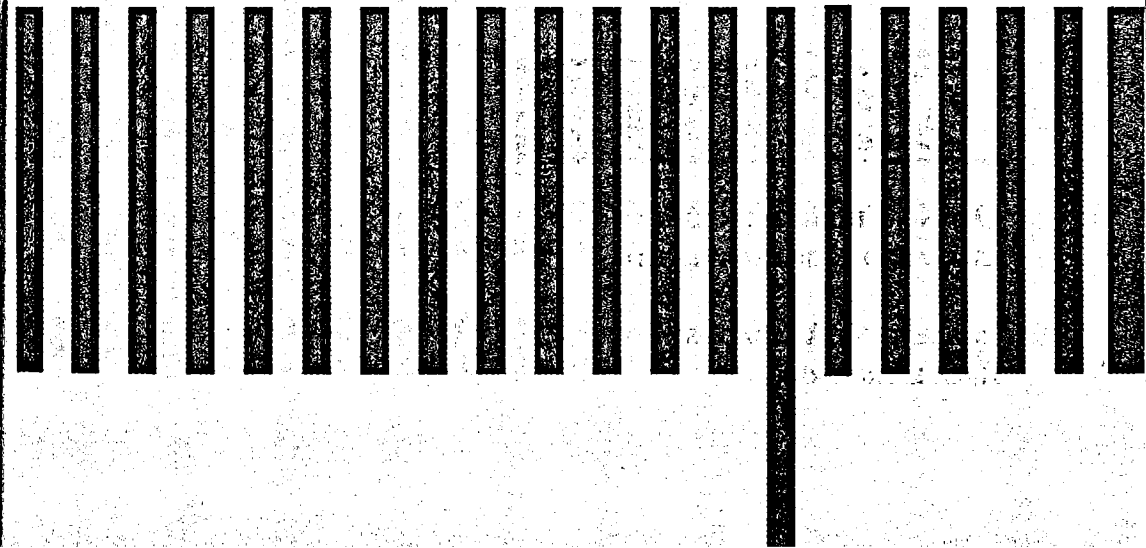


XIV H/Vol 1475 B

seminario internacional

I Corte Penal Internacional

Instrumento de Paz para Colombia



© **TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS**
PRIMERA EDICIÓN, FEBRERO 2004

Juristisches Seminar
der Georg-August-Universität
Göttingen

2004/1933



DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN:
LEONARDO HERRERA ALMEIDA

IMPRESIÓN Y ACABADOS:
PREZ IMPRESORES

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	7
REFLEXIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS CONCERNIENTES AL DERECHO A LA VERDAD, A LA JUSTICIA Y A LA REPARACIÓN: MICHAEL FRÜHLING	15.
RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y RECONCILIACIÓN: EL DERECHO PENAL FRENTE A LA VIOLENCIA POLÍTICA MASIVA EN SUDÁFRICA, RUANDA Y EL SALVADOR. JAN SIMON	33
PANEL DE DISCUSIÓN: CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.	
• JIMMY CHAMORRO	59
• CARLOS JULIO VARGAS	67
• JUAN GABRIEL URIBE	85
ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES CONTENIDOS EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD DEL ESTATUTO DE ROMA. CHRISTOPH WOLFRUM	91
UNA APROXIMACIÓN AL PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. ESTEBAN PERALTA	107
LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA FRENTE A LA NUEVA JUSTICIA PENAL SUPRANACIONAL. OSCAR JULIÁN GUERRERO	125

PROF. DR. KAI AMBOS

*Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal Derecho Comparado,
Derecho Penal Europeo e Internacional en la Georg August
Universidad de Göttingen/Alemania.*

IMPUNIDAD, CORTE PENAL INTERNACIONAL Y COLOMBIA

Muy buenos días, Señoras y Señores. Primero que todo quiero agradecer a las Fundaciones Konrad Adenauer y País Libre por tan amable invitación.

El tema que debo tratar se refiere a la relación entre impunidad y Corte Penal Internacional aunque, realmente, con las excelentes conferencias de mis colegas se han cubierto muchos de los temas que yo quería tocar. Es obvio que la problemática a tratar es muy amplia y no se puede abarcar, de manera exhaustiva, en el tiempo que me queda, máxime si se tiene en cuenta que precedo a otros dos ilustres conferencistas; así que no quiero hablar demasiado.

Comenzaré mi exposición abordando el tema, básicamente, desde dos puntos de vista: de un lado, el internacional y general, el cual se refiere al problema de la impunidad y la Corte Penal Internacional; y, del otro lado, el caso concreto colombiano, sobre el cual me permito hacer algunos comentarios al proyecto mal denominado de "Alternatividad Penal".

