tenemos que preguntarnos: ¿Quién gana con la creación de la Corte Penal Internacional (CPI)? Sin duda alguna los seres humanos. Los delitos que investigará y juzgará la CPI son aquellos que representan la más grave afrenta a la vida y a la dignidad de la persona humana. La magnitud del daño y del agravio que apareja uno de estos delitos, no puede circunscribirse únicamente a la órbita de un individuo de una colectividad, sino que se extiende y trasciende a la humanidad misma; son delitos que afectan la paz y la seguridad de la humanidad; son delitos ante los cuales se conmueve la conciencia universal porque atacan los valores de la civilización. Esto quiere decir que estos delitos contra los derechos humanos no le conciernen únicamente a un Estado, sino a toda la humanidad.

Buena parte del cuadro de las afectaciones más graves que está sufriendo el pueblo colombiano, corresponden a la competencia de la CPI. Hay que reiterar que la honda del daño no se limita únicamente al individuo o a la población, sino que involucra a toda la humanidad. Por eso, la CPI no es la respuesta de un Estado, sino de los pueblos del mundo, y concretamente, de los seres humanos. La CPI es la respuesta al clamor de las personas de una garantía a los derechos humanos. La CPI es un seguro contra la impunidad. La idea básica es que, en primer término, sea el Estado el que reaccione. Debe ser la justicia interna la que investigue, juzgue y condene estos abominables crímenes. Al fin y al cabo, es al Estado al que le corresponde hoy proteger los derechos humanos de la población que habita en su territorio. Un atributo del Estado es la soberanía; pero la soberanía significa un uso del poder para la protección de los derechos humanos. En esto los Estados deben ser fuertes y no pueden ni deben fallar. Pero, infortunadamente, pueden fallar; es posible que se presente connivencia en los altos mandos del Estado, o es posible que se presente debilidad o negligencia (como ocurrió en la antigua Yugoslavia) o que el sistema colapse (como ocurrió en Ruanda). La pregunta que surge, cuando estos extremos ocurren, es: ¿Las personas afectadas, las víctimas, deben quedar expósitas y desamparadas por ese colapso?

De ninguna manera! Por eso la Corte reacciona en un segundo momento, cuando el Estado nacional no lo puede hacer, debiéndolo hacer. Al fin y al cabo, la CPI responde a ese clamor antiguo de la humanidad, a esa humillación que esta ha sentido tantas veces de ver como los autores de los peores y más horrendos crímenes contra los seres humanos y los pueblos, pueden jubilarse y ser objeto del más infame de los trofeos: la impunidad.

Con la aprobación de este proyecto de ley mediante el cual se pretende aprobar el Estatuto de Roma, el Congreso le está ofreciendo a este pueblo atormentado, atribulado y víctima de la violencia, ese seguro contra la impunidad. Con la CPI, las personas encuentran una garantía adicional a sus derechos. Al fin y al cabo ¿De qué vale el derecho a la vida si diariamente se cometen homicidios y masacres, sin que el Estado tenga la capacidad de prevenirlos y de reaccionar investigando, sancionando a los autores y enviando ese mensaje a los futuros homicidas de que esto tiene un precio y una sanción?

Sin duda alguna, la impunidad es el cáncer de los derechos humanos. Nuestra Constitución Política es prolífica en derechos humanos; pero ¿De qué sirven estos derechos sin garantías? ¿Sin mecanismos para hacerlos efectivos? ¿De qué vale que sigamos hablando en Colombia del Derecho Internacional Humanitario (DIH), si este no tiene poder alguno que lo haga exigible en las situaciones en las cuales se requiere que las partes asuman ese comportamiento?

Con la aprobación de este trascendental tratado, el Congreso le está brindando a los colombianos la posibilidad de poder gozar de esta garantía que hoy le está ofreciendo el mundo. Resultaría verdaderamente paradójico que los órganos del poder en Colombia le nieguen la posibilidad a los seres humanos que vivimos en este bello país de gozar de esa garantía.

Historia reciente de la jurisdicción penal internacional

El proceso de creación de la jurisdicción penal internacional ha sido un camino largo y complejo, particularmente por los problemas que se presentan en el contexto de la soberanía de los Estados y la concreción del principio de responsabilidad penal internacional de 'los individuos. En alguna medida esta razón explica que la jurisdicción penal internacional haya tenido sus realizaciones más concretas en tribunales de orden *ad hoc,* los cuales se han caracterizado no solo por los acontecimientos particulares que les dieron origen, sino también por las dificultades de responder a un tratamiento adecuado en el contexto de sus justicias nacionales al principio de responsabilidad penal internacional.

Frente a esto el Profesor M. Cherif Bassiouni expresa que: "Desde la Segunda Guerra Mundial, las demandas de justicia han impulsado la creación de cinco comisiones internacionales de investigación y de cuatro internacionales *ad hoc.* Estas instituciones se han beneficiado del apoyo de gobiernos movidos por consideraciones humanísticas y también por parte de los que reconocen la importancia de los mecanismos de responsabilidad penal internacional, en cuanto a medios para mantener el orden mundial y restaurar la paz. Estos desarrollos son reflejo de la emergencia de la responsabilidad y de la justicia como valores internacionalmente reconocidos o como líneas políticas necesarias para el mantenimiento del orden mundial y para la restauración y el mantenimiento de la paz. Con todo, la persecución de la justicia penal internacional sobre bases *ad hoc* no es nada satisfactoria. Así, mientras que tras la Segunda Guerra Mundial, para el conflicto armado en la Antigua Yugoslavia y el genocidio de Ruanda han surgido tribunales, no se ha hecho lo mismo respecto de las atrocidades cometidas en Sierra Leona o en Camboya (*los ponentes le añadiríamos el caso colombiano*). Para eludir las trampas de una justicia *ad hoc,* la justicia penal internacional necesita normas claramente establecidas que se apliquen de manera coherente por un tribunal penal internacional permanente".

Para muchos, los tribunales *ad hoc* son establecidos sobre la base de decisiones políticas y no de estricto derecho, que no responden al objetivo del tribunal competente o imparcial del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Las cinco comisiones internacionales de investigación son:

1. La Comisión de 1919 sobre las Responsabilidades de los Autores de Guerra y de la Aplicación de Penas.

2. La Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas.

3. La Comisión de 1946 para el Lejano Este.

4. La Comisión de Expertos de 1992 creada en Aplicación de la Resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad para Investigar Crímenes de Guerra y otras Violaciones del Derecho Internacional Humanitario en la Antigua Yugoslavia.

5. La Comisión Independiente de Expertos, creada en Aplicación de la Resolución 935 (1994) del Consejo de Seguridad para Investigar Graves Violaciones del Derecho Internacional Humanitario en el Territorio de Ruanda.

Los cuatro tribunales *ad hoc* son:

1. El Tribunal Militar Internacional para Perseguir a los Grandes Criminales de Guerra de la Escena Europea (1945).

2. El Tribunal Militar Internacional para Perseguir a los Grandes Criminales de Guerra del Lejano Este (1946).

3. El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (1993).

4. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994).

Los análisis académicos han puesto de presente tres problemas básicos frente a la responsabilidad penal internacional individual:

1. ¿Puede existir responsabilidad penal individual ante el derecho internacional?

2. ¿Las normas de derecho internacional que prescriben la responsabilidad penal pueden contar con un principio preferencial?

3. ¿Los llamados "Actos de Estado" se pueden presentar como justificantes frente a la responsabilidad penal internacional individual?

A pesar de que al derecho penal internacional algunos le atribuyen varios siglos de existencia, esos interrogantes, solo han podido responderse de manera sólida a propósito de la jurisprudencia de Nuremberg, con la recurrencia a varias fuentes entre las que se destacan los precedentes del derecho Anglosajón, la costumbre internacional y la práctica generalmente aceptada como fuente de derecho internacional.

En primer lugar el Tribunal Militar Internacional reconoció el principio de responsabilidad penal individual internacional, a propósito de las múltiples impugnadores que presentaron los criminales de guerra arguyendo que se trataba de "Actos de Estado" con límites en el contexto de la justicia nacional. A este respecto, el tribunal respondió con aquellas famosas frases reiteradamente citadas: "*Los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas y solamente castigando los individuos que cometen tales crímenes es que las disposiciones del Derecho Internacional pueden tener vigencia*".

Frente a la necesidad de una preferencia por parte del derecho internacional la jurisprudencia de Nuremberg estableció en el caso U.S. M. Ohlendorf et al: "*Los crímenes contra la humanidad son actos cometidos indiscriminada y sistemáticamente contra la vida y la libertad y deben ser observados en lo que concierne al ámbito de competencia internacional; el concepto de crímenes contra la humanidad no resulta aplicable a los delitos para los cuales el código penal de un ordenamiento estatal determinado hace una disposición pertinente. Los crímenes contra la humanidad solamente pueden llegar a considerarse en los límites de este código básico de la humanidad en razón de que el Estado involucrado, debido a su indiferencia, su impotencia, o su complicidad, ha sido incapaz o ha rehusado detener tales crímenes y castigar a los responsables*".

En cuanto a la doctrina de los "Actos de Estado" el Tribunal de Nuremberg respondió citando una vieja jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos conocida como Ex parte Quirin, U. S. 317 (1942) 1-48 en la cual se afirma: "*Desde el mismo inicio de su historia esta Corte ha reconocido y aplicado las leyes de la guerra como parte de la ley de las naciones que prescriben la conducción de la guerra, el status, los derechos y los deberes de las naciones enemigas, al igual que el de los individuos enemigos*". En ese mismo sentido, la decisión reconoce que los individuos pueden ser tenidos como responsables penalmente, aun cuando los actos fuesen cometidos en nombre de sus Estados, "*si el Estado autoriza la acción fuera de los contextos que prevé la ley internacional*" y además añade "*nadie se puede amparar alegando la ley de un superior si la elección moral es un hecho posible*".

La responsabilidad penal individual internacional ha sido así confirmada, incluso para conflictos de orden no internacional, por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia que en una de sus decisiones más trascendentales ha afirmado con respecto al artículo 3° común de las convenciones de Ginebra de 1949: "*Todos estos factores confirman que el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad individual por serías violaciones al artículo 3° común, complementado por otros principios y reglas generales para la protección de víctimas de conflicto armado interno, y por violación de ciertos principios y reglas fundamentales concernientes a medios y métodos de combate en conflicto civil*". (7 Ver App. Ch, Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appel on Jurisdiction, 2.10.1995 (IT-94-1-AR72), pár. 128-37,134.

Con todos estos desarrollos sólo es factible concluir que el principio de responsabilidad penal individual por violaciones a normas humanitarias y derechos humanos es universalmente reconocido. Incluso, Colombia ha reconocido estos aspectos no solo en aquello que atañe a las obligaciones derivadas de la suscripción y ratificación de instrumentos internacionales (convención contra la tortura, convención contra el genocidio), sino que también al haber incluido en el código penal normas relativas a violaciones al derecho internacional humanitario, nos hemos hecho participes de los desarrollos internacionales que se iniciaron con el trabajo judicial de Nuremberg.

Ahora bien, como lo han afirmado las profesoras españolas Isabel Lirola Delgado y Magdalena M. Martín, históricamente los primeros intentos de establecer una jurisdicción penal internacional transcurrieron paralelos a la incorporación del principio de la responsabilidad penal de los individuos en el orden internacional. Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial el Tratado de Versalles pretendió enjuiciar al Káiser Guillermo II a través de un tribunal especial formado por representantes de cada una de las potencias aliadas. Este tribunal no llegó a funcionar debido a la negativa de los Países Bajos a conceder su extradición.

Por lo que se refiere a las iniciativas en el marco de la Sociedad de Naciones, los asesinatos del Rey Alejandro de Yugoslavia y del ministro francés Barthou en Marsella en 1934, propiciaron que, a iniciativa de Francia y otros países Europeos, y apoyándose en el clima de opinión creado por estos acontecimientos, se aprobase la Convención para la represión del terrorismo de 16 de noviembre de 1937, en la que se preveía la creación de una Corte Penal Internacional, que, sin embargo, no llegó a entrar en vigor. Estos precedentes ponen de manifiesto cómo ya antes de la Segunda Guerra Mundial existía una corriente apoyada desde instancias políticas y diplomáticas favorable a la creación de un órgano jurisdiccional penal en el orden internacional que asegurase la sanción de la responsabilidad penal internacional del individuo.

Esta tendencia se vio finalmente confirmada al término de la Segunda Guerra Mundial. La magnitud de los acontecimientos que tuvieron lugar en su transcurso, condujeron a la constitución de sendos Tribunales Militares Internacionales para el procesamiento de los grandes criminales de guerra de las potencias del eje. No obstante, la creación de estos tribunales suscitaron críticas desde la perspectiva del respeto al principio *nullum crimen sine lege,* y su carácter de jurisdicción *ad hoc* y *ex post facto.* Así, aunque estos tribunales podrían ser considerados de carácter internacional tanto por su método de creación como por el derecho aplicable, los diversos análisis han sustenta-

do en un examen de derecho penal comparado que se pueden obtener presupuestos claros que fundamentan el reconocimiento de ciertos principios que sin llegar a ser derecho positivo *strictu sensu* se pueden entender como normas de Derecho Internacional, de obligatorio cumplimiento. Así por ejemplo, en cuanto a las fuentes del Derecho Internacional consuetudinario el profesor Bassiouni ha demostrado que muchas de las conductas establecidas en la Carta de Nuremberg y Tokio, fueron prohibidas por los sistemas legales más representativos del planeta, y por lo tanto podían constituir violaciones a los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Como señala Rodríguez Carrión: "En última instancia, la crítica más severa que se puede hacer a los tribunales establecidos tras la Segunda Guerra Mundial es la no determinación previa del juez competente, lo que acarrea las dudas sobre la finalidad de la designación de los mismos o, lo que es aún peor, que éstos se limitaran a imponer justicia de los vencedores, sin llegar a conocer de los delitos cometidos por los órganos de los Estados vencedores". Por ello, aunque los tribunales de Nuremberg y Tokio contribuyesen a materializar la idea de la creación de una jurisdicción penal internacional, estas críticas ponen de manifiesto algunas de las debilidades del modelo de una jurisdicción internacional *ad hoc*.

La creación de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda fue precedida en ambos casos de una fase preparatoria en la que la actividad del Consejo de Seguridad puede sistematizarse en torno a un mismo esquema común que se inicia cuando, ante la existencia de un conflicto armado en el que aparece haber indicios de que se están cometiendo violaciones de determinadas normas de Derecho Internacional Humanitario, el Consejo de Seguridad instó a las partes a que respetasen estrictamente dichas normas. Con posterioridad, debido a la persistencia de dichos comportamientos, el Consejo de Seguridad procedió a su condena y recordó que las violaciones de las normas de Derecho Internacional Humanitario cometidas constituían delitos que entrañaban la responsabilidad penal de los individuos.

Ante la magnitud y gravedad de la crisis humanitaria generada por la situación de persistente violación de las normas de derecho humanitario, el Consejo de Seguridad calificó dicha situación de amenaza para la paz y la seguridad internacional, y decidió la creación de una comisión de expertos para su investigación y análisis. En una tercera etapa, una vez constatada la existencia de violaciones masivas y sistemáticas de determinadas normas de Derecho Internacional Humanitario, el Consejo de Seguridad procedió a la creación de un Tribunal Penal Internacional, tomando como punto de referencia para el texto de su Estatuto el presentado por el secretario general de las Naciones Unidas.

