

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN



**“DE LOS LÍMITES AL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE
PENAL INTERNACIONAL.
ANÁLISIS DE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES DESDE EL
CONSTITUCIONALISMO GLOBAL”**

Informe final de Monografía para la obtención del título de abogado

CINDY PAOLA CARMONA PÁEZ

Asesor

JORGE PALLARES BOSSA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

CARTAGENA D. T. Y C.

COLOMBIA.

2012

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN.....	4
1.1 Plan de Exposición.....	4
1.2 Planteamiento del Problema	6
2. CONSTITUCIONALISMO GLOBAL.....	8
2.1 Constitucionalismo y Globalización	8
2.1.1 Relación entre Constitucionalismo y Globalización	11
2.2 ¿Qué es Constitucionalismo Global?	13
2.2.1 Revaluación de los conceptos de Soberanía y Ciudadanía.....	14
2.2.2 Dificultades al momento de implementar el Constitucionalismo Global	
17	
2.3 La visión del Constitucionalismo Global desde Luigi Ferrajoli.....	19
2.3.1 Esfera Pública Internacional	20
2.3.2 Jurisdicción Penal Internacional	22
3. de la Corte Penal Internacional.....	23
3.1 ESTRUCTURA DE LA CORTE	23
3.2 procedimiento ante la corte penal internacional	27
3.2.1 Procedimiento en Primera Instancia	27
3.2.2 Procedimiento de Apelación	38

4. SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	41
4.1 Aspectos Generales sobre la Sala de Cuestiones Preliminares de La Corte Penal Internacional.	41
4.2 El papel de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional.	44
5. PRINCIPIOS DE DERECHO EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	45
6. PRINCIPIO DE NON BIS IN ÍDEM	62
6.1 Cuestiones Generales.....	62
6.2 <i>Non Bis In Ídem</i> Como límite al ejercicio de la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional.	66
7. PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD	72
7.1 Cuestiones generales.....	72
8. CASO COLOMBIA.....	75
8.1 Estado del caso Colombiano en la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional.....	75
9. CONCLUSIONES	78
10. Bibliografía.....	80

1. INTRODUCCIÓN

1.1 PLAN DE EXPOSICIÓN

Desde la perspectiva del Constitucionalismo global, *determinar* los principios generales de derecho que fundamentan y sirven de soporte en la acción jurisdiccional de la Sala Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional supone establecerse un plan de trabajo que demarque de forma deductiva desde las bases teóricas y meta-teóricas de los principios generales del Estatuto de Roma y el modelo de análisis que plantea el Constitucionalismo global en clave con el Derecho Penal Internacional (*VolkerStraftrech*), para así concretar la incidencia de formulación que asimila desde la Corte Penal Internacional y como toda esa estructura legislativa es asimilada por el ordenamiento jurídico Colombiano. En ese sentido, atendiendo a los objetivos específicos de la presente investigación, en los siguientes capítulos se asimilarán los siguientes puntos:

Exponer los vínculos entre Constitucionalismo y Globalización desde la teoría jurídica del Neoconstitucionalismo de Luigi Ferrajoli. Determinar cuáles son los principios generales de Derecho que adopta como propios el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. También se pretende establecer desde la teoría penal internacional, las relaciones entre el principio de *non bis in ídem* y el principio de *complementariedad* de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Describir como se estructura legislativamente la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional.

Rastrear los diferentes lineamientos jurídicos establecidos por la Sala de Cuestiones Preliminares para analizar la admisibilidad del caso Colombiano frente a la Corte Penal Internacional; así como reseñar los diferentes lineamientos jurisprudenciales que la Corte Constitucional Colombiana ha proyectado sobre el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional.

Una parte introductoria que se propondrá señalar desde la Teoría Constitucional Contemporánea los diferentes criterios con los cuales se construye el principio de legalidad penal, y por otro lado realizar una aproximación teórica que existe entre Derecho Internacional Penal y Derecho Penal Internacional.

En el primer capítulo se Describirá como se construye la teoría del Garantismo Cognitivo en la Teoría del Derecho y el Derecho Internacional desde la perspectiva del jurista Luigi Ferrajoli, y como la teoría de este se separa de otros modelos preponderantes en la teoría del derecho.

En el segundo capítulo se Analizara cómo ha sido el recorrido historiográfico del principio de legalidad en la teoría del derecho contemporáneo y como se constituye dentro de la teoría política en clave con la teoría jurídica.