I. Impunidad y Corte Penal Internacional

Es claro que la misma creación del Estatuto de Roma y su posterior ratificación, cinco años después, por noventa y dos Estados que representan geográficamente casi a todo el mundo, constituye no sólo un momento histórico trascendental sino un gran logro de la comunidad internacional y de la Coalición de Organizaciones no Gubernamentales, sin las cuales hubiera sido muy difícil obtener este objetivo. En América Latina, todos los países importantes ratificaron el Estatuto de Roma con excepción de Chile y México lo cual pone de presente, de una manera muy clara, que los Estados han entendido el mensaje intrínseco del Derecho Penal y del Derecho Internacional Público: *¡no a la impunidad por delitos atroces!*.

Si ustedes estudian detalladamente el preámbulo del Estatuto de Roma encontrarán que él señala al respecto, lo siguiente:

„..... Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,“

Y, finalmente:

„Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales,.....“

* Responsable de las áreas “Derecho Penal Internacional” e “Hispanoamérica” del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional/ Friburgo.

* Agradezco al Prof. Fernando Velásquez Velásquez, Medellín, Colombia, la revisión del texto.

Este último Parágrafo recalca la obligación y el deber de los Estados de castigar ése tipo de crímenes, independientemente de la ratificación del Estatuto de Roma.

Ahora bien, con el Estatuto de Roma tenemos la ventaja de compilar una visión clara y consensual de los crímenes internacionales: Genocidio, Crímenes contra la Humanidad, Crímenes de Guerra y, finalmente, el crimen de Agresión, aun por definir. En este sentido, no hay ninguna discusión al reconocer que antes de 1998 el Derecho Penal Internacional tenía ciertas violaciones tipificadas; hoy en día, esos atentados están compilados en este Instrumento y han sido aceptados por decisión soberana y ratificados por los Estados, incluido el colombiano. Aún así, se tiene que reconocer que el Estatuto no es un instrumento dogmático e inflexible, sino *flexible*, abierto a procesos de paz, como se desprende de los trabajos preparatorios de las delegaciones en Roma y fundamentalmente de tres de sus normas, a saber:

- El artículo 16, que prevé la posibilidad, para el Consejo de Seguridad las Naciones Unidas, de suspender una investigación de acuerdo con el capítulo 7 de la Carta de las Naciones Unidas.

- El artículo 17, que consagra el principio de la complementariedad; y,

- El artículo 53, famosa disposición a la que siempre se hace referencia acá en Colombia, que contiene la cláusula de los intereses de justicia (*interests of justice*), típica del derecho procesal norteamericano, del sistema common law, que deja a discreción del fiscal el inicio de la investigación.

Justamente, sobre este artículo se ha discutido abiertamente en referencia a los procesos de paz; es una expresión de flexibilidad frente a los anhelos de paz *“reales”*. Pero, la pregunta clave es qué

se entiende por un proceso real? Más adelante, cuando analice el Proyecto de Ley colombiano, explicaré qué concibo por tal.

En todo caso, estas tres normas muestran que el Estatuto *no es un obstáculo para un proceso de paz*; éstas disposiciones son el resultado de las consideraciones de los relatores del Estatuto (diplomáticos, gente de la práctica funcionarios de Ministerios de Justicia, entre otros) para quienes era muy importante tener en cuenta las controversias nacionales en situaciones de conflicto armado.

Más allá de esas normas, surge también otra pregunta: ¿qué entendemos por *obligación de castigar* o investigar los delitos internacionales? ¿Cuál es el contenido exacto de ese deber? Es claro que no es posible investigar y castigar a diecisiete mil (o más) paramilitares, ni es viable sancionar a veinte o treinta mil guerrilleros. Ningún sistema judicial del mundo tiene la capacidad de hacerlo. Ni en Núremberg, ni en Tokio, ni en los Tribunales Ad hoc para la antigua Yugoslavia y para Ruanda se ha castigado a todos los posibles autores de violaciones del Derecho Penal Internacional; sino, más bien, se ha establecido una política de persecución *selectiva* como lo estableció recientemente la Fiscalía del Tribunal para la antigua Yugoslavia. Desde luego, ese procedimiento es una cosa que para nosotros (del sistema continental europeo y en Colombia), es casi una contradicción porque existe el Principio de Legalidad procesal y, por lo tanto, el Fiscal en principio debe investigar todos los hechos que llegan a su conocimiento. Sin embargo, eso es un "fantasma", una ficción, porque en ningún sistema es posible investigar y castigar a todos los delincuentes por simples razones prácticas; para esos efectos, entonces, se acude al famoso Principio de Oportunidad que en los países europeos sirve, realmente, para dejar archivados muchos casos para no sobrecargar el sistema judicial.