Como resultado del proceso descrito, el Consejo de Seguridad creó en virtud de la Resolución 827 (1993) de 25 de mayo, un Tribunal Internacional con la finalidad exclusiva de juzgar a las personas responsables de violaciones graves de Derecho Internacional Humanitario, cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1° de enero de 1991 y una fecha a determinar por el propio Consejo de Seguridad después de la consecución de la paz. Una vez nombrados los magistrados y el fiscal, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, con sede en La Haya, quedó constituido el 17 de noviembre de 1993.

Poco después, y como consecuencia de un proceso similar, el Consejo de Seguridad creó en virtud de la Resolución 955 (1994) de 8 de noviembre, un Tribunal Internacional con el propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y en los Estados vecinos entre el 1° de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994. El Tribunal para Ruanda, con sede en Arusha (Tanzania), quedó constituido el 26 de junio de 1995, desarrollando sus actividades desde diciembre de 1995.

Pese a su creación como dos órganos independientes, los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda responden a una unidad de enfoque legal y de economía y eficacia de recurso del que se derivan ciertas relaciones en el plano organizativo e institucional. En este sentido, y por lo que se refiere a la estructura organizativa, los miembros de la Sala de Apelaciones del Tribunal para la ex Yugoslavia desempeñan la misma función en relación con el Tribunal para Ruanda. De forma similar, los dos tribunales comparten el mismo fiscal, aunque éste cuente con un equipo adicional que incluye un fiscal adjunto para las actuaciones ante el Tribunal para Ruanda.

Por lo demás, los estatutos tienen un esquema casi idéntico en, cuanto a su contenido material, ya que recogen los mismos principios en relación con la responsabilidad penal individual (artículo 7 TPIY y artículo 6 TPIR), las reglas de procedimiento (artículo 18-29 TPIY y artículo 17-28 TPIR) y las relaciones con los tribunales nacionales. En especial, estas relaciones descansan en tres principios de cooperación de los Estados con el tribunal (artículo 9 TPIY y artículo 8 TPIR); principio de *non bis in idem* (artículo 10 TPIY y artículo 9 TPIR) y principio de cooperación de los Estados con el tribunal (artículo 29 TPIY y artículo 28 TPIR).

Unicamente en el ámbito se aprecian ciertas diferencias importantes entre ambos estatutos en el ámbito de la competencia material de los tribunales, aunque los dos se refieren a las mismas grandes categorías de crímenes: Crímenes de guerra (artículo 2 y 3 TPIY y artículo 4 del TPIR), genocidio (artículo 4 TPIY y 2 TPIR) y los crímenes de lesa humanidad (artículo 5 TPIY y artículo 3 TPIR). Sin embargo, a propósito de los crímenes de guerra, el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia se refiere a las violaciones graves de los convenios de Ginebra de 1949 y a la violación de las leyes y usos de la guerra, mientras que el Estatuto del Tribunal para Ruanda se refiere de manera expresa al artículo 3° común a los convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II. Por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad, el Estatuto del Tribunal para Ruanda no los vincula a la existencia de un conflicto armado, a diferencia de lo que sucede con el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia.

La creación de los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda como órganos subsidiarios del Consejo de Seguridad ha suscitado ciertos recelos en relación con su dependencia del órgano político, a pesar de que los respectivos estatutos contienen disposiciones destinadas a asegurar su imparcialidad e independencia. A ello se suman las numerosas críticas formuladas en torno a la aproximación selectiva que implica el que la exigencia de, la responsabilidad penal internacional del individuo dependa en la práctica de criterios de discrecionalidad política.

Pese a la pertinencia de estas críticas, parece evidente que esos tribunales han servido efectivamente como instrumentos útiles para el establecimiento e una jurisdicción penal permanente. Posiblemente éste no era el objetivo inicialmente buscado, puesto que durante todo el proceso de creación de ambos tribunales, el Consejo de Seguridad se pronunció con cautela al afirmar que su decisión de crearlos no estaba en modo alguno relacionada con el establecimiento de una jurisdicción penal internacional, e incluso en algún momento, la opción de los tribunales *ad hoc* llegó a plantearse como una alternativa válida a la creación de una Corte Penal Internacional de carácter permanente. Sin embargo, resulta claro que, a la larga, la existencia de los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda ha contribuido a acelerar los trabajos de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Penal Internacional, impulsando la creación de una jurisdicción penal internacional de carácter permanente. De forma más clara, los estatutos y la jurisprudencia de estos dos tribunales han permitido avanzar una serie de soluciones concretas en los aspectos relativos a la estructura institucional, la competencia y el proceso ante una jurisdicción penal internacional, a la vez que han puesto de manifiesto su viabilidad.

Para describir el proceso de creación de una Corte Penal Internacional es necesario nombrar, además de lo anteriormente dicho, las diferentes iniciativas que surgieron con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial para generar una Jurisdicción Penal Internacional efectiva. En primer lugar se destacan dentro de los antecedentes la Convención contra el Genocidio de 1948 en la que se preveía la creación de un Tribunal Penal con jurisdicción universal para la investigación y juzgamiento de este delito. La Asamblea General, a propósito de este tema invitó a la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas a examinar el punto con la posibilidad de crear una sala de lo penal en la Corte Internacional de Justicia. Con posterioridad, en 1950 se creó la Comisión sobre Jurisdicción Penal Internacional cuyos resultados han sido valorados negativamente debido a que acentuó la desmembración de la labora codificadora realizada por la Comisión de Derecho Internacional al separar la parte procesal de la parte sustantiva del proyecto de crímenes preparado por esta última. La tarea se volvió a repetir en el año 1953, pero la Asamblea solo reanudó sus trabajos en el año de 1971 con ocasión de la reelaboración del Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Hasta 1989 los esfuerzos parecen haber quedado en una zona gris, pero, y esto debe ser resaltado con especial referencia al caso Colombiano, solo hasta 1989 a petición del primer Ministro de Trinidad Tobago se hizo la sugerencia al Secretario General de las Naciones Unidas para que estableciera un tribunal internacional encargado de acusar y juzgar a individuos por tráfico de drogas.

Así comenzó la posibilidad de establecer una jurisdicción penal internacional, gestándose una primera fase en la que la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas revisó los trabajos anteriores para exponer un proyecto final de Estatuto en el año de 1994. El proyecto fue llevado a la Asamblea General y se inició la llamada "fase diplomática" en la que se propusieron los trabajos de divulgación del Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad en 1994 coincidiendo con la creación de los recientes Tribunales Penales Internacionales para Yugoslavia y Ruanda. La Asamblea General pasó el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional a un Comité *ad hoc* en 1995, que fue sucedido por un Comité Preparatorio en 1996 y 1997 con un mayor debate y exploración de temas. A medida que más Estados se unieron al proceso y un conjunto de organizaciones no gubernamentales y académicos tomaron interés, se introdujeron nuevas opciones, se propusieron modificaciones y se elaboraron mecanismos procesales pertinentes. En particular, se alcanzó el consenso de que el principio de legalidad debería ser lo suficientemente adecuado para que el Estatuto incorporara definiciones exhaustivas de crímenes, principios generales de derecho penal y causales de exoneración de responsabilidad aplicables. El instrumento que establecería la Corte Penal Internacional resultó más semejante a un código penal y procesal de lo que en principio la Comisión de Derecho Internacional había proyectado, debido igualmente al amplio consenso que han tenido los desarrollos del derecho penal y procesal penal en los sistemas legales más disímiles. Finalmente, en marzo y abril de 1998 el Comité Preparatorio elaboró un texto consolidado de su Proyecto de Estatuto y Propuesta de Acta Final. En éste, el documento base de la Comisión de Derecho Internacional se actualizó con el mayor de los detalles y se expidió un texto en los que se señalaban los puntos de mayor discusión, indicando distintos acercamientos. Las nuevas opciones incluyeron un Fiscal facultado para iniciar investigaciones *ex officio,* se redujeron las posibilidades de ingresar o salir de la competencia de la Corte Penal Internacional y se ampliaron los compromisos de cooperación del Estado con la futura Corte.

Este esfuerzo culminó con la conferencia plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional inaugurada por el Secretario General de Naciones Unidas el 15 de junio de 1998 en Roma. Delegaciones de 160 Estados en las que participo el Estado Colombiano, al lado de organismos no gubernamentales discutieron durante cinco semanas las normas del tratado que hoy se somete a consideración de esta Comisión Constitucional. Muchos de los detalles sobre las negociaciones se recogen hoy en una innumerable lista de publicaciones, debido a que se trata del instrumento de Derecho Internacional más importante que se haya expedido en cualquier tiempo, pues reformula prácticamente todo el Derecho Internacional y le da concreción a una serie de principios que se consideraban hasta hace poco tiempo privilegio del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o proyección de ejercicio de los países más fuertes sobre los más débiles. La base del consenso fue el texto propuesto por la Mesa del Comité Plenario la noche del 17 de julio, el último día programado de la Conferencia. Se votó sobre este paquete y fue apoyado por una mayoría de más de las dos terceras partes (120 Estados a favor, 7 en contra y 21 abstenciones).

Los expertos han dicho que no se trata de un documento acabado, anotando que efectivamente ningún código penal lo es, pero en todo caso el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de Roma es un instrumento de consenso de todas las posibilidades de sistema legal que conoce el planeta y por la misma razón el más significativo.

Al Estatuto de Roma le acompañan otros instrumentos complementarios, como son los elementos de los crímenes, la propuesta de relación entre Naciones Unidas y la Corte y las reglas pormenorizadas de procedimiento y prueba que desarrollan al máximo y con el mayor de los detalles los principios contenidos en el Estatuto. Estos instrumentos complementarios deben someterse a la aprobación de la Asamblea de los Estados Partes.

La CPI sancionará, en resumidas cuentas, a los infractores del DIH en sus dos vertientes:

A. **El derecho de Ginebra:**

Es aquel que protege internacionalmente a las víctimas de los conflictos armados. Ampara a los militares fuera de combate (heridos, enfermos, prisioneros de guerra, náufragos) y a las personas civiles en territorio enemigo u ocupado y, en general, a la población civil.

Sus normas básicas están consagradas en los cuatro Convenios de Ginebra y sus dos Protocolos Adicionales, que se aplican, en principio, a conflictos armados internacionales y no internacionales, con excepción de situaciones de disturbios y tensiones internas. Los cuatro Convenios, ratificados todos por Colombia, son:

1. Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña.

2. Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar.

3. Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

4. Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

B. **El Derecho de La Haya:**

Es aquel que limita los medios y métodos de combate. Su inicio pudo originarse en 1868 con la Declaración de San Petersburgo que prohíbe el uso, en la guerra, de proyectiles de peso inferior a 400 gramos, o que sean explosivos, o estén cargados de materiales fulminantes o inflamables.

Por iniciativa de los Zares Rusos se llevó a cabo la Primera Conferencia de Paz, de La Haya en 1899; la segunda se realizó en 1907. Las normas allí acordadas codificaron las reglas que fijan los derechos y deberes de los beligerantes en la conducción de las hostilidades, y limitaron los métodos y medios de guerra. Dichos preceptos serían reafirmados en el Protocolo I Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra (1977) como normas fundamentales, resumidas así:

1. En todo conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado.

2. Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios.

3. Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al ambiente natural.

Graves infracciones al DIH y a los derechos humanos en Colombia

De acuerdo con datos suministrados por la Fundación País Libre, la guerrilla y las autodefensas ilegales han cometido, desde 1995 al 2001, 25.729 casos de violación a los derechos humanos; 20.172 cometidos por la insurgencia guerrillera y 5.557 por las autodefensas ilegales. Dichas infracciones se discriminan de la siguiente manera:

Infracciones al DIH y violaciones a los derechos humanos

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	Total
Infracciones								
A. Civiles asesinados								
1. Por la subversión	467	320	531	549	910	1.075	1.060	4.912
2. Por las autodefensas	18	71	78	216	743	1.012	1.028	3.166
B. Víctimas en masacres								
1. Por la subversión	128	124	126	183	146	202	158	1.067
2. Por las autodefensas			30	111	408	701	281	1.531
C. Secuestro								
1. Por la subversión	535	439	979	2.026	1.995	2.110	1.923	10.007
2. Por las autodefensas			16	65	159	280	262	782
D. Ataques a poblaciones								
1. Por la subversión	23	39	31	47	84	80	33	337
2. Por las autodefensas		1		4	11	5	6	27
E. Actos de terrorismo								
1. Por la subversión	230	461	694	681	483	829	471	3.849
2. Por las autodefensas			11	9	9	11	11	51
Total								
1. Por la subversión	1.383	1.383	2.361	3.486	3.618	4.296	3.645	20.172
2. Por las autodefensas	18	72	135	405	1.330	2.009	1.588	5.557

De acuerdo con la Fundación País Libre desde enero hasta noviembre de 2001, 2.856 personas habían sido plagiadas en Colombia.

Entre 1996 y 2000, 12.834 personas fueron víctimas del secuestro en Colombia. En el año 2000, se registraron, por primera vez, 41 casos de indígenas secuestrados. Se calcula que el 20% de las víctimas han sido mujeres y el 8.5% niños.

A la brutalidad misma del secuestro se agregan los métodos infames que emplean en la negociación, en la cual la víctima se convierte en un simple objeto, que es trasladado por centenares de kilómetros y se mantiene apenas en el límite de la supervivencia, en tanto que las familias son sometidas a presiones continuas que van desde la amenaza de dar muerte al secuestrado hasta la de hacer víctima del mismo delito a otros de sus miembros.

La intensificación y degradación del conflicto armado colombiano en los últimos años ha comportado un correlativo aumento de los eventos de desplazamiento forzoso, violando abiertamente las normas del DIH. La Red de Solidaridad Social (RSS) ha sostenido abiertamente que entre enero de 2000 y diciembre de 2001, la causa principal de desplazamiento fue la amenaza generalizada (47%), seguida de los enfrentamientos armados (23%), las masacres (9%), las amenazas específicas (11%), las tomas de municipios y ataques indiscriminados (4%), y el 6% por otras causas. La misma RSS ha informado que en el año 2001 hubo un total de 191.885 personas desplazadas, lo cual representa un aumento significativo si se compara con las 128.843 personas en el 2000. En el Estatuto de Roma, al igual que en otras normas de DIH, el desplazamiento Forzoso es tipificado como un crimen de guerra.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) condenó en abril de 2001 el reclutamiento de menores de edad por parte de las organizaciones armadas al margen de la ley al expresar: "A los menores se les está entrenando para asesinar y para usar todo tipo de armas, sin que puedan tener claro el concepto de por qué la lucha y hacia donde conduce el enfrentamiento... Colombia desea que los jóvenes y niños que se encuentran haciendo parte de las filas puedan disfrutar de una vida plena, educándose para la paz y no para la guerra". Según el Ministerio de Defensa, para llevar menores a sus filas, los grupos armados al margen de la ley utilizan el engaño, la fuerza o las amenazas de muerte al joven; todo esto, acompañado de una gama extensa de presiones a sus padres, que van desde el destierro y el robo de su patrimonio hasta la posibilidad de ser asesinados si no acceden a entregar a sus hijos. En el caso de las niñas, se añade la compulsión de ingresar a la vida sexual adulta. Según el Programa de Reinserción del Ministerio del Interior, durante el año 2000, el fenómeno de reclutamiento de menores creció en un 30% en el caso de varones y fue superior, con un 35% en el caso de las niñas. Frente a esto, el Estatuto de Roma califica el reclutamiento de menores como un crimen de guerra.