El tercer capítulo tendrá como propósito enunciar los fundamentos políticos y teóricos por los cuales se ha construido el Estatuto de Roma y su especial

incidencia en la legislación Colombiana. Desde los lineamientos de la Corte Constitucional analizando la constitucionalidad del tratado.

En el cuarto capítulo se hará una exposición en la que se Ubique el marco de acción por el cual se constituye el principio de legalidad penal en el Estatuto de Roma y su asimilación desde la perspectiva del Garantismo cognitivo.

Por último, en las Consideraciones Finales, se hará una síntesis de las consecuencias que arrojan este tipo de investigaciones en la teoría jurídica en clave con los lineamientos políticos que ha desarrollado la corte penal internacional y la recepción material que se ha percibido en el ordenamiento jurídico colombiano.

1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Sala de Cuestiones Preliminares sin lugar a dudas corresponde a uno de los temas estructurales para el análisis de la composición y administración de la Corte Penal Internacional (CPI), junto con la Presidencia, la Fiscalía, la Secretaría, la Sección de Apelaciones y la Sección de Primera Instancia¹. El Núm. 3 del Art. 57 le otorga funciones encargándola de autorizar o rechazar el inicio de una investigación al fiscal, cuando considere que existen fundamentos necesarios para activar su jurisdicción. Es así como la Sala de Cuestiones preliminares es el primer

¹ El Estatuto de Roma en el Art. 34 define cuál es la composición y órganos que integran la Corte Penal Internacional.

“filtro” que debe superarse para lograr activar la jurisdicción complementaria de la CPI, constituyéndose en un órgano límite a la misma.

El Estatuto de Roma (ER) se ha convertido en uno de los objetos de estudio del Derecho Internacional Penal (DIPnal) (Ambos & Guerrero, El estatuto de roma de la corte penal internacional, 2003, pág. 11), en tanto que este se ha configurado como la rama del Derecho que define los crímenes internacionales y regula el funcionamiento de tribunales competentes para la judicialización de sujetos responsables de semejantes crímenes (Lledó Vasquez, 2000). Con la formulación del ER se institucionaliza a nivel internacional el deber Estatal y Constitucional de ejercer su jurisdicción contra los responsables de crímenes internacionales (Estatuto de roma,1998, Preambulo). Ahora bien, con la finalidad de materializar en el ER este deber; se configura *la Complementariedad* (Canosa Rivera, 2011) como principio fundamental y principal del mismo.

Lo expuesto anteriormente podría obedecer a la incorporación de la globalización a los procesos generadores del derecho, siendo este, un referente para lo que la teoría constitucional y el Derecho Internacional Público (DIP) han llamado *Constitucionalismo Global*: este modelo teórico supone un ordenamiento basado en el carácter democrático representativo de los órganos supraestatales y, sobre todo, en su función de garantía de la paz y de los Derechos Fundamentales de los Hombres y de los pueblos (Ferrajoli, Razones jurídicas del pacifismo, 2004, pág. 81).

En ese sentido, analizar los criterios por los cuales se construye la sala de cuestiones preliminares como elemento fundamental del DIPnal y la CPI, tiene unas cualidades que lo vinculan al modelo del Constitucionalismo Global y su desarrollo en la práctica jurídica Internacional. Siguiendo estos lineamientos se pretende exponer desde una perspectiva descriptiva, el conjunto de principios y valores con los cuales se fundamenta la Sala de Cuestiones Preliminares.

2. CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

2.1 Constitucionalismo y Globalización

A partir del proceso pacificador posterior a la segunda guerra mundial², surgió en la comunidad internacional la necesidad de reformar el modelo constitucional que venía imperando. En consecuencia, los Estados empezaron a hacer reformas constitucionales con miras a la implementación de un nuevo modelo de constitución: el modelo de constituciones rígidas (Ferrajoli, Razones jurídicas del pacifismo, 2004). Actualmente, no podemos hablar de constitucionalismo y

² Este proceso se aborda a partir de lo referenciado por Luigi Ferrajoli (2004) en su texto *Por una esfera pública Global- Hipótesis para una democracia cosmopolita*. En este ensayo hace referencia al periodo posterior a la segunda guerra mundial, en el que con la creación de la Carta de las Naciones Unidas (1945) y la Declaración Universal de derechos (1948) se produce un “cambio de paradigma del derecho”, se “redescubre el significado de Constitución”; esta entra a ser entendida a partir de lo señalado en el art. 16 de la Declaración de Derechos de 1789.

concebirlo tal cual como se entendía en sus orígenes³ esto es, como aquel movimiento ideológico- jurídico en el que se considera que todo ordenamiento jurídico deriva y está supeditado a los mandatos contenidos en la constitución, la cual se erige como “*norma de normas*”.