Siempre se ha argumentado, como se hizo en Núremberg, que debe haber una selección de los individuos que deben ser perse-

guidos y a los cuales se les ha denominado "grandes criminales, líderes, cabecillas de las organizaciones criminales" etc. Pues bien, sabemos que muchas de las personas que trabajan en estos grupos son realmente víctimas de la demagogia, que no hacen parte de esas organizaciones por convicción ideológica: hoy son paramilitares, mañana son guerrilleros; depende de cuál paga mejor.

Por lo anterior, es claro que existe una limitación de la obligación de persecución *ratione personae*, es decir, con miras a las personas que se pretende criminalizar: realmente, lo que se quiere es perseguir la *cúpulas* de las organizaciones criminales, los *líderes*; si eso es correcto para un sistema nacional, más si lo es para la justicia penal internacional. La Haya nunca se va a preocupar por el pequeño guerrillero en el Cauca o el paramilitar en Antioquia, se interesa por las cúpulas de éstas organizaciones y esto es a penas lógico. Aquí tenemos también otro elemento de flexibilidad.

Darryl Robinson, un colega de Canadá, que trabaja en el Ministerio de Justicia y quién fue miembro de la delegación del Canadá en el Comité Preparatorio de la Corte Penal Internacional en Roma, plantea en uno de sus trabajos* otro elemento que demuestra la flexibilidad del Estatuto de Roma: Él argumenta, y esa es una discusión actual, que se podría acudir a una figura equivalente a las que existen en el derecho penal como causales de justificación o de exculpación de la Teoría del Delito, esto es, a la *extrema* necesidad para justificar al Estado que no puede perseguir en tales situaciones o, posiblemente, tiene que introducir los mecanismos de rebaja de penas, sin que necesariamente se renuncie a la persecución penal. Claro que los límites de esa excepción son difíciles de establecer; yo creo que es justamente aquí donde radica la discusión, la cual se puede tener también en cuenta para el caso colombiano: La

* Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court, European Journal of International Law 14 (2003), 481 y ss.

cuestión es si existen límites *absolutos* en el Derecho Penal Internacional que pudiéramos derivar del Estatuto de Roma. En ese sentido, la pregunta es si, desde el punto de vista dogmático, tenemos que afirmar que para crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, no debe existir impunidad.

Pero ¿qué entendemos por impunidad?, ¿podría ser el Proyecto de Ley de "Alternatividad Penal" una ley de impunidad?

Hoy en día, el tema de la impunidad tiene dos connotaciones que debemos analizar en detalle:

1. ¿Cuál es el país que, posiblemente, mayor responsabilidad tiene en la impunidad en el mundo contemporáneo? Sin duda, Estados Unidos. ¿Por qué? Porque es la nación que más ataca a la Corte Penal Internacional tratando, realmente, de destruir toda la filosofía que inspira esa organización.

¿Por qué digo esto? Por lo siguiente: Hay dos mecanismos de impunidad internacional que en este momento está utilizando Estados Unidos: Por un lado, al nivel del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, tenemos la famosa Resolución 1422 del 12 junio de 2002, que fue prorrogada en julio de este año por un año más (Resolución 1487 del 12 de junio de 2003), y que en su inciso primero señala:

"de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la Corte Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce (12) meses a partir del 1º de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole, salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario;"

Del análisis del mismo texto, se desprenden dos anotaciones más: La primera, que ésta Resolución se refiere a operaciones no sólo establecidas sino *autorizadas* por las Naciones Unidas; esto significa que si, por ejemplo, la guerra contra Irak hubiera sido "autorizada" por ese organismo tendría lugar la aplicación de esta Resolución y, en virtud del vocablo "*autorizada*", el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas habría aprobado la invasión y, con ello, la impunidad de los nacionales de Estados no partes. La segunda anotación, se refiere a los "funcionarios, *ex* funcionarios, personal o *antiguo* personal de cualquier Estado no parte"; es decir, se hace mención no solamente a los soldados del ejército u oficiales de la fuerza pública, sino también al personal contratado por los Estados Unidos -como los tres norteamericanos secuestrados por las FARC en este momento en Colombia, que pertenecen a empresas privadas-. Como bien saben ustedes, en el caso colombiano esto es muy relevante, porque hay mucho personal empleado en este país para ese tipo de misiones que no tiene la calidad de soldados oficiales de las fuerzas armadas estadounidenses. Por ello, con esa razón, se pretende extender esta norma a ese personal y a los *ex* funcionarios.