Contenido del Estatuto de Roma

La Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas aprobó el 17 de julio de 1998 el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, con el siguiente contenido:

1. **Preámbulo**

En el cual se mencionan las razones por las cuales es necesaria una CPI, entre las que podemos destacar: las atrocidades de que han sido víctimas millones de niños, mujeres y hombres que conmueven profundamente la conciencia de la humanidad, así como que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, no deben quedar sin castigo, decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos, destacando que la CPI establecida en virtud del Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales.

2. **Establecimiento de la Corte (artículos 1° al 4°)**

La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales.

Estará vinculada a las Naciones Unidas por un acuerdo que deberán aprobar los Estados Partes y concluir luego el Presidente de la Corte en nombre de esta.

La Sede de la Corte estará en La Haya, Países Bajos. Tendrá personalidad jurídica internacional y la capacidad jurídica necesaria para el desempeño de sus funciones y propósitos. Podrá ejercer funciones y atribuciones, de conformidad con el Estatuto, en cualquier Estado Parte, y por acuerdo especial en el territorio de cualquier otro Estado.

3. **La Competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable**

La CPI tendrá competencia sobre cuatro crímenes:

a) Genocidio: Los crímenes cometidos con la intención de suprimir el derecho a existir de comunidades nacionales, étnicas, raciales o religiosas;

b) Crímenes de guerra: Las acciones, por las que se ejerce violencia innecesaria contra el adversario o contra la población de las zonas de conflicto; por ejemplo, el uso de armas prohibidas, la crueldad contra los prisioneros, el saqueo, entre otros;

c) Crímenes de lesa humanidad: Aquellos crímenes cometidos como resultado de una política generalizada y cuya crueldad viola los más elementales principios humanitarios; por ejemplo, la esclavitud, la tortura, las agresiones sexuales;

d) La agresión: Aunque solo es mencionada en el Estatuto, su definición se dará por la Asamblea de los Estados Parte. Sin embargo,

ésta será compatible con las disposiciones vigentes en la Carta de las Naciones Unidas; en 1977 se asoció la agresión con el planeamiento y ejecución de guerras de conquista. Los elementos del crimen serán aprobados por una mayoría de los dos tercios de los miembros de la Asamblea de Estados Parte. Solo podrán proponer enmiendas a los elementos del crimen los Estados Parte, los Magistrados por mayoría absoluta y el Fiscal.

La Corte tendrá competencia únicamente respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, en el Estado Parte en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave del Estado que sea nacional el acusado del crimen.

El procedimiento para iniciar una investigación se dará cuando:

1. Un Estado Parte remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes.

2. El Consejo de Seguridad remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes.

3. El Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte.

Si el Fiscal llega a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación, informará de ello a quienes la hubieren presentado. Si el Fiscal llegare a la conclusión que existe fundamento suficiente para abrir una investigación presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello, junto con la documentación justificatoria que haya reunido. En esta etapa las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Salvo que en el 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.

4. **Principios generales del Derecho Penal**

1. *Nullum crimen sine lege:* Nadie será penalmente responsable a menos que la conducta de que se trate constituya un crimen de la competencia de la Corte.

2. *Nulla poena sine lege:* quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente estatuto.

3. Irretroactividad *ratione personae:* Nadie será penalmente responsable por una conducta anterior a la entrada en vigor del Estatuto.

4. Responsabilidad penal individual: La Corte solo tendrá competencia respecto de personas naturales que cometan crímenes de competencia de la Corte, por sí solas, con otro o por conducto de otro.

5. Exclusión de los menores de 18 años: La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presente comisión del crimen.

6. Improcedencia del cargo oficial: El cargo oficial de una persona en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena.

7. Imprescriptibilidad: Los crímenes de competencia de la Corte no prescribirán.

8. Elemento de intencionalidad: Una persona será penalmente responsable ante la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

5. **Composición y administración de la Corte**

La Corte estará compuesta de los siguientes órganos: Presidencia; Una Sección de Primera Instancia y una Sección de Cuestiones Preliminares; la Fiscalía y la Secretaría General.

Importantes funciones de control y políticas son desempeñadas por la Asamblea de los Estados Partes.

1. La Presidencia:

El Presidente y el primer y segundo Vicepresidentes serán elegidos por mayoría absoluta por los Magistrados y por un mandato de 3 años. Los tres integran la Presidencia encargada de:

a) Correcta administración de la Corte, con excepción de la Fiscalía;

b) Las demás funciones que se le confieren de conformidad con el Estatuto.

2. Las Salas de Cuestiones Preliminares, de Primera Instancia y de Apelaciones:

La Corte tendrá 18 Magistrados, elegidos por la Asamblea de los Estados Partes, con cualificación cuidadosamente contrastada, y que cumplan con los más altos estándares de los principales sistemas jurídicos mundiales y mantendrán una distribución geográfica equilibrada. Una sección integrada por al menos seis Magistrados se ocupará exclusivamente de las acusaciones y cuestiones preliminares; otros seis Magistrados, como mínimo, compondrán la Sala de Primera Instancia; la Sala de Apelaciones quedará integrada por cuatro Magistrados y un Magistrado Presidente. Los Magistrados y todos los funcionarios de la Corte disfrutarán de los privilegios e inmunidades que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

El Estatuto establece garantías para la imparcialidad e independencia de los Magistrados de la CPI. Un Magistrado podrá recusarse o dispensarle de la participación a solicitud del Fiscal o de la parte investigada.

3. La Fiscalía:

Actuará como un órgano independiente y separado de la CPI. Estará dirigida por el Fiscal con plena autoridad para dirigir y administrar. El Fiscal estará asistido por los Fiscales Adjuntos y todos serán de nacionalidades diferentes.

El Fiscal será elegido en votación secreta y por mayoría absoluta de la Asamblea de los Estados Partes. Los Fiscales Adjuntos serán elegidos de la misma forma a partir de una lista de candidatos propuesta por el Fiscal. El Fiscal y los Fiscales Adjuntos desempeñarán su cargo por un período de 9 años sin posibilidad de reelección. Deberán ser personas de alta consideración moral, con alto nivel de competencia, extensa experiencia práctica y dominar al menos uno de los idiomas de trabajo de la CPI.

4. La Secretaría:

Estará encargada de los aspectos no judiciales de la administración y servicios de la Corte, incluido el establecimiento de una dependencia de víctimas y testigos. Estará dirigida por el Secretario, que ejercerá sus funciones bajo la autoridad del Presidente de la Corte.

El Secretario será elegido en votación secreta por mayoría absoluta de los Magistrados, teniendo en cuenta las recomendaciones de la Asamblea de los Estados Partes. Desempeñará su cargo por un período de 5 años y con posibilidad de reelección.

El Fiscal y el Secretario nombrarán los funcionarios calificados que sean necesarios en sus respectivas oficinas.

6. **La investigación y el enjuiciamiento**

La Parte V del Estatuto está destinada a la investigación y el enjuiciamiento. Hay dos etapas bien definidas: La investigación y acusación (enjuiciamiento) y el juicio.

1. Inicio de una investigación:

Después de evaluar la información de que disponga, El Fiscal iniciará una investigación a menos que no exista fundamento razonable para proceder con arreglo al Estatuto.

Al decidir sobre la iniciación de una investigación, el Fiscal deberá tener en cuenta si:

a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte;

b) La causa es o sería admisible conforme al artículo 17 del Estatuto;

c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.

Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y el Estado que haya remitido el asunto o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el literal b) del artículo 13.

En todo caso, sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones, el Fiscal podrá en cualquier momento reconsiderar su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento.

2. Funciones y atribuciones del Fiscal en relación con las investigaciones:

El Fiscal podrá ampliar la investigación a todos los hechos y las pruebas que sean pertinentes para determinar si hay responsabilidad penal de conformidad con el Estatuto y, a esos efectos, investigará tanto las circunstancias incriminantes como las eximentes.

Igualmente, el Fiscal adoptará "medidas adecuadas" para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de la competencia de la Corte. A estos efectos, respetará los intereses y las circunstancias personales de víctimas y testigos, entre otros, la edad, el género (sexo) y la salud, y tendrá en cuenta la naturaleza de los crímenes, en particular los de violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños.

El Fiscal puede llevar a cabo investigaciones en el territorio de un Estado, de acuerdo con las disposiciones de la Parte IX o según lo autorice la Sala de Cuestiones Preliminares. Puede además realizar todo lo que lo autoriza el artículo 54 del Estatuto.

3. Derechos de las personas durante la investigación:

Se observan las siguientes garantías penales y procesales mínimas, tomadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966:

a) Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable;

b) Nadie será sometido a forma o coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni a tratos o castigos, inhumanos o degradantes;

c) Quien haya de ser interrogado en un idioma que no sea el que comprende y habla perfectamente, contará, sin cargo alguno, con los servicios de un intérprete competente y las traducciones que sean necesarias a los efectos de cumplir el requisito de equidad;

d) Nadie será sometido a arresto o detención arbitrarios ni será privado de la libertad salvo por los motivos previstos en el Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él.

Una persona que va a ser interrogada también tendrá los siguientes derechos:

a) A ser informada de que existen motivos para creer que ha cometido un crimen de competencia de la Corte;

b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia;

c) A ser asistida por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne un defensor de oficio, siempre que fuere necesario e interés de la justicia y, en cualquier caso, sin cargo si careciere de medios suficientes;

d) A ser interrogada en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho de asistencia letrada.

4. Disposiciones que podrá adoptar la Sala de Cuestiones Preliminares cuando se presente una oportunidad única de proceder a una investigación:

Cuando el Fiscal considere que se presenta una oportunidad única de proceder a una investigación, que quizá no se repita a los fines de un juicio, de recibir el testimonio o la declaración de un testigo o de examinar, reunir o verificar pruebas, lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares, la cual podrá adoptar las medidas que sean necesarias para velar por la eficiencia e integridad de las actuaciones y para proteger los derechos de la defensa.

Las medidas que puede adoptar el Fiscal pueden consistir en:

a) Formular recomendaciones o dictar providencias respecto del procedimiento que habrá de seguirse;

b) Ordenar que quede constancia de las actuaciones;

c) Nombrar a un experto para que preste asistencia;

d) Autorizar al abogado defensor a nombrar a otro para que comparezca y represente los intereses de la defensa;

e) Encomendar a uno de sus miembros o a otro magistrado de la Sección de Cuestiones Preliminares o la Sección de Primera Instancia que formule recomendaciones o dicte providencias respeto de la reunión y preservación de las pruebas o del interrogatorio de las personas;

f) Adoptar todas las medidas que sean necesarias para reunir o preservar pruebas.

5. Funciones y atribuciones de la Sala de Cuestiones Preliminares:

Las funciones que se le asignan a esta Sala son básicamente dos:

a) Adoptar por mayoría las providencias u órdenes que debe dictar conforme lo indican los artículos 15, 18, 19 párrafo 2, 61 numeral 7, 72; y

b) En todos los demás casos, un magistrado de dicha Sala puede ejercer las funciones previstas en el Estatuto, a menos que las Reglas de Procedimiento y Prueba dispongan otra cosa o así se acuerde por mayoría de la Sala.

También la Sala puede:

a) A petición del Fiscal, dictar las providencias y órdenes que sean necesarias a los fines de una investigación;

b) A petición de quien haya sido detenido o haya comparecido en virtud de una citación efectuada con arreglo al artículo 58, dictar esas órdenes, incluidas medidas tales como las indicadas en el artículo 56 o solicitar con arreglo a la Parte IX la cooperación que sea necesaria para ayudarle a preparar su defensa;

c) Cuando sea necesario, asegurar la protección y el respeto de la intimidad de víctimas y testigos, la preservación de pruebas, la protección de personas detenidas o que hayan comparecido en virtud de una citación, así como la protección de información que afecte a la seguridad nacional;

d) Autorizar al Fiscal a adoptar determinadas medidas de investigación en el territorio de un Estado Parte sin haber obtenido la cooperación de éste con arreglo a la Parte IX en el caso de que la Sala haya determinado, de ser posible teniendo en cuenta las opiniones del Estado de que se trate, que dicho Estado manifiestamente no está en condiciones de cumplir una solicitud de cooperación debido a que no existe autoridad y órgano alguno de su sistema judicial competente para cumplir una solicitud de cooperación;

6. Orden de detención y orden de comparecencia dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares:

En cualquier momento después de iniciada la investigación, la Sala de Cuestiones Preliminares, a solicitud del Fiscal dictará una orden de detención contra una persona si, tras examinar la solicitud y las pruebas y otra información presentada por el Fiscal, estuviere convencida de que: hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de competencia de la Corte y la detención parece necesaria para asegurar que la persona comparezca en juicio, que no obstruya la investigación o impedir que la persona siga cometiendo ese

crimen. La orden de detención seguirá vigente mientras la Corte no disponga lo contrario.

El Fiscal podrá pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que, en lugar de una orden de detención, dicte una orden de comparecencia. La notificación de la orden será personal.

7. Procedimiento de detención en el Estado de detención:

El Estado Parte que haya recibido una solicitud de detención provisional o de detención y entrega tomará las medidas necesarias para ello. El detenido será llevado ante la autoridad judicial competente del Estado de detención, que determinara si la orden es aplicable, la detención se llevó a cabo conforme a derecho y se han respetado los derechos del detenido.

El detenido tendrá derecho a solicitar de la autoridad competente del Estado de detención la libertad provisional antes de su entrega. Al decidir la solicitud la autoridad examinará si hay circunstancias urgente 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.

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.

8. Primeras diligencias en la Corte:

Entregado el imputado o haya comparecido voluntariamente en cumplimiento de una orden de comparecencia, la Sala de Cuestiones Preliminares se asegurará de que ha sido informado de los crímenes que se le imputan y de los derechos que le reconoce el estatuto, incluido el de pedir la libertad provisional.

Sobre la base de la revisión, la Sala. podrá modificar su decisión en cuanto a la detención, la puesta en libertad o las condiciones de esta, si está convencida de que es necesario en razón de un cambio en las circunstancias.

9. Confirmación de los cargos antes del juicio:

La Sala de Cuestiones Preliminares celebrará una audiencia para confirmar los cargos sobre la base de los cuales el Fiscal tiene la intención de pedir el procesamiento.

Antes de la audiencia, se suministrará al imputado un ejemplar del documento en que se formulen los cargos por los cuales el Fiscal se proponga enjuiciario, y se le informará de las pruebas que el Fiscal se proponga llevar a la audiencia.