En el momento histórico en el que nos encontramos, para poder referirnos al constitucionalismo actual, el de los derechos fundamentales, debemos recurrir a las tesis propias del neoconstitucionalismo; es decir, debemos entender el constitucionalismo como aquel (derecho) que apela a principios y valores, los cuales no son más que criterios morales e indeterminados que pretenden asegurar la consecución de un orden justo (Atienza, 2010), y que permiten determinar la validez interna del derecho interno, sin necesidad de renunciar al postulado de la separación conceptual entre moral y derecho, lo cual implica el reconocimiento de la ponderación y la argumentación como mecanismos necesarios para entender el derecho constitucional y finalmente, para adjudicar derechos (Carrillo De la Rosa, 2010). Yezid Carrillo (2010) expone que el Neoconstitucionalismo se manifiesta de tres formas. En primer lugar, tenemos el Neoconstitucionalismo teórico, el cual acepta que entre derecho y moral existe una relación de *conexidad contingente*, esto es, la relación entre éstos se presenta al recurrir a los principios y valores como criterios orientadores del ordenamiento jurídico, ya que las reglas jurídicas

³En ese sentido, Ferrajoli –ídem.- señala que el constitucionalismo nace con las declaraciones de derechos, las constituciones decimonónicas, y evoluciona hasta sentir la influencia de las huelgas obreras de los siglos XIX y XX.

resultan insuficientes para tal fin; además tenemos que el Neoconstitucionalismo también puede ser ideológico cuando se asume el neoconstitucional como una ideología en la que la moral y el derecho efectivamente sostienen una *conexión conceptual necesaria*, de la cual el constitucionalismo es resultado, en el que se manifiesta un claro y “religioso” respeto y obediencia a la Constitución; y finalmente tenemos el Neoconstitucionalismo metodológico, el cual, al igual que el neoconstitucionalismo ideológico, admite que entre derecho y moral existe una *conexión conceptual necesaria*, que se expresa en la inclusión de principios constitucionales y derechos fundamentales en las nuevas constituciones.

Como corriente ideológica, el -Constitucionalismo asume que el contenido esencial de la constitución radica en la declaración de una serie de derechos considerados fundamentales, y en la organización del Estado tomando como punto de partida el principio de separación de poderes (Atienza, 2010).

El Constitucionalismo al igual que todo movimiento ideológico se presenta como fenómeno social producto de la evolución del derecho, el cual no deja de ser afectado por los cambios en la sociedad moderna (Angulo Jacobo, 2006). Otro de los cambios que se ha venido gestando en la sociedad moderna es la llamada Globalización, En palabras de Pedro Martínez de Alegría Pinedo “*la globalización puede ser descrita como la tendencia hacia una creciente interconexión e interdependencia del conjunto de países y sociedades del mundo que incorpora aspectos de índole social, cultural y, por supuesto, tecnológicas*” (Martinez de Alegría Pinedo, 2008); a demás, puede ser entendida como la respuesta a una

serie de procesos de cambios sociales, económicos, sociológicos, religiosos, climáticos, ideológicos, geográficos. (Brito & Carbonell, 2011); dichos cambios, se erigen como una clara manifestación de las relaciones a escala mundial que se vienen presentando entre individuos de múltiples sociedades. Así pues, al ser la globalización producto de los ya mencionados cambios sociales, tenemos que, el derecho no puede aislarse de ésta, ya que todos los procesos de globalización hacen eco en el derecho, tanto interno como internacional. En consecuencia, se han venido implementando cambios en procedimientos e instituciones internacionales, con miras de alcanzar una flexibilización de los mismos, para de esa forma facilitar la *“integración, interdependencia e interconexión de los Estados”*.