La mencionada normatividad, ha sido complementada con la Resolución 1497 del 1 de agosto de 2003, que autoriza una misión de paz en Liberia, famosa porque facilitó la salida del señor Charles Taylor a Nigeria. Esta Resolución establece en el parágrafo siete la siguiente fórmula:

"7. Decide que los *ex* funcionarios u oficiales, o los que están actualmente en servicio, de un Estado aportante que no sea una parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, quedarán sujetos a la jurisdicción exclusiva de ese Estado aportante en relación con todos los presuntos actos u omisiones dimanantes de la fuerza multinacional o de la fuerza de estabilización de las Naciones Unidas en Liberia, o relacionados con ellas, a menos que ese

Estado aportante haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva; "

De lo anteriormente citado se concluye, en otras palabras, que en vez de determinar que no haya investigación en un proceso, se acude a la figura- conocida de nuestros aliados militares como en la OTAN- de *acuerdos (bilaterales) de jurisdicción exclusiva para delitos en servicio*; es decir, la jurisdicción exclusiva reside en el Estado no parte: Estados Unidos, China, India y otros Estados.

Así las cosas, mirada la situación actual de la Corte Penal Internacional, tenemos dos clases de Estados judicialmente hablando lo cual, desde la perspectiva del derecho interno, genera dificultades: unos, que son parte del Estatuto de Roma y, por tanto, se someten a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; y, otros que no se someten a ella y que no sólo no ratifican el Tratado —y están en todo el derecho para no hacerlo!—, sino que a través de Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas están obteniendo de hecho la impunidad de sus ciudadanos frente a la Corte Penal Internacional.

Hay otra Resolución muy importante, que sirve para entender la situación en que se encuentra la Corte Penal Internacional frente a la actuación de los Estados Unidos, se trata de la *Resolución 1502* del 26 agosto de 2003, la cual quería calificar como crimen de guerra los ataques contra personal humanitario, a raíz del atentado en Bagdad contra las Naciones Unidas. Frente a esta normatividad, el gobierno de México presentó un proyecto de Resolución en el cual planteó lo siguiente:

"recordando que los ataques dirigidos intencionalmente contra el personal que participa en la misión de asistencia humanitaria son crímenes de guerra con arreglo al Estatuto de Roma, que entró en vigor..."

Así, en ese proyecto inicial del gobierno de México, apoyado por Alemania y Brasil, entre otros, se hizo una referencia explícita al Estatuto de Roma; aunque el ánimo para que ello quedase así consagrado fue manifestar que también se tenía una definición consensuada del ataque en contra del personal de asistencia humanitaria, a parte de la contenida en el artículo 8 (2) (b) (iii) y (e) (iii) del Estatuto. Pues bien, el hecho de mencionar el Estatuto de Roma para los Estados Unidos ya creaba una paranoia; fue, entonces, cuando este Proyecto de Resolución fue vetado por dicho país y, en consecuencia, se comenzó a ejercer marcada presión para modificar la referencia al Estatuto de Roma. ¿Cuál fue la consecuencia de esa presión? La respuesta está en mirar cómo quedó redactado, finalmente, el Parágrafo 5:

" 5. *Expresa su determinación* de adoptar medidas apropiadas para garantizar la seguridad y protección del personal de asistencia humanitaria y el de las Naciones Unidas y su personal asociado, inclusive, entre otras:

a) *Pedir* al Secretario General que vele por que se incluyan, y a los países anfitriones que incluyan, disposiciones fundamentales de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, entre otras las referentes a la prevención de ataques contra miembros de las operaciones de las Naciones Unidas, la tipificación de esos ataques como crímenes punibles por la ley y el procesamiento o la extradición de los culpables, en los acuerdos futuros y, si es necesario, en los vigentes sobre el estatuto de las fuerzas o el estatuto de las misiones, así como en los acuerdos que concierten las Naciones Unidas y esos países, teniendo en cuenta la importancia de que dichos acuerdos se celebren oportunamente; "

En síntesis, no se hace más alusión expresa al Estatuto de Roma porque para los Estados Unidos ésta, en sí, legitima la Corte Penal Internacional y ellos están en su contra.

Este es el nivel de la política del *actual* gobierno del Presidente Bush, porque vale la pena señalar que con Bill Clinton negociamos en Roma y con muy buena voluntad. Es también importante para Ustedes saber que si hoy hablan con representantes del gobierno de Bush, es como si no hubieran estado en Roma, como si no hubiera existido una delegación americana en Roma; a pesar de todas las concesiones que se le hicieron a los Estados Unidos en el Estatuto para que al final, paradójicamente, quedaran al borde del proyecto.