En la audiencia, el Fiscal presentará respecto de cada cargo pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió el crimen que se le imputa. El imputado podrá impugnar los cargos y las pruebas presentadas por el Fiscal y presentar pruebas.

La Sala de Cuestiones Preliminares determinará si hay motivos fundados para creer que el imputado cometió cada crimen que se le imputa y podrá: confirmar los cargos imputados y asignar al acusado a una Sala de Primera Instancia para su enjuiciamiento, no confirmar los cargos por pruebas insuficientes o levantar la audiencia y pedir al Fiscal que considere la posibilidad de presentar nuevas pruebas o llevar a cabo nuevas investigaciones, o modificar los cargos.

Una vez confirmados los cargos y antes de comenzar el juicio, el Fiscal, con autorización de acusado, podrá modificar los cargos. Una vez comenzado el juicio, el Fiscal, con autorización de la Sala de Primera Instancia podrá retirar los cargos.

7. **El Juicio**

El juicio es la culminación del proceso penal y el Estatuto le asegura al acusado las garantías penales y procesales indispensables para su defensa. Es un juicio público.

1. *Lugar del juicio*

A menos que la Corte decida otra cosa, el juicio se celebrará en la sede de la misma, o sea en La Haya, capital de los Países Bajos.

2. *Presencia del acusado en el juicio*

El acusado estará presente durante el juicio. Sólo existe como excepción que si el acusado perturbare continuamente el juicio, la Sala de Primera Instancia podrá disponer que salga de ella y observe el proceso y dé instrucciones a su defensor desde afuera, utilizando tecnologías de comunicación.

3. *Funciones y atribuciones de la Sala de Primera Instancia*

La Sala velará por que el juicio sea justa y expedito y se sustancie con pleno respeto de los derechos del acusado y teniendo debidamente en cuenta la protección de las víctimas y de los testigos.

La Sala a la que se asigne una causa deberá cumplir con todo lo que establece el artículo 64 del Estatuto.

4. *Procedimiento en caso de declaración de culpabilidad*

Si el acusado se declara culpable la Sala de Primera Instancia determinará:

a) Si el acusado comprende la naturaleza y las consecuencias de la declaración de culpabilidad;

b) Si esa declaración ha sido formulada voluntariamente tras suficiente consulta con el abogado defensor, y

c) Si la declaración de culpabilidad está corroborada por los hechos de la causa conforme a: los cargos presentados por el Fiscal y aceptados por el acusado; las piezas complementarias de los cargos presentados por el Fiscal y aceptados por el acusado, y otras pruebas, como declaraciones de testigos, presentadas por el Fiscal o el acusado.

Si la Sala constata que se cumplen las condiciones de culpabilidad, considerará que la declaración y pruebas constituye un reconocimiento de culpabilidad y podrá condenarlo por el crimen.

Si constata que no se cumplen las condiciones de la declaración de culpabilidad, ordenará que se prosiga el juicio.

5. *Presunción de inocencia*

Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad. El Fiscal es quien debe probar la culpabilidad del acusado. La Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado para dictar sentencia condenatoria.

6. *Derechos del acusado*

El acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, a una audiencia pública imparcial; a ser informado de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan; a prepararse y comunicarse para su defensa; ser juzgado sin dilaciones indebidas; hallarse presente en el proceso; y demás estipulaciones que consagra el artículo 67 del Estatuto.

7. *Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones*

La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. Con este fin, la Corte, tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género, definido en el párrafo 3° del artículo 2°, y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando este entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños. En especial, el Fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes. Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con estos.

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.

La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

La Dependencia de Víctimas y Testigos podrá asesorar al Fiscal y a la Corte acerca de las medidas adecuadas de protección, los dispositivos de seguridad, el asesoramiento y la asistencia a que se hace referencia en el párrafo 6° del artículo 43.

Cuando la divulgación de pruebas o información de conformidad con el presente Estatuto entrañare un peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia, el Fiscal podrá, a los efectos de cualquier diligencia anterior al juicio, no presentan dichas pruebas o información y presentar en cambio un resumen de estas. Las medidas de esta índole no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con estos.

Todo Estado podrá solicitar que se adopten las medidas necesarias respecto de la protección de sus funcionarios o agentes, así como de la protección de información de carácter confidencial o restringido.

8. *Práctica de Pruebas*

Se puede presentar la prueba testimonial, oralmente o mediante video o audio. También las partes pueden presentar otras pruebas pertinentes a la causa que considere necesarias para determinar la veracidad de los hechos, teniendo en cuenta su valor probatorio de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto.

9. *Delitos contra la administración de justicia*

La Corte tendrá competencia para conocer de los siguiente delitos siempre y cuando se cometan con dolo: falso testimonio, presentar pruebas falsas, corromper a un testigo, destruir o alterar pruebas, intimidar al funcionario de la Corte para inducirlo a que no cumpla sus funciones, solicitar o aceptar soborno.

10. *Sanciones administrativas por faltas de conducta en la Corte*

En caso de faltas de conductas de personas presentes en la Corte esta podrá imponer sanciones administrativas, como expulsión temporal o permanente de la Sala, multa u otra medida similar contempladas en las Reglas de Procedimiento y Prueba.

11. *Requisitos para el fallo*

Todos los Magistrados de la Sala de Primera Instancia estarán presentes en cada fase del juicio y en todas sus deliberaciones. La Presidencia podrá designar para cada causa y según estén disponibles uno o varios magistrados suplentes para que asistan a todas las fases del juicio y sustituyan a cualquier miembro de la Sala de Primera Instancia que se vea imposibilitado para seguir participando en el juicio.

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. La Corte podrá fundamentar su fallo únicamente en las pruebas presentadas y examinadas ante ella en el juicio.

Los magistrados procurarán adoptar su fallo por unanimidad, pero, de no ser posible, este será adoptado por mayoría.

Las deliberaciones de la Sala de Primera Instancia serán secretas.

El fallo constará por escrito e incluirá una exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y las conclusiones. La Sala de Primera Instancia dictará un fallo. Cuando no haya unanimidad, el fallo de la Sala de Primera Instancia incluirá las opiniones de la mayoría y de la minoría. La lectura del fallo o de un resumen de este se hará en sesión pública.

12. *Reparación de las víctimas*

La Corte establecerá principios aplicables a la reparación: la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Todo conforme con el artículo 75 del Estatuto.

13. *Fallo condenatorio*

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 presentaciones relativas a la pena que se hayan hecho en el proceso.

Salvo en el caso en que sea aplicable el artículo 65, 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 presentaciones adicionales relativas a la pena, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

En el caso en que sea aplicable el párrafo 2°, en la audiencia a que se hace referencia en ese párrafo o, de ser necesario, en una audiencia adicional se escucharán las presentaciones que se hagan en virtud del artículo 75.

La pena será impuesta en audiencia pública y, de ser posible, en presencia del acusado.

8. **Las Penas**

La Parte VII del Estatuto está destinada a las penas que puede imponer la Corte a los acusados de la comisión de los delitos de su competencia. Dos son las penas principales:

a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años, o

b) La reclusión a perpetuidad. La pena capital fue excluida.

También la Corte podrá imponer multas con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba.

9. **La apelación y la revisión**

La Parte VIII del Estatuto está consagrada a los recursos de apelación y de revisión (segunda instancia), que son de la competencia de la Sala de Apelación de la Corte, integrada por su presidente y otros cuatro magistrados. Establece los procedimientos a seguir en caso de apelar la sentencia condenatoria, la absolutoria o la pena, y en caso de apelar otras decisiones.

Se establece que quien haya sido ilegalmente detenido o recluido tendrá el derecho efectivo a ser indemnizado. Así mismo quien hubiere cumplido una condena y posteriormente se demostrare su inocencia.

10. **La cooperación internacional y la asistencia judicial**

Los Estados parte cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia.

1. *Solicitudes de cooperación*

Aquí no hay órdenes ni imposiciones. Se trata, en verdad, de cooperación, no de imposición.

La Corte puede formular solicitudes de cooperación a los Estados Partes y no Partes, a través de la vía diplomática u otro conducto adecuado.

Cuando, en contravención de lo dispuesto en el presente Estatuto, un Estado Parte se niegue a dar curso a una solicitud de cooperación formulada por la Corte, impidiéndole ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con el presente Estatuto, esta podrá hacer una constatación en ese sentido y remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si este le hubiese remitido el asunto.

2. *Entrega de personas a la Corte*

La Corte puede solicitar la detención y entrega de una persona a todo Estado en cuyo territorio puede hallarse esa persona, y pedirá la cooperación de ese Estado.

Cuando la persona cuya entrega se pide la impugne ante un tribunal nacional oponiendo la cosa juzgada, el Estado celebrará consultas a la Corte para determinar si ha habido una decisión sobre la admisibilidad de la causa. Si la persona esta siendo enjuiciado o cumple condena por un crimen diferente, el Estado requerido celebra consultas con la Corte.

La Parte IX del Estatuto establece, además, todo lo referente a las solicitudes recurrentes, la detención provisional, otras formas de cooperación, consultas a la Corte, es decir todo el procedimiento aplicable en cuanto a la asistencia judicial internacional.

11. **La ejecución de la pena**

La Parte X del Estatuto se relaciona con la ejecución de las penas impuestas en sentencia condenatoria de la Corte contra un acusado de haber perpetrado los delitos de la competencia del tribunal previstos en el Estatuto.

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. De no designarse un Estado, la pena se cumplirá en el establecimiento designado por el Estado receptor, o sea en Holanda, sede la Corte, conforme al acuerdo-sede.

Esta Parte X establece la función de los Estados en la ejecución de las penas privativas de la libertad, así como la supervisión de la ejecución de la pena y condiciones de reclusión.

12. **Asamblea de los Estados Partes**

La Parte XI del Estatuto instituye la Asamblea de los Estados Partes, con las siguientes funciones:

a) Examinará y aprobará, según proceda, las recomendaciones de la Comisión Preparatoria;

b) Ejercerá su supervisión respecto de la Presidencia, el Fiscal y la Secretaría en las cuestiones relativas a la administración de la Corte;

c) Examinará los informes y las actividades de la Mesa establecida en el párrafo 3 y adoptará las medidas que procedan a ese respecto;

d) Examinará y decidirá el presupuesto de la Corte;

e) Decidirá si corresponde, de conformidad con el artículo 36, modificar el número de magistrados;

f) Examinará cuestiones relativas a la falta de cooperación de conformidad con los párrafos 5° y 7° del artículo 87;

g) Desempeñará las demás funciones que procedan en virtud del presente Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Aparte de la Mesa, compuesta por un Presidente, dos Vicepresidentes y 18 miembros elegidos por períodos de tres años, para presentar asistencia a la Asamblea en el desempeño de sus funciones, la Asamblea podrá establecer los órganos subsidiarios que considere necesarios, incluido un mecanismo de supervisión independiente que se encargará de la inspección, la evaluación y la investigación de la Corte a fin de mejorar su eficiencia y economía.

La Asamblea se reunirá en la Sede de la Corte –La Haya– o en la sede de las Naciones Unidas –Nueva York– una vez al año, pero cuando las circunstancias lo requieran celebrará períodos extraordinarios de sesiones. Cada Estado Parte tendrá un voto. La Asamblea aprobará su propio reglamento.

13. **La financiación**

La Parte XII del Estatuto establece lo relativo a la financiación y remite a un Reglamento Financiero que apruebe la Asamblea de los Estados Partes.

Los gastos se sufragarán con cargo a cuotas de los Estados Partes y Fondos procedentes de las Naciones Unidas.

Los registros, los libros y las cuentas de la Corte, incluidos sus estados financieros anuales, serán verificados por un auditor independiente.

14. **Cláusulas finales**

La Parte XIII del Estatuto incluye unas cláusulas finales acerca de la manera como se solucionarán la controversias, el hecho de que no se admitirán reservas al Estatuto, la forma de proponer las enmiendas al Estatuto, y la ratificación de estados necesarios para entrar en vigencia.

LAS INNOVACIONES DEL ESTATUTO DE ROMA DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. **La naturaleza jurídica internacional del Estatuto de Roma**

Las características especiales del Estatuto de Roma en el contexto de los instrumentos multilaterales lo colocan en la categoría de tratado normativo que no intenta producir derecho y obligaciones recíprocos entre Estados, sino garantizar derechos y obligaciones entre Estados o individuos en su calidad de personas naturales frente a la Comunidad Internacional. En este sentido lo novedoso del Estatuto de Roma es la aparición concreta de la Comunidad Internacional en su conjunto como sujeto de derechos y obligaciones, en la medida en que le asiste el legitimo interés de la investigación, el juzgamiento y la sanción de crímenes que resultan trascendentales en el contexto de las ofensas a los bienes jurídicos mas costosos para la propia Comunidad Internacional.

Por tratarse de un instrumento que crea un organismo Internacional el tratado no admite reservas y por lo tanto este aspecto lo pone en una consideración especial frente a las formulaciones especiales de la Convención de Viena sobre los tratados. El Estatuto crea obligaciones estatales dirigidas a no permitir la impunidad de los delitos que constituyen su competencia material y por lo tanto resulta indispensable para los Estados Signatarios, para los Estados Partes y quienes se quieran adherir a él con posterioridad, un examen del compromiso efectivo que están dispuestos a asumir frente a las disposiciones del tratado.

Por otra parte, no sobran en el contexto continental algunas voces que han calificado el Estatuto de Roma como un instrumento de protección de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario replanteando la vieja polémica de las coincidencias siempre presentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por tener especial interés para países como el nuestro, esta tesis es digna de análisis en esta ponencia.

El derecho internacional de los derechos humanos ha adquirido un desarrollo que lo distingue de otros instrumentos internacionales en la medida en que los Estados que se someten a él no tienen intereses propios, sino el interés común de preservar los fines superiores de la razón de ser de la convención, o para ser más acertados se puede invocar la predica de la Corte interamericana de derechos humanos cuando afirma con respecto a estos instrumentos lo siguiente: no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos y obligaciones, y en beneficio de los Estados contratantes. Su objetivo y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientes de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común asumen varias obligaciones, no en relación con los Estados, sino hacía los individuos bajo su jurisdicción.

Ahora bien, teniendo en cuenta esta perspectiva surge inmediatamente un interrogante fundamental ¿Es el Estatuto de Roma un instrumento de protección de los derechos humanos que asuma estas características? Una respuesta que se base en las consideraciones

exegéticas del Estatuto sería negativa, pues el Estatuto no hace un reconocimiento propiamente dicho de derechos humanos, ni está orientado al objetivo de vincular a los Estados para que reconozcan los fines esenciales de la dignidad humana cristalizados en derecho positivo internacional. El objetivo al que apunta el Estatuto es el establecimiento de una jurisdicción penal internacional que no permita la impunidad con respecto a los crímenes que se consideran de mayor gravedad para la comunidad internacional en su conjunto. De allí, se puede responder en otro sentido, que el Estatuto es un instrumento para garantizar a través del derecho penal el respeto a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Este enfoque ha sido asumido por la exégesis brasilera, por ejemplo, Andre de Carvahlo Ramos permite reconocer en el Estatuto de Roma componentes de derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario. De hecho, afirma este autor, que la creación de Cortes internacionales para la protección de derechos humanos no es novedosa en el derecho internacional, si se tiene en cuenta, por ejemplo, que a este fin tienden la Convención Europea de derechos humanos de 1950 y su correspondiente americana de 1969. En ambos casos se trazan los dispositivos de derecho sustantivo y procesal, así como las reglas de organización y funcionamiento de las denominadas comisiones con el fin esencial de administrar justicia imparcialmente. La diferencia en este caso surge de la posibilidad de que sea la misma comunidad internacional a través de la Corte la que demande y aplique su jurisdicción directamente frente a la responsabilidad pena] de los individuos.