La otra connotación que merece ser mencionada es la técnica utilizada por los Estados Unidos para entorpecer la jurisdicción de la Corte Penal; me refiero a los famosos *acuerdos bilaterales de no entrega*, ya mencionados. ¿Cuál es el aspecto técnico que debemos considerar? Comencemos, primero que todo, con lo establecido en el artículo 98 inciso 2 del Estatuto de Roma:

"Cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega

2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega."

Hay una nota de pie de página, que no es parte del Estatuto, donde se ha definido qué se entiende por esos acuerdos a los que alude este artículo. Estados Unidos quería redactar ese texto con la posibilidad de hacer, con posterioridad a la ratificación del mismo, acuerdos de no entrega. Esa fue precisamente la estrategia del gobierno norteamericano durante la negociación. La Unión Euro-

pea, al igual que otros Estados que apoyan la Corte, siempre entendió que esta referencia hace alusión a los acuerdos bilaterales existentes con *anterioridad* a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma; pues de lo contrario, implicaría que si un Estado ratifica el Estatuto y después firma un acuerdo de ese tipo no podría cumplir la obligación fundamental de entrega, consagrada en los artículos 86, 89 y ss. del Estatuto: Si no se puede entregar a una persona no funciona la Corte Penal porque no hay proceso en ausencia, lo que necesariamente implica su supresión.

Recapitulando, entonces, se puede afirmar que si se suscribe un acuerdo bilateral después de la entrada en vigor del Estatuto, y en torno a ello hay un dictamen de la Comisión de la Unión Europea, se están incumpliendo y violando los deberes derivados del Estatuto de Roma y de la Convención de Viena de los Tratados, porque realmente se elude una obligación fundamental contenida en el Estatuto de Roma que es anterior a la firma del acuerdo. Aún así, los Estados Unidos lograron hacer varios acuerdos entre ellos con Colombia y Bolivia.

Así las cosas, Estados Unidos viene usando un "acuerdo tipo o modelo", al cual sólo se le cambia el nombre del Estado, en cuya parte más importante tiene una redacción del siguiente tenor:

Para los fines del presente Acuerdo la expresión "personas de los Estados Unidos de América" significa cualquier funcionario, empleado (incluido cualquier contratista) o miembro del servicio militar (actual o antiguo) del gobierno de los Estados Unidos, o cualquier persona de los Estados Unidos que goce de inmunidad frente a la jurisdicción penal en virtud del Derecho Internacional o que esté sujeta, de cualquier manera, a la jurisdicción del Estado que los envía (los Estados Unidos de América).

Ilustremos con un ejemplo lo que significa esta cláusula: si Estados Unidos contrata a un alemán (sea un sicario, asesino o mer-

cenario) para que cometa un delito en Colombia, el Estado boliviano o colombiano —por la misma existencia de este acuerdo— no debe entregar a esta persona a la CPI sin el consentimiento de Estado Unidos, lo cual genera una gran contradicción porque Alemania es un Estado parte y, por lo tanto, está comprometido con este Estatuto (existe de hecho una legislación interna, material y procesal sobre crímenes internacionales en la que se tienen todas las bases legales para investigar y perseguir esta clase de crímenes). En consecuencia, este Acuerdo no solamente viola el Estatuto de Roma y el Derecho de los Tratados sino también los derechos de terceros Estados Partes.

Así las cosas, hay un conflicto grande lo cual me lleva a preguntar: ¿qué va a hacer Colombia cuando firme ese acuerdo? De un lado, tiene la obligación frente al Estado parte de devolverle a esa persona para que se le haga un juicio en ese Estado parte; por otro lado, debe entregarlo a la Corte Penal Internacional, pero no lo puede entregar sin violar el acuerdo hecho con Estados Unidos (que, obviamente, no va a dar su consentimiento a la entrega). ¡Es un problema diplomático muy grande para cualquier país y más para Colombia!

II. El Proyecto de Ley de "Alternatividad Penal"

Ahora bien, como lo anuncié al comienzo de esta ponencia, a continuación quiero hacer algunos comentarios sobre el "Proyecto de Ley estatutaria por el cual se dictan disposiciones en procura de la reincorporación de miembros de grupos armados".

En primer lugar, este Proyecto de Ley tiene una denominación —"De alternatividad penal"— que no me parece correcta: la única referencia a *penas* alternativas en este Proyecto se encuentra en el

* De hecho lo hizo un día después de esta conferencia, el 17 de septiembre de 2003.

Capítulo III, Artículo 11 y siguientes, en donde no se puede hablar técnicamente de „penas“ porque —cuando se piensa en las construcciones teóricas sobre la teoría de la pena y en el derecho comparado— la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, la inhabilitación para el acceso a cargos de elección popular, la privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos son, como máximo "sanciones", si quieren llamarlo así. Obviamente, no desconozco que en la legislación penal vigente (Ley 599 de 2000, arts. 43 y ss.) se incluyen como «penas privativas de otros derechos», pero ello no significa que su naturaleza jurídica sea la de verdaderas penas, se trata de sanciones administrativas, controles que otras legislaciones tienen establecidos en caso de suspensión de una sentencia o en caso de que una persona esté fuera de la jurisdicción. Así las cosas, el término "alternatividad penal" aparece como demagógico —repito: si se le mira desde la óptica del derecho comparado— porque implica que hay una alternativa a una pena que no existe.

En segundo lugar, el Artículo 2 del Proyecto consagra:

„Suspensión condicional de la ejecución de la pena para miembros de Grupos Armados Organizados al margen de la Ley cuando se encuentre comprometida la paz nacional.

Cuando estén de por medio los intereses de la paz nacional, el juez deberá conceder la suspensión de la pena impuesta por sentencia ejecutoriada, previa solicitud exclusiva y discrecional del Presidente de la República, siempre que ocurran los siguientes requisitos: ..."

De la lectura del mismo, encontramos dos elementos que son dramáticos: el primero toca con lo de "sentencia impuesta". Yo pregunto: ¿quién de los diecisiete mil paramilitares existentes en este país o de los miles de guerrilleros, según cálculos oficiales, tiene

sentencia impuesta? Se me ha dicho en las reuniones y charlas que he tenido con diversas personalidades colombianas durante esta visita que posiblemente el 1%. Pues bien, si se toma en serio esta disposición, es fácil deducir que no le sería aplicable al resto de personas, esto es al 99%, por la falta de aquel requisito.

Claro está, que el Proyecto prevé otra posibilidad:

Artículo 2 párrafo 1º: „ Lo previsto en esta disposición se hará extensivo, en las mismas condiciones, a miembros de los Grupos Armados Organizados al margen de la Ley que abandonen individual o voluntariamente las armas.“

Obsérvese: se habla de „lo previsto en esta disposición...“. ¿Qué quiere decir eso?, ¿Se refiere a la parte de la *pena impuesta* acorde con el Artículo 2º, o solamente a los siete requisitos enumerados en este artículo?, ¿Cuál es el sentido de la norma proyectada? Según algunos colegas colombianos con los que he dialogado, la interpretación correcta sería aquella según la cual se refiere a todo lo previsto en la disposición, en cuyo caso se necesitaría pena impuesta por sentencia ejecutoriada, para que fuese aplicable en el hipotético caso de que se aprobara.

Así las cosas, cabe concluir, poco ayuda ese párrafo para resolver el problema central cual es el de la falta de sentencia impuesta para la mayoría de las personas a las cuales se pretende cobijar.

Pero también aparece el Párrafo 2:

„La suspensión condicional de la pena se aplicará también a personas que hayan participado directamente en las hostilidades y se acojan a sentencia anticipada, o hagan confesión de sus delitos, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Penal.“

Así mismo, la expresión „se acojan a sentencia anticipada, o hagan confesión“, no parece de entrada bien redactada pues más bien tendría que decir: ...„y hagan confesión de sus delitos“, porque la sentencia anticipada requiere de la confesión para tener acceso a los mecanismos abreviados dentro del Proceso Penal colombiano.

¿Cómo va funcionar eso en la práctica? Será que se entrega una persona a una estación de policía o ante la autoridad competente y dice: Yo soy del Grupo Armado „X“ y vengo a entregarme; o, confieso y me comprometo. Aduzco los requisitos del artículo 2º según los cuales nunca más voy a cometer delitos, y a trabajar por la paz de Colombia. Ahora bien, si sobre esta confesión el juez dicta sentencia anticipada no queda claro cómo se puede dictar esa providencia judicial sin un proceso, por lo menos abreviado; esto no parece posible. Desde luego, esto requiere una explicación pues para mí —que no soy colombiano— no es fácil acceder a su Derecho Penal Procesal; pero, analizándolo desde el punto de vista lógico, debe decirse que una sentencia anticipada producto de un procedimiento abreviado requiere primero de una sentencia con base en una investigación, no de una confesión; entonces, debe decir „...y hagan una confesión“.