2. **El ejercicio de competencia compulsiva**

Sin duda la revolución que genera el Estatuto en materia de derecho internacional, es la establecida en el segundo párrafo del artículo 13, o lo que los expertos conocen como competencia compulsiva, en virtud de la cual el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede remitir a la Corte situaciones en las que probablemente se hayan cometido crímenes de competencia de la Corte. Esta facultad representa la concreción de lo que Naciones Unidas realizó con los Tribunales *ad hoc* y que en muchos casos se mal interpretó como una injerencia ilegítima del sistema jurídico internacional.

3. **Improcedencia de cargo oficial**

De acuerdo con los análisis hechos por los expertos y particularmente por el profesor Triffterer el final de la impunidad debe ser alcanzado "por igual [respecto de todos los autores] 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", artículo 27.1. Este artículo resulta de importancia práctica, porque los autores actuando en tal capacidad son, como la experiencia lo ha demostrado, el grupo más importante al que deben estar dirigidas las medidas de prevención y de represión disponibles de acuerdo al Estatuto de Roma. Los miembros de este grupo con bastante frecuencia cometen o participan en la comisión de semejantes crímenes abusando de sus poderes en estructuras jerárquicas, a veces por tolerancia silenciosa, tal y como lo ha sucedido en las dictaduras con bastante frecuencia, la tolerancia tiene un efecto multiplicador, y por lo tanto debe ser afrontada castigando en forma individual para prevenir los crímenes mencionados en el Estatuto y de esto modo hacer que la jurisdicción penal internacional sea lo más efectiva posible.

4. **Condiciones para que el tratado entre en vigencia**

En el mismo texto que comentamos del profesor Triffterer, se hace una referencia clara a la vigencia estableciéndose que Estatuto de Roma entrará en vigencia fuego de que 60 Estados hayan depositado sus Instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión" ante el secretario General de las Naciones Unidas, artículo 126.1. No obstante, es menester reconocer que la Corte no tiene fuerzas ejecutivas propias y por lo tanto su efectividad se basa en la cooperación vertical con los Estados, como aparece establecido en la Parte IX del Estatuto, para ejercer esta jurisdicción.

Por otra parte, el Estatuto y el ejercicio de la jurisdicción de la Corte están basados en la premisa de que existe jurisdicción nacional complementaria. Tal jurisdicción presupone que la "esencia" M Estatuto puede ser ejecutada en el Estado respectivo y que especialmente los crímenes allí definidos pueden y deberían ser perseguidos primariamente ante los tribunales nacionales. Así, en algunos eventos la incorporación de las disposiciones pertinentes, de derecho sustancial y procesal, resultan igualmente una condición para cumplir con los propósitos del Estatuto.

5. **La forma de hacerse Estado Parte**

El derecho internacional acepta prácticamente todas las opciones de ratificación que contemplen los sistemas legales domésticos. Sin embargo, no todos ellos son igualmente apropiados para cumplir con las obligaciones resultantes de convertirse en un Estado Parte o para cumplir mejor con los fines del Estatuto y el interés de los respectivos Estados. Desde este punto de vista el Estatuto de Roma contiene una gama amplia para que los Estados accedan a sus premisas, razón por la cual el artículo 125 contempla la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Consecuentemente, distingue en el artículo 125, parágrafos 2° y 3° entre "Estados signatarios" y "cualquier Estado". Sólo Estados signatarios pueden ratificar, aceptar o aprobar el Estatuto. Para ellos y para cualquier (otro) Estado el Estatuto estará abierto a "adhesión". Sin embargo, esta diferenciación no es importante para la entrada en vigencia del Estatuto como demuestran las alternativas, "ratificación, aceptación, aprobación o adhesión", enunciadas en el artículo 126.

Esta norma es resultado de un compromiso menor que condujo a un amplio consenso para la adopción del Estatuto en la Conferencia de Roma de que todas las cuatros categorías estuviesen incluidas para respetar la variedad de modalidades previstas en los diferentes sistemas legales nacionales. Lo decisivo, sin embargo, es que cualquiera que sea el procedimiento nacional, el instrumento debe ser depositado ante el Secretario General de las Naciones Unidas para que el Estado respectivo resulte claramente obligado. Lo mismo cabe predicar de un modo comparable para el procedimiento de incorporación de las normas pertinentes del Estatuto en la legislación interna. Si un Estado, por ejemplo, ratifica, el Estatuto se convierte en una especie de cláusula de inmediato cumplimiento *(self executing)* de acuerdo a su sistema legal doméstico. De tal manera que el Secretario General no tiene que ejercer control sobre este supuesto en el sentido en que corresponda a la realidad legal en ese país, salvo que existan bases razonables para creer que la ratificación, por ejemplo, se originó en un cuerpo nacional incompetente. El Estado que ratifica se enfrenta a la aplicación de los artículos 17 o 20, parágrafo 3°. Por esta razón es recomendable el estudio de los aspectos de compatibilidad con las reglas constitucionales nacionales.

6. **La piedra angular del estatuto (principio de complementariedad)**

La experiencia de los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio generalmente ha estado ligada a la idea de que los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad generaron la creación de medios de prevención y represión en el nivel internacional. Al menos, los académicos, hacen una relación directa entre la represión a nivel, penal internacional y lo que se conoce jurídicamente como *delicta juris gentium*, dando el paso a lo que hoy se puede considerar crímenes contra la comunidad internacional en su conjunto. En otras palabras la comisión de tales crímenes tiene dos características: por una parte involucran al nivel nacional la necesidad de su represión por los intereses de las victimas, pero por otra parte la comisión de tales actos constituye una injuria colectiva contra la humanidad, de tal manera que la creación de

instrumentos internacionales para la cooperación institucional en el campo de la represión criminal se presentaba como la solución más natural.

La concepción histórica de la justicia penal internacional no representa una innovación en el Estatuto de Roma, pues la represión de los *delicta juris gentium* tradicionalmente se ha dejado a las jurisdicciones de los Estados y excepcionalmente a la justicia penal internacional. La importancia de las jurisdicciones nacionales se muestra como una consecuencia de la estructura de la personalidad jurídica de la comunidad internacional, que está basada en la soberanía de los Estados y naturalmente en factores políticos de orden pragmático. En efecto es la soberanía de los Estados la que se impone frente a la justicia internacional, de tal manera que la justicia internacional solo actúa cuando aparezca desproporcionada la relación existente entre la comisión de los crímenes y los medios con los cuales el Estado tiene capacidad real de punición.

La función preventiva de la responsabilidad penal individual puede ser solamente efectiva si el rol que juegan las jurisdicciones nacionales resulta bien balanceado con el papel concurrente de los Tribunales Penales Internacionales. Por supuesto con la proyección de alcanzar este objetivo es importante que los Estados operando a través de su jurisdicción penal actúen de la manera más apropiada tomando en cuenta el carácter internacional del crimen y las exigencias que hace la comunidad internacional, y no sujetarse únicamente a las contingencias de su legislación interna.

Los ejemplos históricos han mostrado que desde este punto de vista es fundamental el rol de la jurisdicción nacional, aun si el caso es de la creación de una jurisdicción internacional. Así por ejemplo, en la declaración de Moscú de 1943 los tres poderes aliados acordaron que el juzgamiento de criminales de guerra debía ser encausado y castigado en los países en los cuales hubieran tenido ocurrencia los hechos, es decir, de acuerdo al principio de jurisdicción territorial. Solamente los crímenes de mayor entidad no estarían sujetos a las determinaciones de localización geográfica. Esta declaración fue relacionada en el acuerdo de Londres de 1945 que estableció el Tribunal Penal Militar Internacional, y que explica las razones por las cuales este tribunal únicamente se ocupó de 22 acusados de los cuales 19 fueron declarados culpables.

También esto explica que las jurisdicciones penales internacionales actúen de una manera selectiva delegando a las jurisdicciones nacionales la necesidad de hacer justicia y reservando para ellas los casos que resulten relevantes de acuerdo a los supuestos de competencia que se presentan de mayor gravedad. En otras palabras, la jurisdicción actúa teniendo en cuenta el significado y el impacto de los crímenes frente a la comunidad internacional (por ejemplo observando en la criminalidad estatal lo que corresponde a sujetos en posición de cargo oficial o perpetradores que han actuado a través de órdenes superiores). En principio el funcionamiento de la jurisdicción penal internacional no remplaza toda la jurisdicción penal nacional, ni absuelve a los Estados de su responsabilidad jurídica derivada de las obligaciones que se adquieren con la comunidad internacional. La creación de una jurisdicción penal internacional para la persecución de personas responsables de los crímenes más atroces está más bien ligada a las exigencias de ejercer justicia ejemplarizante en circunstancias especiales de manera suplementaria pero coherentemente con las líneas directrices de los principios generales del derecho penal internacional establecidos en el Estatuto.

Para efectos de observar las obligaciones que se desprenden del Estatuto es menester considerar la forma en que opera el principio de complementariedad. En primer lugar el artículo 17 del Estatuto define los supuestos de admisibilidad de manera negativa, es decir, el asunto entra a la competencia de la Corte una vez se hayan descartado las acciones que el Estado con jurisdicción sobre el caso ha emprendido para no dejar la conducta impune. En este sentido la discusión sobre la admisibilidad del caso responderá a un juicio de carácter político-legal que la Corte Penal Internacional tiene competencia para realizar sobre una justicia nacional. Lógicamente, este juicio está sujeto a dos supuestos esenciales: **la indisposición** para llevar adelante el caso o **la incapacidad** del Estado para ejercer la correspondiente jurisdicción penal.

Los términos indisposición e incapacidad pueden resultar abstractos y efectivamente fueron términos ampliamente discutidos durante la conferencia diplomática, lo cual no obsta para que en una exégesis se puedan clarificar los dos conceptos de manera más detallada, teniendo en cuenta las mismas causales de admisibilidad contempladas por el artículo 17 del Estatuto. Así por ejemplo, el párrafo 2° en comento establece como causal de indisposición que el proceso se esté llevando a cabo sin las garantías establecidas en el Derecho Internacional. Se podrá decir entonces que existe indisposición cuando un Estado ejerce su jurisdicción sobre un caso que puede ser competencia de la Corte y sin consideración a las garantías del debido proceso, sustrae a una persona a su responsabilidad Penal Internacional, aportando pruebas falsas, o con la utilización de un testimonio mendaz que conduzca inevitablemente a una absolución sin considerar otras pruebas. Desde este punto de vista, los expertos coinciden en afirmar que las obligaciones derivadas del Estatuto implican la revisión de todos aquellos procedimientos que resultan incompatibles con los estándares internacionales para administrar justicia penal con todas las garantías.

En lo que toca al tema de la incapacidad el artículo 17 contempla los aspectos de un colapso sustancial de las estructuras de la administración de justicia, es decir aquellas circunstancias en las que el Estado por ausencia de una estructura burocrática judicial no tiene capacidad de hacer comparecer al acusado, no dispone de pruebas o testimonios o no está en condiciones de adelantar una investigación o un juzgamiento. Este caso puede tocar muy de cerca de aquellos países en donde por razones del conflicto no hay posibilidad de administrar justicia criminal, bien porque se carece de jueces y fiscales o porque estos resulten amenazados en su integridad física para el cumplimiento de su labor.

El artículo en comento también contempla la causal, según la cual la Corte puede admitir cuando 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. En este sentido las justicias nacionales deben obrar de tal manera que los conflictos de competencia, la utilización de fueros, la obediencia debida y todas aquellas normas que no se compadecen con los estándares de administración de justicia imparcial resulten compatibles con el objetivo del Estatuto, por ejemplo, se deberán revisar los contenidos básicos relativos a la independencia de la judicatura, las directrices internacionales sobre la actuación de los fiscales o los principios consagrados para una jurisdicción militar imparcial contenidos en declaraciones internacionales.

LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES QUE ADQUIERE EL ESTADO COLOMBIANO CON LA RATIFICACION DEL ESTATUTO DE ROMA

En la medida en que esta ponencia está dirigida a la aprobación por parte del Congreso de la República del tratado internacional que crea la Corte Penal Internacional es necesario que los congresistas y el país tengan claridad sobre las obligaciones más importantes que se desprenden de la ratificación del Estatuto.

1. **La obligación de contribuir a la justicia penal internacional**

Siguiendo la orientación de los expertos en derecho internacional la primera obligación que se predica es la del ejercicio de la justicia nacional frente a los crímenes que constituyen la competencia material de la Corte, esto es, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio y agresión. Cuando el Estatuto entre a operar, emerge la obligación para los Estados Partes y los órganos de la Corte de

contribuir a la justicia internacional penal. Incluso, como característica especial del Estatuto surgen deberes para "un Estado que no es parte del Estatuto" mediante la aceptación establecida en el artículo 12, permitiendo mediante declaración que se ejerza la competencia respecto del crimen de que se trate.

Todos los crímenes de competencia de la Corte tienen, en principio, que ser primariamente investigados y perseguidos en el nivel estatal. La complementariedad establecida entre la jurisdicción de la Corte y los Estados Partes claramente da una prioridad a la jurisdicción de los Estados, mientras que en la comunidad internacional, por ende, reposa el "debido" ejercicio de la justicia penal internacional con la ayuda de los Estados Partes, valga decir, la obligación que se genera es un modelo **indirecto** de ejecución para cumplir con el objeto y fin del Estatuto.

Por otra parte, la financiación de la Corte prevé que los Estados Partes contribuyan a su sostenimiento de acuerdo con los artículos 113 a 118.

2. **La aceptación de la jurisdicción penal de la Corte Penal Internacional**

El artículo 12 del Estatuto establece que el Estado que pase a ser parte acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5°, es decir que sí se dan los supuestos de admisibilidad el Estado Parte debe permitir que la Corte ejerza su jurisdicción. Así el fiscal de la Corte Penal Internacional puede actuar o un Estado Parte puede remitir una situación en la que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de competencia de la Corte. Si se determinan los factores de competencia el Estado adquiere la obligación de colaborar y cooperar con la Corte para el esclarecimiento, la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de que se trata.

3. **Obligación de aplicación de los delitos contra la administración de justicia por los Estados Parte**

Esta obligación está contenida en el artículo 70 que establece en el párrafo 4°. "Todo Estado parte hará extensivas sus leyes que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean sometidos en su territorio o por uno de sus nacionales".

Esta obligación tiene como objeto asegurar la recta administración de justicia internacional, de tal manera, que todas las actuaciones judiciales se cumplan con toda la transparencia del caso y de acuerdo con los postulados del debido proceso.