Pero aun así, aparece un aspecto de técnica jurídica que debe mencionarse pues del texto en comento surge un problema adicional: ¿cómo establecer o identificar una confesión sincera y completa de cuántos delitos cometió la persona que se entrega? La norma proyectada, por supuesto, no lo expresa y se limita a aludir a la „confesión de sus delitos“. Al respecto cabría preguntar: ¿Quiere eso decir —en buen castellano— que es confesión de *todos* sus delitos, o solamente de uno, o de 100? Si se supone que se entiende de todos sus delitos, ¿cómo puede el juez o el funcionario que recibe esa confesión verificarla? Pues, la única forma es con una investigación. Pero, si como sabemos la investigación de delitos cometidos por paramilitares y guerrilleros en este país demora muchísi-

mo tiempo y muchas veces ni avanza, a mi me gustaría que se me explicara cómo puede funcionar ese mecanismo. En otras palabras: ¿quién, finalmente, va a recibir el beneficio?

También, quisiera abordar el tema referente a ¿cuál es el papel del juez en este Proyecto? En efecto, la normatividad que se discute establece en el artículo 2:

"...el juez deberá conceder la suspensión de la pena impuesta por sentencia ejecutoriada, previa solicitud exclusiva y discrecional del Presidente de la República..."

En otras palabras, ¿eso significa que el *ius puniendi* queda en manos del Presidente de Colombia! Al respecto cabe preguntar: ¿Dónde está la separación de poderes? La verdad parece clara: para esta normatividad el juez es un mero ejecutor de una solicitud del Presidente de la República, el juez se convierte en un autómatas que sólo cumple con la decisión del Presidente y verifica los siete requisitos contemplados en el artículo 2.

Hay otro artículo, el 5º, sobre el cual me gustaría hacer una reflexión:

"Artículo 5. Libertad definitiva. Pasados cinco (5) años de concedido el beneficio de suspensión condicional de la pena, el juez podrá otorgar la libertad definitiva al condenado que haya cumplido, de acuerdo con la Comisión de Verificación, las obligaciones a su cargo y en especial la ejecución de los actos de reparación en los términos del artículo 6 de la presente ley.

Se considerará que el condenado ha cumplido las obligaciones a su cargo cuando así lo certifique la Comisión de Verificación, previo el informe correspondiente del juez."

Con base en esta disposición, una persona perteneciente a uno de los Grupos Armados irregulares, con una sentencia por un delito atroz, condenada a 40 años de prisión (pena máxima en Colombia), si se entrega y se somete a los beneficios de la suspensión condicional podrá, después de cinco años, obtener la libertad definitiva cumpliendo con los requisitos del artículo 2º, que tampoco son muy exigentes. Pero, ¿cómo se va a controlar el cumplimiento de esos requisitos, de los cuales el único real es la ejecución de los actos de reparación que es el que más vigilancia requiere?

Adicionalmente, del análisis riguroso de Proyecto de Ley surge otra pregunta: ¿éste Proyecto de Ley es compatible con las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia? Lo que prevé la normatividad en discusión no es, explícitamente, un indulto porque sólo puede haber indultos —como lo enseña la ponencia del Doctor Aponte— en Colombia por delitos políticos; no obstante, cabe concluir, se prevé un *indulto disfrazado*.

En relación con la compatibilidad del Proyecto de Ley con el Estatuto de Roma, tendríamos que ver con detenimiento el artículo 17 en el cual se hace referencia a la *complementariedad* de la Corte Penal Internacional, y se establece que ésta es un instrumento subsidiario a la justicia nacional siempre y cuando exista *voluntad* y *capacidad* para investigar los delitos. En principio, existe preferencia y prioridad de la justicia nacional; sin embargo, la forma de interpretar el artículo 17 será definida por la misma Corte, según la práctica. Por su parte, el artículo 17, inciso 1º literal a) del Estatuto de Roma, consagra el tema de la voluntad y capacidad del Estado:

"La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del Preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:
a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que éste no esté

dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo"

La primera palabra, cuya interpretación es compleja, es la de "investigación". El artículo 17 requiere del Estado una investigación; pero ¿qué es una "investigación"? Si se refiere a una investigación criminal entonces las amnistías, los decretos, leyes y normas que obstaculizan una investigación serían incompatibles con él. Si interpretamos la palabra "investigación" en un sentido más amplio, es decir, no desde una perspectiva estrictamente técnica para aludir a la investigación efectuada por un Fiscal sino, por ejemplo, por una "comisión de la verdad", encontraríamos que este tipo de figuras sí serían compatibles con la norma del Estatuto, aún cuando no se hiciese una investigación penal. En todo caso, bajo esta última hipótesis, se lleva a cabo un procedimiento que implica un proceso de reconciliación previo, el cual busca establecer la verdad en torno a los hechos. Lo importante de esto, es que hay una acción que conduce a un resultado; no como pretende el Proyecto de Ley objeto de análisis, que busca primero otorgar unos beneficios y luego establecer cuales fueron los hechos, o sea todo lo contrario a como debiera ser.

Así mismo, el artículo 17 literal b) del Estatuto de Roma hace referencia a la decisión del Estado de no incoar la acción penal:

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

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

Si bien este artículo concede al Estado la decisión de no iniciar una investigación, por razones de política criminal, implícitamente se requiere que haya opciones que permitan llegar a la decisión de este Estado. No obstante, al analizar el Proyecto de Ley se encuentra que el juez debe tomar la decisión por solicitud del Presidente de la República; él no tiene otra posibilidad que la de adoptar la solicitud impuesta por aquél y que va totalmente en contra de la obligación del Estatuto, en el cual se plantea que debe haber una posibilidad *real* de decisión. Esto se refiere a la viabilidad que tienen las Comisiones de la Verdad de archivar casos o de decidir qué asuntos se deben llevar a la justicia penal; un ejemplo claro de ello y, tal vez, el más reciente es el peruano, donde se han seleccionado unos casos y ellos son los que se han puesto en consideración del poder judicial para iniciar la respectiva investigación, con lo cual hay una opción.

Por último, el tema más complicado que suscita el artículo 17 se refiere a la voluntad y *capacidad* del Estado. Cuando se habla de la expresión "capacidad" ella se relaciona de inmediato con las situaciones donde hay un *failed state*, caso que no es el colombiano; pero, también se podría entender como una falta de capacidad, porque no existe legislación interna en el Estado que permita hacer una imputación por crímenes internacionales, lo cual tampoco es el caso colombiano. Entonces, la existencia de la capacidad no se puede negar, el Estado colombiano tiene la capacidad: hay jueces comprometidos y hay una legislación adecuada.

Otro tema es, sin embargo, la cuestión de la *voluntad*. El Proyecto de Ley, en sí mismo considerado, pone en evidencia la falta de voluntad del gobierno encaminada a velar por el castigo de estos delitos. Este Proyecto, sin duda, rompe con la tradición colombiana brutalmente: en todos los procesos de paz realizados hasta hoy, siempre ha habido una cláusula de exclusión para las conductas consideradas como delitos atroces, incluso en los procesos que

se surtieron con el M-19. Así mismo, recientemente la ley 782 de diciembre de 2002 prevé la posibilidad de conceder el indulto salvo para „las conductas constitutivas de actos atroces, de ferocidad, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión“ (Cfr. art. 19). Esta cláusula, desde luego, es más explícita que las anteriores contenidas en otros procesos de paz colombianos, las cuales no hacían referencia a los crímenes anteriormente mencionados. De todas maneras la tradición colombiana, se ha caracterizado por la exclusión de delitos atroces y, además, por dejar en manos de jueces y fiscales la decisión, respetando el principio de la separación de poderes.

Igualmente, en el Proyecto se le otorga una potestad al Presidente de la República que no le corresponde institucionalmente a él; por qué, cabe preguntar ingenuamente, a esta propuesta se le llama en el lenguaje de la calle como el „Proyecto de los paramilitares“. La respuesta parece ser obvia: es por esa misma discreción que se le otorgaría al Presidente de pedir los beneficios que se prevén sólo para grupos posiblemente simpatizantes, y no para otros.

En fin, creo que si el Congreso de la República aprueba ese Proyecto, ello le va a traer muchos problemas a Colombia. En efecto, si se puede iniciar un proceso penal en la Haya por los delitos de Lesa Humanidad cometidos después de noviembre 2002 (fecha de entrada en vigencia del Estatuto para Colombia), va a ser muy difícil para el gobierno de Colombia invocar el artículo 17 con ese Proyecto. Como lo dije, el artículo 17 del Pacto de Roma, al igual que el artículo 53, no fueron pensados para permitir normas absolutas de impunidad. Fueron madurados para facilitar procesos de paz *verdaderos* con elementos de verdad y de investigación, que no necesariamente deben llegar al castigo de todos, ni condenas de cadena perpetua pues debe haber flexibilidad. Pero, necesariamen-

te, debe haber investigación, un *reconocimiento* de las víctimas, de las violaciones, ese sería el mínimo exigido por el Estatuto. Y en ese sentido, sin tener acá un voto final, creo que es muy difícil sostener la compatibilidad del Proyecto con el Derecho Penal Internacional.

Muchas Gracias.