4. **Obligación general de cooperación y asistencia judicial entre los Estados Parte y la Corte**

Los Estados están obligados a "cooperar plenamente" con la Corte, especialmente según la Parte IX del Estatuto. Además, en la medida en que tanto la Corte como la jurisdicción nacional tienen la tarea de investigar y perseguir "los crímenes más serios de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto", tienen que apoyarse mutuamente para cumplir con esta misión en común. De allí que, si la jurisdicción nacional necesita del apoyo de la Corte para adecuadamente investigar y perseguir alguno de estos crímenes, la Corte, por ejemplo, tiene que remitir los documentos al Estado en cuestión, aún si tal evidencia no está incluida en un caso ante la Corte concerniente al mismo sujeto o a la misma situación en un caso en trámite ante ella, sino en uno diferente en el cual la evidencia pasó a ser tal de un modo más o menos accidental.

El artículo 86 prescribe como obligación de los Estados Parte una cooperación plena con la Corte en relación con la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de su competencia. Esta obligación necesariamente implicará cambios en el derecho interno, si se tiene en cuenta que el artículo 88 establece "Los Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte". Las obligaciones que se desprenden de estos dos artículos se pueden enumerar como sigue:

a) Entrega de personas a la Corte;

b) Autorización de conformidad con el derecho interno de un Estado Parte para el tránsito por su territorio de personas que deban ser entregadas;

a) Dar prioridad a las solicitudes de la Corte cuando se presenten requerimientos recurrentes;

b) Asegurar conforme al derecho interno del Estado Parte la detención provisional de personas que sean solicitadas por ella;

c) Cumplir con las solicitudes para todas las formas de cooperación establecidas en el artículo 93;

d) Cumplir con la ejecución y órdenes de multa establecidas por la Corte Penal Internacional

LA CPI Y LA PAZ

En principio se podría pensar que el Estatuto de Roma contraría el proceso de paz actual y los eventuales que se lleven a cabo en el futuro, al fin y al cabo, aquel que está al margen de la ley vería que si eventualmente es indultado por el Estado Colombiano, se podría dar la posibilidad de ser juzgado por la Corte Penal Internacional. Eso, se pensaría, crearía un efecto que haría fracasar un proceso de paz.

Veamos algunas razones que nos muestran lo contrario:

1. Unicamente serán de competencia de la Corte aquellos crímenes que se cometan con posterioridad a la vigencia del Estatuto. De manera que el principio de la no retroactividad, aquí plenamente aplicable, lo que trata es de prevenir que en el futuro se cometan graves violaciones al DIH (Derecho Internacional Humanitario). Por otro lado, el argumentar no estar de acuerdo con el Estatuto porque en el futuro se piensa cometer una masacre o una atrocidad contra la población civil, es totalmente inaceptable. De manera que, viéndolo desde este punto de la no retroactividad, el Estatuto se convierte en un campanazo de alerta que debe incentivar, muy rápidamente, el compromiso a respetar las normas y principios del DIH.

2. El artículo 124 del Tratado consagra que, una vez vigente el Estatuto para un Estado, éste podrá denunciar la comisión de crímenes de guerra en su territorio y, en consecuencia, solicitar la competencia de la Corte para juzgar, de manera complementaria, estos crímenes después de siete años. En su informe ante el Senado, el Senador ponente del Acto Legislativo 02 de 2001 (Proyecto de Acto Legislativo 014 de 2001) anota que:

Si bien este constituye una prerrogativa interesante para Colombia y para los Estados que quieran ser parte en el Estatuto, cabría presentarse si le conviene al país hacer uso de la misma, teniendo en cuenta las obligaciones que contrajo internacionalmente al suscribir, aprobar y ratificar los cuatro Convenios de Ginebra y los Protocolos I y II y el hecho de reconocer en abril de 1966, luego de la entrada en vigor del Protocolo II, mediante declaración la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta para investigar las infracciones a los Convenios y Protocolos de Ginebra. De igual manera, Colombia se obligó, entre otras en buscar y hacer comparecer ante sus propios tribunales a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer cualquiera de las infracciones graves a las disposiciones de estas normas o a entregarlas a otra Parte Contratante para su juzgamiento. Así mismo, se comprometió a no exonerarse ni a exonerar a otra Parte Contratante de las responsabilidades en que hubieran incurrido a causa de esas infracciones.

Para el Senador ponente, esto sería totalmente inconveniente, pues podría retardar el necesario compromiso con el DIH por parte de los combatientes dentro del conflicto interno colombiano. De manera que, si el Tratado entra en vigencia a mediados del presente año, y el Estado hace uso del artículo 124, estamos hablando de la eventual

competencia complementaria de la Corte sobre los crímenes de guerra, en Colombia, dentro de siete años. ¿Si dentro de los próximos siete años la población combatiente en Colombia no se compromete a respetar las normas del DIH, concernientes a los crímenes de guerra, entonces cuando lo harán?

3. El que sean eventualmente juzgados, en el futuro, por la Corte depende única y exclusivamente de aquellos que han sido los autores de los crímenes más execrables, de nadie más. No depende de la sociedad civil, ni de los seres humanos inermes e indefensos, ni de las víctimas de los peores y más execrables crímenes.

4. ¡El DIH no es negociable! Sin duda alguna éste es la espina dorsal del Estatuto de Roma. O sea que, resumiendo, la Corte juzgará las violaciones graves a las normas del DIH (crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra). Estas tres forman parte del derecho consuetudinario de los pueblos que imponen obligaciones de las que nadie podrá sustraerse. Por lo tanto, no requieren de ratificación para que sean de inmediato acatamiento y respeto por parte de todos. ¡Es inaudito pensar que se puede negociar con la vida de una persona! Aun si no existiera esta Corte, las normas actuales de DIH y de Derechos Humanos son de obligatorio cumplimiento por parte de todos, y por ende, es un compromiso ineludible del cual nadie podrá sustraerse.

5. Infortunadamente el recientemente fracasado proceso de paz no se quiso construir sobre fundamento alguno. Comenzamos el proceso de pie, y hoy estamos hasta el cuello. ¿Por qué? Porque no lo basamos sobre un piso sólido. Un proceso, por la vía negociada, que se construya sobre arena movediza no avanzará jamás; por el contrario, se degenera. Por esta razón, los actuales y eventuales futuros procesos de paz fracasarán todos sí no se basan en el compromiso y respeto al DIH. Ese es el piso sólido y el punto de partida de cualquier proceso de paz. La carencia de éste es lo que ha generado tanto escepticismo por parte de la sociedad civil. Un proceso de paz, por la vía negociada, puede tardar mucho tiempo; pero si se lleva a cabo con el compromiso sólido de respeto al DIH, estoy seguro que los seres humanos de este país seguiremos creyendo en él.

6. En Colombia se están dando todas las condiciones para que Naciones Unidas, a través del Consejo de Seguridad, opte por la creación de un Tribunal *ad hoc* (que nace y fenece en el tiempo, para un territorio específico como el nuestro, y para funciones concretas) para Colombia. ¡Esto sería extremadamente grave para Colombia! El conflicto interno en Colombia se ha internacionalizado, no porque ilustres visitantes de otros países han venido a nuestra tierra, sino porque se ha deshumanizado y profundizado el conflicto. No olvidemos que este tipo de crímenes se cometen contra toda la humanidad en su conjunto, más que contra un Estado específico.

En Colombia se están cometiendo, día a día, los crímenes mas graves contra la humanidad, los cuales están consagrados en el Estatuto de Roma: genocidio, lesa humanidad y de guerra. Mucho me temo que Colombia está ad portas de ser objeto de un tribunal *ad hoc* que podría actuar de manera preferente (no complementaria) y retroactiva (no prospectiva). El doctor Oscar Julián Guerrero afirma que: "... El conflicto interno en Colombia presenta en un año muchas más víctimas mortales que las del conflicto de los Balcanes; tiene un número de desplazados equiparable al de los refugiados de Ruanda; las medidas utilizadas para hacer la guerra son, desde el punto de vista del Derecho Internacional Humanitario, tan reprochables como las que llevaron a la ONU a imponer un Tribunal Internacional *ad hoc* para Yugoslavia; el paramilitarismo colombiano, a diferencia del Yugoslavo, controla militar y políticamente zonas completas del territorio, sin la intervención de la Fuerza Pública; por último, la situación de violación de derechos humanos por parte de los agentes del Estado no es mucho más halagadora que la que se presentaba hace solo dos años para los ejércitos regulares involucrados en la guerra Serbia. Cierto, no hemos tenido limpieza étnica, pero a cambio tenemos las no menos probables limpiezas sociales; no hemos tenido genocidio al estilo de Ruanda, pero le hemos dado al mundo el vergonzoso espectáculo del exterminio físico de un grupo político". El aprobar y ratificar el Estatuto de Roma por parte de Colombia daría una señal contundente a los seres humanos en nuestro territorio y en el mundo, de nuestro compromiso inequívoco con los Derechos Humanos y el DIH. Este acto de grandeza evitaría, sin duda alguna, que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, ejerciendo su doble función de preservar la paz y la seguridad internacionales, imponga un tribunal *ad hoc* para Colombia.

7. Finalmente, los colombianos tenemos que apostarle a la paz, no de manera ilusa o retórica, sino con hechos concretos. ¿Qué mejor argumento que el hecho del compromiso con los Derechos Humanos y el DIH?

Un sistema de administración de justicia caracterizado por la independencia política, la imparcialidad hacia todas las personas (víctimas y victimarios), la eficacia en su funcionamiento y la transparencia en sus procesos tendrá efectos preventivos sobre potenciales infractores futuros. Esto es lo que la CPI (Corte Penal Internacional, trata de alcanzar y, si lo hace, la C.P.I., contribuirá a la paz.

LA CPI Y LA SOBERANIA NACIONAL

Hay una pregunta que ha sido formulada en varios escenarios académicos, estudiantiles y políticos: ¿Debe el Estado Colombiano abstenerse de aprobar y ratificar el Estatuto de Roma por razones de soberanía?

El artículo noveno de nuestra Constitución Política expresa en su primer inciso:

"Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia". (subrayado fuera de texto).

¿Será posible que en el mundo todavía persista aquella nación de soberanía consistente en el poder absoluto del Estado? ¿Será que los seres humanos estamos llamados a sacrificar, hasta lo más sagrado de nuestros deberes fundamentales, con tal de fortalecer un Estado "soberano"? ¿Los derechos humanos están al servicio de los Estados?

En primer lugar, la entrada en vigencia del Estatuto de Roma no afecta la potestad y soberanía de un Estado Parte para ejercer su control jurisdiccional dentro de su respectivo territorio y sobre sus habitantes o nacionales, pues el carácter subsidiario de esta Corte exige el agotamiento de las vías judiciales internas antes de otorgarle competencia a la Corte para adelantar una investigación particular. En algunos apartes del preámbulo del Estatuto así lo expresa.

"Los Estados Partes en el presente Estatuto, ...

Destacando, en este contexto, que nada de lo dispuesto en el presente Estatuto deberá entenderse en el sentido de que autorice a un Estado Parte a intervenir en una situación de conflicto armado o en los asuntos internos de otro Estado,

Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales..." (subrayado fuera de texto).

El doctor Valencia Villa, invitado por la Corte Constitucional, conceptuó al respecto:

"...resulta evidente que el constituyente ha decidido que la vigencia efectiva de las libertades fundamentales solo se consigue mediante la limitación de la soberanía del Estado y la ampliación correlativa de la autonomía del individuo. La única restricción de la soberanía nacional que no sólo puede aceptarse sino que incluso debe promoverse es la que se sigue de la plena aplicación de la legislación internacional de derechos humanos. Más aún, la actual coyuntura nacional exige la utilización del derecho internacional, de los derechos humanos, que es una normatividad general para democracias funcionales en tiempos de paz, y también y sobre todo, del derecho internacional humanitario, que es una normatividad especial para democracias disfuncionales en tiempos de guerra".

Debe quedar claro, entonces, que la Corte Penal Internacional no es un desafío a los Estados nacionales; por el contrario, es una garantía. La CPI no es un desafío a los Estados que se proponen impartir justicia, a combatir la impunidad, y a perseguir a los criminales internacionales. La CPI sí es un desafío a los Estados que cohonestan con la criminalidad y que son cómplices de la crueldad humana, o que son débiles, incapaces o tímidos ante esta.

Los derechos fundamentales no son otra cosa que un estatuto de limitaciones que se opone a todos los poderes; el primero de ellos es el poder estatal. Los derechos fundamentales son los que le imprimen sentido al ejercicio de la autoridad. El concepto de soberanía se constituye en función al servicio de los derechos humanos.

La soberanía implica, hoy más que nunca, el uso del poder para la protección de los derechos humanos. Los derechos humanos son antes que los Estados. Un Estado que se jacta de ser soberano comprende que éste está al servicio de los seres humanos. Un estado fuerte y soberano le rinde homenaje a los derechos humanos; al fin y al cabo, estos derechos son la razón esencialísima y el fundamento básico del Estado.

En segundo lugar, la CPI es una institución basada en un tratado que obliga sólo a los Estados Partes. Como lo ha expresado el Profesor M. Cherif Bassiouni: *"No es un cuerpo supranacional, sino un ente internacional similar a otros ya existentes. La CPI no es un sustitutivo de la jurisdicción penal nacional y no suplanta a los sistemas nacionales de justicia penal, más bien es complementaria de estos (artículos 1, 17). La CPI no hace más que lo que todos y cada uno de los Estados de la comunidad internacional pueden hacer conforme al actual derecho internacional. Es la expresión de la acción colectiva de los Estados Partes en un tratado, dirigida a crear una institución que haga justicia colectiva respecto de determinados crímenes internacionales. La CPI es, por tanto, una extensión de la jurisdicción penal nacional, creada por un tratado cuya ratificación por parte de la autoridad parlamentaria nacional lo convierte en parte del derecho nacional. Por consiguiente, la CPI ni afecta la soberanía nacional ni pasa por encima de ningún sistema nacional deseoso y capaz de cumplir sus obligaciones convencionales".*

El concepto de soberanía, tal y como se entiende en la Constitución Política permite que Colombia suscriba, apruebe y ratifique el Estatuto de Roma, dado que esa soberanía es hoy funcional, no como medida absoluta de poder, sino como poder enderezado al respeto y al ejercicio de los derechos humanos.

En tercer lugar, la CPI no sustituye la jurisdicción colombiana, ni significa una entrega o una delegación de la justicia nacional. Hay que enfatizar que la competencia de la CPI se limita únicamente a cuatro delitos (genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión). De igual manera el principio fundamental sobre el cual se edifica la competencia y la jurisdicción de la CPI es el de la complementariedad y el de la subsidiariedad. Esto significa que Colombia tiene que asumir la responsabilidad de Estado de investigar y juzgar a los criminales de los derechos humanos; en modo alguno podemos descansar en la jurisdicción internacional. La razón de ser de la creación de la CPI es precisamente la de estimular a los estados a que impartan justicia; lo ideal es que no lo haga la CPI.

LOS PASOS PREVIOS A LA RATIFICACION DEL ESTATUTO DE ROMA EN EL CONGRESO DE LA REPUBLICA

El actual Gobierno, desde el Ministerio de Relaciones Exteriores, inició el estudio del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Para tal efecto se comisionó un grupo de trabajo en el que participaron los Ministros del Interior, Justicia, Defensa, Vicepresidencia de la República en su calidad de alta comisionada para los D.H., Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Fiscalía General de la Nación, Comisiones de D.H. del Congreso, Comité Internacional de la Cruz Roja, ONG de D.H., y Representantes del sector académico.

El primer tema que se abordó fue el de su legalidad y conveniencia, se concluyó que no había impedimentos legales y se podría suscribir. Así se hizo el 10 de diciembre de 1998.

En febrero de 1999, se llevó a cabo la primera reunión de la comisión preparatoria de la CPI, donde Colombia, participó, a través de una delegación presidida por el embajador ante la ONU, Alfonso Valdivieso Sarmiento. Presentando a consideración varios documentos.

Igualmente nuestro país, participó en la reunión interseccional de la Comisión Preparatoria de la CPI, desarrollada en Siracusa (Italia), entre el 21 al 27 de junio de 1999. En esta oportunidad se debatieron propuestas de reglas de procedimiento y pruebas durante la etapa de juicio.

Además ha participado en la 2°, 3° y 4° reuniones de la comisión preparatoria desarrolladas en New York, en la sede de las Naciones Unidas, entre el 26 de julio y el 13 de agosto, 29 de noviembre al 27 de diciembre de 1999 y entre el 13 y 31 de marzo de 2000 respectivamente.

Por otra parte es necesario dejar constancia en esta ponencia es que el Congreso de la República, como pocas veces, en materia internacional ha sido protagonista fundamental para allanar el camino que conduzca a la ratificación de este importante instrumento internacional. La Comisión II del Senado de la República, preocupada por la dilación del Gobierno Nacional de buscar el mecanismo más adecuado de ratificación, por iniciativa del Senador Jimmy Chamorro, citó al Ministro de Relaciones Exteriores para que le explicara a dicha célula legislativa su posición frente al Estatuto de Roma. Dicho debate se llevó a cabo el siete de diciembre de 2000.

Al ser evidente la continua pasividad del Gobierno frente a este tema tan álgido, el suscrito Senador buscó el concurso de nueve parlamentarios más con el propósito de presentar un proyecto de acto legislativo que hiciera posible la ratificación, por parte del Estado colombiano, del Estatuto de Roma. Fue así como el 14 de marzo de 2001 se radicó el Proyecto de Acto Legislativo 014 de 2001 ante la Secretaría General del Senado.

Este mecanismo era necesario, pues, si el Congreso de Colombia aprueba el Estatuto de Roma, sin esa reforma constitucional previa, el cambio de una buena parte de nuestro ordenamiento interno, sería un imperativo, lo cual es muy dispendioso y demorado, por lo tanto, la mejor vía era el acto legislativo con el fin de modificar el artículo 93 de la Carta Magna (mediante adición).

El A.L. permitirá que el Estatuto haga parte del bloque de constitucionalidad (concepto jurídico que consiste en que, al evaluar la viabilidad constitucional de un caso o de una sola norma no solo se deben tener en cuenta los preceptos de la Carta Magna sino además los tratados internacionales vigentes y ratificados de manera armonizada).

Originalmente, el proyecto radicado pensó en aprovechar la primacía otorgada a los tratados internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario en el artículo 93 de la Constitución, que dio pie a la doctrina del bloque de constitucionalidad entre dichos tratados y las normas de la Carta Fundamental. Se planteó, en primera instancia, una reforma constitucional de dicho artículo que salvaba las incompatibilidades, al tiempo que cumplía el trámite de aprobación del tratado.

Sin embargo, en el transcurso de los debates que generaron las discusiones de dicho proyecto, el autor de la iniciativa y el Gobierno Nacional llegaron a un acuerdo para modificar el texto inicialmente presentado, en uno en el cual se subsanaran las incompatibilidades entre el Estatuto y la Constitución, pero que dejara la vía libre para la presentación del proyecto de ley aprobatorio por el Gobierno Nacional.

Finalmente, después de surtidos los ocho debates reglamentarios, el texto aprobado por el Congreso y promulgado por el Presidente de la República quedó así:

ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2001

por medio del cual se adiciona el artículo 93 de la Constitución.

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

"El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de Julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este Tratado de conformidad en 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 2°. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.

Esta fórmula que en algo se asemeja a la enmienda constitucional francesa realizada para los mismos efectos, logró el consenso del Senado de la República y de la Cámara de Representantes en los debates posteriores.

El suscrito Senador ponente, quien fue autor del Acto Legislativo 01 de 2001, considera que es pertinente dar una explicación de por qué el proyecto original incorporaba directamente el Estatuto de Roma a la Constitución y por qué, todavía, lo considera como el mejor camino que debió haber adoptado el Congreso en su momento. La incorporación de un tratado al derecho interno no es un asunto regulado en el derecho de los tratados (Convención de Viena); ésta es un asunto que le corresponde al derecho interno, o sea, a la Constitución de cada Estado y a las leyes de cada país. De hecho, encontramos diversos procedimientos en distintos regímenes jurídicos. En el caso Colombiano, el Presidente celebra (suscribe) el tratado, luego lo somete a consideración del Congreso; éste, mediante ley ordinaria, lo aprueba; posteriormente, se somete, oficiosamente, a la revisión de la Corte Constitucional (tanto el Tratado como la ley aprobatoria) y, finalmente, el Presidente lo ratifica, si así lo dispone, como director de relaciones internacionales. Frente a este procedimiento constitucional surgen varías preguntas: ¿El constituyente derivado puede modificar este procedimiento? ¿Este procedimiento y esas normas que lo contemplan son normas exentas del poder de reforma? ¿Esas normas pertenecen a una super legalidad constitucional? ¿Estamos hablando de los presupuestos axiológicos sobre los cuales se asienta la humanidad y el Estado colombiano cuando le reconoce la dirección de las relaciones internacionales al Presidente y al Congreso el poder de aprobar? ¿Proponer un procedimiento distinto "descuadernaría por completo la Constitución de Colombia y descuartizaría la organización institucional colombiana", como lo afirmó el Gobierno Nacional en su momento? ¿La incorporación del Estatuto de Roma a la Constitución Política "es un esperpento jurídico" como lo afirmó el Ministro de Justicia?

¡De ninguna manera! En debate realizado con la Comisión II del Senado el 17 de marzo de 2001 el señor Defensor del Pueblo argumentó que las actuales normas procedimentales son, como todas las normas de la Constitución, susceptibles de ser reformadas, siempre que el Congreso observe los procedimientos de reforma estipulados en la misma Constitución, que es lo que efectiva y celosamente se hizo.

Sin duda alguna, el constituyente derivado no solamente tiene límites de forma, sino también de fondo. Pero, tiene límites de fondo cuando se trate realmente de modificar los aspectos sustanciales de la Constitución como por ejemplo, el principio democrático, los derechos humanos, etc. Sin embargo, cuando en caso *ad hoc* se procede a "hurtarle al Presidente de la República la prerrogativa de presentar aquí un texto de Tratado "o hurtarle al Congreso la facultad y la función de aprobarlos", de manera alguna se están vulnerando los presupuestos axiológicos que pueden ser vinculantes al constituyente derivado. Son todas normas, procedimientos, trámites, facultades y funciones que pueden ser reformadas mediante reforma constitucional por vía de acto legislativo. No hay cláusula alguna de intangibilidad que se pueda oponer al Congreso en función constituyente (artículo 136 de la Constitución Política). Por el contrario, cuando el constituyente derivado –en este caso, Congreso de la República– asume una acción constituyente, puede disponer de las funciones de los poderes constituidos y subrogarse en ellos con mayor fuerza y con mayor jerarquía. De manera alguna se pretendió infringir la iniciativa del presidente. El Congreso lo puede hacer en cualquier momento; esto no se llama "violación", es asunción de poderes, es ejercicio del poder constituyente.

Hay que recordar que la Constituyente de 1991 revocó la función del Congreso y lo extinguió, temporalmente. De igual manera, creó una Comisión Legislativa Oficial. Aquí, no se trató de hacer eso. Se pretendió disponer de unas funciones para un caso especial. El proyecto de acto legislativo original consagraba funciones *ad hoc* solamente en relación con el Tratado que, en este y en muchos siglos, va a ser el más importante suscrito por los Estados del mundo. Solamente en relación con dicho Tratado Internacional, el Congreso se quiso atrever a ejercer su poder constituyente. Las críticas que se esgrimieron por parte del Gobierno hubieran sido válidas si el Congreso, mediante ley ordinaria, por iniciativa parlamentaría, hubiera iniciado el trámite de aprobación de un tratado. Pero, aquí se actuó como constituyente en una dimensión completamente distinta. Lo que se buscó era que el Congreso, como constituyente derivado, elevara a la más alta política la aprobación del tratado más importante que va a ratificarse en el orbe. En la misma tradición jurídica del país, en la Constitución de 1886 se contemplaba que el Presidente de la república, en receso de las Cámaras, podía aprobar y ratificar convenios y tratados internacionales con el simple visto bueno del Consejo de Ministros y la convención del Consejo de Estado. O sea que, en la tradición jurídica del país hemos encontrado que hay poderes depositados en la cabeza del Presidente que hacen caso omiso del Congreso.

De otra parte, el Gobierno argumentó que el proyecto de acto legislativo original "eliminaría la revisión del tratado por parte de la Corte Constitucional. Desafortunadamente el Gobierno desconoce que este paso, estableció claramente en nuestra Constitución, no hace parte de nuestra tradición. En la Constitución de 1886 no hubo un texto que positivamente consagrará el control constitucional respecto de los tratados públicos. Así mismo, desde julio 6 de 1914 y hasta sentencia de junio 6 de 1985, la Corte Suprema de Justicia (Sala Plena), afirmó su incompetencia absoluta para conocer de las leyes aprobatorias de tratados públicos. Muchos convenios y tratados fueron aprobados y ratificados de esta manera, entre las cuales sobrellevó: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticas, Convención Americana de Derechos Humanos y los Convenios de Ginebra (artículos comunes).

El procedimiento *ad hoc* inicialmente propuesto es similar al que estableció la Constitución de 1991 en su artículo 58 transitorio que reza: "Autorizarse al Gobierno Nacional para ratificar los tratados o convenios celebrados que hubiesen sido aprobados, al menos, por una de las Cámaras del Congreso de la República". En Sentencia C-562/92, la Corte Constitucional catalogó dicho procedimiento *ad hoc* como un "trámite *sui generis* y de carácter excepcional" (contrario al calificativo de "esperpento jurídico" que le dio el Ministro de Justicia).

En la misma sentencia, la Procuraduría, conceptuó así: las exigencias del artículo 241 numeral 10 no se cumplen en el caso sometido a juicio de la Corte ya que no existe ley aprobatoria de un tratado internacional, simple y llanamente se encontraba en tránsito de ser ley de la República ... se trataba de un acto que no alcanzó a ser ley, pero por tratarse de la incorporación válida de un instrumento internacional, y ante la disolución del Congreso de la República, la Asamblea Nacional Constituyente consideró necesario otorgarle al Presidente una autorización especial y *sui géneris*, para ratificar algunos tratados, sin que mediaran las condiciones de validez en su aprobación, como sucederá con los tratados que se tramitan en el Congreso de la República". Entre muchos Tratados, vale la pena mencionar que el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra fue aprobado con dicho procedimiento "*sui generis* y de carácter excepcional".

En esta situación tan grave que vive este país de víctimas, ¿no podía hacerse una gloriosa excepción a aquella manipulada "tradición" que el gobierno argumentó para quitarle a los colombianos la posibilidad de tener esa garantía como seres humanos? O sea que ¿la vieja prerrogativa de un poder constituido es capaz de obstaculizar el ingreso al derecho nacional de un Tratado que le va a dar a los colombianos una herramienta para defenderse? En honor a la verdad, estos argumentos simplemente explotan una falacia que ha sido resuelta con claridad.

La oposición férrea del Gobierno Nacional a la iniciativa original, generaron muchas inquietudes dentro y fuera del Congreso: ¿por qué el Gobierno suscribió el Tratado de Roma el 10 de diciembre de 1998 y lo guardó, silenciosamente, durante dos años? ¿Puede el Presidente de la República sentirse "hurtado" o "ultrajado" de sus funciones, cuando es precisamente él, como Jefe de Estado, quien debe garantizar los derechos humanos en Colombia? ¿La preservación de una "tradición" (la cual no es tal como se ha comprobado), puede obstaculizar una respuesta (constitucional y legítima) al sufrimiento de los seres humanos en Colombia? El gobierno argumentó que dicha iniciativa vulneraba la dignidad del Mandatario Nacional. Pero, ¿dónde está la dignidad de las personas, en nuestro país, que han sido objeto de los más crueles crímenes condenados por toda la humanidad? Los argumentos expresados por el gobierno, debidamente refutados, ¿no estuvieron ocultando otras razones de fondo que fueron las verdaderas razones a su oposición? Recordemos que en debate convocado por la Comisión II, el Ministro de Relaciones Exteriores expresó en su respuesta al cuestionario de citación: "Resultaría prematuro emitir un pronunciamiento de carácter terminante sobre la oportunidad y conveniencia de ratificarlo, o no, de cara al proceso de paz" (7 de diciembre de 2000).

La vía seleccionada inicialmente merece aquí unas palabras adicionales: debido al complejo procedimiento establecido en la Constitución Nacional para que los instrumentos internacionales sean vinculantes para el Estado colombiano (firma, aprobación legislativa, control de constitucionalidad, etc.) se vislumbró la probabilidad de que la Corte Constitucional, en el control que le asiste frente a los tratados aprobados por el Congreso declarara algunas normas del Estatuto incompatible con la Constitución. Es bien sabido que de haberse presentado esta situación, el Estado colombiano no podría darle vigencia a un instrumento de manera parcial, sabiendo de antemano que se adquiría la obligación internacional de respetar el texto completo y sin reservas del Estatuto, pues lo contrario implicaría oponer a las obligaciones internacionales que se desprenden del mismo las consideraciones propias del derecho público interno, dejando sin efectividad los compromisos internacionales de un Estado jurídicamente serio.

El estudio de las diversas modalidades de ratificación que se habían alcanzado en el derecho comparado, advertían que el problema no era únicamente nuestro y en la misma medida se encontraron problemas recurrentes frente al derecho constitucional de los países que pretendían hacerse parte del Estatuto. Un inventario de esos problemas se puede reducir al siguiente catálogo:

a) Teniendo en cuenta el preámbulo del Estatuto y los fines que se propone, esto es, evitar la impunidad surge el interrogante relativo a la condición en que quedarían las normas constitucionales que permiten la impunidad, tales como amnistías o indultos;

b) La facultad de la Corte conforme al artículo 4° inciso 2° de administrar justicia en el territorio de un Estado Parte y la facultad del Fiscal de iniciar investigaciones penales motu proprio, enfrentadas a la consideración de soberanía;

c) Las limitaciones al principio de la cosa juzgada contempladas en el inciso 3° del artículo 20;

d) El principio del juez natural consagrado constitucionalmente;

e) Las ambigüedades proyectadas en materia de prohibición de extradición para delitos políticos;

f) La imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte conforme al artículo 29;

g) La improcedencia de cargo oficial para ser justiciable por la Corte;

h) La posibilidad de imponer penas de cadena perpetua conforme al artículo 77.

El elenco es arbitrario, pero en todo caso da una visión, del marco problemático que se enfrenta. Por esas razones se presagiaban intensos debates internos, respecto a su constitucionalidad, de tal manera que para salvar los obstáculos era preciso una reforma constitucional previa.

Ahora bien, la adición de la Constitución en su artículo 93 también merece explicación en esta ponencia, toda vez que la jurisprudencia constitucional tiene un precedente claro con respecto a las normas del derecho internacional humanitario y su tratamiento constitucional, a propósito de la ratificación de los Protocolos Adicionales a los Cuatro Convenios de Ginebra. De acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos prevalecen en el orden interno y son marco de referencia para la interpretación de la carta de derechos de la Constitución Política.

Para la Corte Constitucional, en la Sentencia C-574 de 1992, mediante la cual estudió la constitucionalidad del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, "los principios del derecho internacional humanitario "plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del *ius cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos. La Carta de 1991 confirma y refuerza tanto la obligatoriedad del derecho internacional de los derechos humanos, como la del derecho internacional humanitario. En consecuencia, se acogió la fórmula de la incorporación automática del Derecho Internacional Humanitario al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el *ius cogens*". En la misma Sentencia, la Corte afirmó lo siguiente: "De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios. El derecho internacional humanitario es, ante todo, un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo".

Posteriormente, en la Sentencia C-225 de 1995, mediante la cual se estudió la constitucionalidad del Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra, la Corte Constitucional reiteró su pronunciamiento anterior y, al respecto, manifestó: "el derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. Así, esta Corporación, en las sentencias citadas, y en concordancia con las más autorizadas doctrinas y jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del *ius cogens*. Ahora bien, al tenor del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, se entiende por norma *ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional general 'una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter'. Por ello, según este mismo artículo de la Convención de Viena, todo tratado que contradiga esos principios es nulo frente al derecho internacional. Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario".

En esta misma, Sentencia, la Corte introduce la noción de bloque de constitucionalidad como el conjunto de "normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la misma Constitución". Según la Corte Constitucional, los tratados de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario forman parte del "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto es obligación de todos en Colombia.

En suma, la jurisprudencia constitucional ya otorga elementos de juicio sobre la armonía de las normas internacionales sobre derechos humanos y el derecho internacional humanitario con el ordenamiento jurídico interno, de donde resulta fácil inferir que la Corte Constitucional recabará en su examen este aspecto profundizando lo correspondiente a la naturaleza jurídica del Estatuto y su vía de protección indirecta de los derechos humanos de acuerdo con la doctrina internacional más autorizada. No sobra anotar que es la misma Corte Constitucional la que en la decisión de 1995 ha solucionado los problemas de congruencia infraconstitucional, al decir que 'la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores'. El Estatuto de Roma es justamente un instrumento que permite la realización material que predica la Corte.

LA URGENCIA DE RATIFICAR ENTRE LOS PRIMEROS 60 ESTADOS

Para Colombia es de extrema importancia no solo ratificar el Estatuto de Roma, sino el haber estado dentro de los primeros sesenta (60) países que lo hicieron. El no haberlo hecho prontamente, gracias a la imprevisión del Gobierno colombiano y de su tardío compromiso, fue un error histórico por parte del Estado colombiano. He aquí algunas funciones que llevará a cabo la Asamblea de los Estados Parte conformada por los primeros 60 países ratificadores:

1. Aprobar el acuerdo de vinculación de la Corte con la Organización de las Naciones Unidas (artículo 2°).

2. Aprobar los elementos de los crímenes que ayudará a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6° (el crimen de genocidio), 7° (los crímenes de lesa humanidad) y 8° (los crímenes de guerra). Dichos elementos harán parte preferencial del derecho aplicable que empleará la Corte (artículo 9°).

3. Elegir a los primeros 18 magistrados que compondrán la primera Corte de candidatos que proponga cualquier Estado Parte. Para nuestro país sería muy importante postular un colombiano para ocupar un asiento en este alto tribunal. Dicha Corte, a su vez, elegirá al Secretario por un período de cinco años, en régimen de dedicación exclusiva. Dicho funcionario será el principal funcionario administrativo de la Corte y establecerá una dependencia de víctimas y testigos dentro de la Secretaría (artículos 36 y 43).

4. Elegir al Primer Fiscal por un período de nueve años, el cual tendrá plena autoridad para dirigir y administrar la Fiscalía, con inclusión del personal, las instalaciones y otros recursos (artículo 42).

5. Aprobar el Reglamento del Personal propuesto por el Secretario, el cual establecerá las condiciones en que el personal de la Corte será designado, remunerado o separado del servicio (artículo 44).

6. Aprobar las Reglas de Procedimiento y Prueba (artículo 51). Este es, quizás, una de las razones de mayor peso por el cual Colombia debe ratificar, lo antes posible, el Estatuto. Las Reglas serían, junto con los elementos de los crímenes, el complemento normativo más importante que tendrá el Estatuto. A continuación se enuncian algunas razones que así lo confirman:

a) El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares, una petición de autorización para ello. Las víctimas podrán presentar observaciones a dicha Sala de conformidad con las Reglas (artículo 15);

b) En cuanto al derecho aplicable, la Corte empleará de manera preferencial, el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas (artículo 21);

c) La Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el Estatuto, de conformidad a lo establecido en las Reglas (artículo 31);

d) Un magistrado, el Fiscal, un Fiscal adjunto, el Secretario o el Secretario Adjunto será separado del cargo cuando se determine que ha incurrido en falta grave o en incumplimiento grave de las funciones que le confiere el Estatuto y según lo establecido en las Reglas (artículo 46);

e) El Magistrado, Fiscal, Fiscal adjunto, Secretario o Secretario adjunto que haya incurrido en una falta menos grave que la mencionada en el literal anterior será objeto que haya incurrido en una falta menos grave que la mencionada en el literal anterior será objeto de medidas disciplinarias de conformidad con las Reglas (artículo 47);

f) El Reglamento de la Corte será aprobado por los magistrados de conformidad con el Estatuto y las Reglas (artículo 52);

g) Las Reglas complementarán el Estatuto en lo concerniente a las funciones y atribuciones de la Sala de Cuestiones Preliminares (artículo 57);

h) La Corte permitirá, en las fases de juicio que considere conveniente y de conformidad con las Reglas, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas sí se vieren afectados sus intereses personales (artículo 68);

i) La declaración y la prueba testimonial se hará de conformidad con las Reglas (artículo 69);

j) Las Reglas establecerán los principios y procedimientos que regulen el ejercicio por la Corte de su competencia sobre los delitos contra la administración de justicia (artículo 70);

k) Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado (artículo 78);

l) Las fallas dictadas por la Sala de Primera Instancia serán apelables, de conformidad con las Reglas (artículo 81);

m) Decisiones distintas a las mencionadas en el artículo 81 del Estatuto, podrán ser apeladas de conformidad con las Reglas (artículo 82);

n) En circunstancias excepcionales, la Corte, si determina la existencia de hechos concluyentes que muestren que hubo un error judicial grave y manifiesto tendrá la facultad discrecional de otorgar una indemnización, de conformidad con los criterios establecidos en las Reglas, a quien hubiere sido puesto en libertad en virtud de una sentencia definitiva absolutoria o de un sobreseimiento de la causa por esa razón (artículo 85);

o) Las solicitudes de cooperación formuladas por la Corte a los Estados Parte están soportadas, en gran parte, en lo establecido en las Reglas (artículo 87);

p) Otras formas de cooperación, como la divulgación ulterior de documentos de carácter confidencial, se hará de conformidad con las Reglas (artículo 93);

q) La Asamblea de los Estados Parte desempeñará las funciones establecidas en el Estatuto y en las Reglas (artículo 112).

7. Establecer un Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas y de sus familias y fijar sus criterios administrativos (artículo 79).

8. Elegir, por períodos de tres años, al Presidente, a los dos Vicepresidentes y a los 18 miembros de la Primera Mesa de la Asamblea. Dicha Mesa tendrá carácter representativo, teniendo en cuenta, en particular, el principio de la distribución geográfica equitativa y la representación adecuada de los principales sistemas jurídicos del mundo (artículo 112).

9. Aprobar el primer reglamento de la Asamblea (artículo 112).

10. El argumento final es, sin duda alguna, el más importante: Colombia debe aprobar y ratificar, lo antes posible el Estatuto, porque un país de víctimas, como lo es el nuestro, debe ser el abanderado de la creación y la puesta en práctica de la Corte Penal Internacional.

LA IMPORTANCIA DE QUE ESTE CONGRESO

APRUEBE ESTE INSTRUMENTO INTERNACIONAL

Como ponentes de este proyecto, no pueden estar ausentes de nuestra exposición los múltiples interrogantes que surgen de la posible aprobación de este tratado. Esos interrogantes hacen referencia a la relación entre soberanía y administración de justicia penal nacional; a las obligaciones que se desprenden de la ratificación del Estatuto y la capacidad de nuestra justicia penal para cumplirlas y por último a las consideraciones de conveniencia frente a las actuales circunstancias políticas, especialmente la ruptura del proceso de paz. Para cada uno de los cuestionamientos enumerados aquí, pueden existir respuestas que están perfectamente cubiertas por el ropaje de la jurisprudencia y a las cuales es menester hacer referencia, pero que en nuestra consideración resultan absolutamente tangenciales frente a las consideraciones de orden político que se argumenten para adoptar el Estatuto.

En primer lugar, han sido los propios constitucionalistas los que han reconocido que el Estatuto no representa una limitación a las prerrogativas características de la soberanía de los Estados. Al fin y al cabo, el reconocimiento de los derechos fundamentales y los derechos humanos de orden internacional consagrados en los ordenamientos constitucionales, han puesto de presente que lo que se está formando es un 'constitucionalismo de derecho internacional' en donde los Estados tienen claras talanqueras jurídicas que imponen al poder y a quienes pretenden ejercerlo un respeto absoluto por la dignidad humana que es demandado por el sistema jurídico internacional. Pero si de respuestas políticas se trata, baste recordar que justamente la relación entre soberanía y administración de justicia penal ha sido materia de nuestros más arduos debates en el Congreso de la República. No hace mucho, aprobamos otra reforma constitucional para permitir la extradición de colombianos presionados por quienes alegaban nuestra incapacidad para administrar justicia frente a una criminalidad que resquebrajó los cimientos del Estado y discutimos hasta la saciedad que la criminalidad internacional no tenía fronteras y en esa misma medida resultaba adecuado y necesario que otros juzgaran nuestros nacionales. No creemos que ahora los mismos argumentos resulten menos válidos, solamente porque se trata de otro tipo de justiciables, nada menos que de aquellos que agravian con sus actuaciones a la humanidad en su conjunto y que causan mucho más dolor justamente porque el orden legal interno ha reservado para ellos los privilegios de una posible exoneración, bien porque se amparan en la actitud cómplice del Estado o porque creen que el fin justifica los medios bélicos con los que pretenden acceder al poder, sin pasar por el tamiz del derecho. En ambos casos la justicia penal internacional es una respuesta a lo que alguna intelectual germana calificó 'como la banalidad del mal'

En segundo lugar, estaremos en capacidad de cumplir las obligaciones que se desprenden de la ratificación del Estatuto de Roma, únicamente sí adquirimos un compromiso real para que la administración de justicia penal colombiana se ponga a tono con los requerimientos que en esta materia demandan los instrumentos internacionales. Ese compromiso implicará que lo que hasta hoy ha servido para garantizar la impunidad, quede definitivamente proscrito de los rituales procedimentales que niegan la imparcialidad o el debido proceso con las garantías internacionalmente reconocidas. También representa un desafío complejo desde cualquier punto de vista, nuestra efectiva capacidad para administrar justicia materialmente, pero por esa misma razón, no creemos que resulte inadecuado que en algunos casos sea la Corte Penal Internacional la que ejerza su jurisdicción, pues ante crímenes tan graves como los que han acaecido en razón de nuestro conflicto armado, puede ser mejor para los implicados y para el Estado que sin renunciar a nuestras responsabilidades primigenias, la justicia internacional siente precedentes claros sobre las implicaciones éticas y legales del ejercicio de la fuerza.

En tercer lugar, creemos más que conveniente que el Estatuto marque un derrotero con respecto a nuestro conflicto armado. Este instrumento contiene un valioso molde de comportamiento que fortalece la dignidad humana en medio del conflicto, pues constituyen el último esfuerzo de lo que el derecho de por lo menos tres siglos de tradición consuetudinaria y positiva considera como ético y legítimo en los enfrentamientos armados. Entiéndase que el Estatuto no es una negación de la guerra; es un marco en el que la guerra, como medio inevitable de la política cede su patética irracionalidad a favor de la dignidad humana y de quienes tenemos el derecho inalienable a permanecer al margen del conflicto.

CONCLUSION

Un país de víctimas, como lo es Colombia, debe ser el que lidere y abandere la creación y puesta en práctica de la Corte Penal Internacional. Colombia no puede darse el lujo de ser el Estado que posteriormente adhiera al Estatuto de Roma, sino que debe estar entre los primeros países en ratificar este tratado.

La maldad de unos pocos hombres llevará a la humanidad a proponer la Corte Penal Internacional; la bondad de la mayoría, lo puede hacer

posible. El Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, describió el establecimiento de la CPI como "un regalo de esperanza para las futuras generaciones". En la ceremonia de Apertura de Firmas del Tratado de Roma (18 de julio de 1988), el Profesor Bassiouni afirmó: "El mundo nunca será el mismo después del establecimiento de la Corte Penal Internacional... El establecimiento de la CPI simboliza y encarna ciertos valores fundamentales y expectativas compartidas por todas las personas del mundo y es, por tanto, un triunfo de todas las personas del mundo. La CPI recuerda a los gobiernos que la *real politik*, que significa la justicia en el altar de los acuerdos políticos, no es más aceptable... La CPI no será una panacea para todos los males de la humanidad. No eliminará los conflictos, no regresará a la vida a las víctimas, ni restaurará las condiciones de bienestar previas a los sobrevivientes, y no pondrá ante la justicia a todos los culpables de graves crímenes. La CPI como tal, junto con otras instituciones legales, nacionales e internacionales, dará su contribución a la humanización de nuestra civilización".

Por las razones anteriormente expuestas, con todo respeto, presento la siguiente

PROPOSICION FINAL

Dése segundo debate al Proyecto de ley número 221 de 2002 Senado, "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)".

De los honorables Senadores,

Jimmy Chamorro Cruz,

Senador Ponente.

CONTENIDO

Gaceta número 137 - Martes 30 de abril de 2002
SENADO DE LA REPUBLICA

Págs.

PONENCIAS

Ponencia para segundo debate en segunda vuelta al Proyecto de Acto Legislativo número 05 de 2001 Senado, por la cual se deroga el artículo 76 de la Constitución Política, se modifica el artículo 77 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. 1

Ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 221 de 2002 Senado, 232 de 2002 Cámara, por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el 17 de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998). 5

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA - 2002