2.1.1 Relación entre Constitucionalismo y Globalización

Si bien el constitucionalismo y la globalización son fenómenos cuyo nacimiento no tiene lugar en el mismo momento histórico⁴ tenemos que no solo tienen como punto de partida los diferentes cambios sociales que se han venido presentando, sino que además, en la actualidad ambos procesos continúan surtiendo efectos, es decir, hay una concurrencia temporal en lo referente al momento en el que se desarrollan éstos fenómenos (Angulo Jacobo, 2006). A demás, la globalización en su papel dinamizador de las relaciones sociales, nacionales e internacionales, hace eco en el derecho, su creación y modificación facilitando la aparición de

nuevas situaciones que al generalizarse deben ser validadas y adoptadas por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, tal como afirma Miguel Carbonell en su Texto “Globalización y Derecho: Algunas coordenadas para el debate”:

Es común que se piense que el derecho solo ha sido afectado por la globalización en el campo del comercio exterior. Tal afirmación debe ser puesta en duda, puesto que el proceso de globalización del derecho ya se viene poniendo en marcha con la consolidación del Derecho Internacional Comunitario y el Constitucionalismo Supra- Nacional.
(Carbonell, 2004)

Atendiendo a esa *consolidación del “Derecho Internacional (...) y el Constitucionalismo Supra- Nacional”* el constitucionalismo entra e incorpora en la realidad jurídica los contenidos sociales producto de los procesos de globalización; materializándose una estrecha y provechosa relación, entre el Constitucionalismo y la Globalización. En consecuencia de lo anterior, el proceso constitucionalizador del derecho ha devenido no solo en el establecimiento de políticas, instituciones e instrumentos, en los que se facilitan las relaciones de intercambio entre los estados; sino que se ha instituido los Derechos Humanos como eje articulador del mismo (Atienza, 2010). La globalización, por su parte propugna por “existencia de un espacio público multilateral” (Carbonell, 2004) asegura os derechos humanos, señalados en los diversos ordenamientos

jurídicos, sean implementados y garantizados, no solo a escala nacional, sino también a escala mundial.

2.2 ¿Qué es Constitucionalismo Global?

Resultado de los procesos globalización, se han venido presentando cambios en distintos ámbitos en los que se desenvuelve la sociedad actual (tecnología, religión, cultura, política, derecho, etc.); es tarea del Estado armonizar e integrar el discurso político, jurídico y social nacional con el internacional, para que respondan a las necesidades que surgen a partir de dichos cambios, pero de manera especial, es menester que los Estados integren y armonicen su discurso a partir y en pro de la protección especial de los derechos humanos (Brito & Carbonell, 2011). Ahora bien, lo anterior solo es posible en la medida que los efectos materiales de la globalización trasciendan más allá del ámbito económico; resulta imperioso la implementación de un modelo de derecho global que no solo provea garantías a los derechos humanos, sino que a demás permita la incorporación de mecanismos, instrumentos y procedimientos propios del derecho interno al derecho internacional, con miras de hacer eficaces las ya mencionadas garantías (Angulo Jacobo, 2006); de esta forma, tenemos que, el Constitucionalismo Global necesariamente supone una relación dinámica, en la que derecho interno e internacional se complementan en pro de “limitar el poder global”, tal como plantea René Ureña al señalar que:

El Constitucionalismo Global es una estrategia que busca limitar el poder global a través de adopción de valores y normas jurídicas

internacionales que sirvan como defensa contra los abusos de poder global. Este límite al poder debe hacerse en la misma forma en que determinado Estado limita la autoridad y su ejercicio en el derecho interno (Ureña, 2010).

Dicha estrategia se implementará en la medida que se desarrolle la Constitución embrionaria del mundo, la cual tiene la misma fuerza vinculante y límites al poder con el que cuentan las Constituciones, pero sin que se entienda que se va a construir un súper o supra estado, o un súper- gobierno, con más facultades que aquellas con las que actualmente cuentan; lo que sí debe entenderse, es que con la adopción del constitucionalismo global y el desarrollo de la constitución embrionaria del mundo, deben empezar a crearse instituciones cuyo fin último sea la tutela de los derechos humanos a escala global (Pisarello, pág. 19; en Ferrajoli, 2004).

2.2.1 Revaluación de los conceptos de Soberanía y Ciudadanía

Es significativa la importancia que tienen el constitucionalismo y la globalización, ya que no solo han contribuido a la unión económica internacional; la constitucionalización del derecho y la globalización exigen que los derechos humanos sean reconocidos en todas las instancias y ámbitos en los que se desenvuelve. Es así como se exige a los Estados la creación de todas las medidas que sean necesarias para asegurar su protección, protección que debe garantizarse aún por encima de los intereses estatales demarcados por la soberanía (Angulo Jacobo, 2006). Sin embargo dichos procesos, más que abrir

fronteras, han generado que los Estados busquen desesperadamente nuevos mecanismos e instrumentos que les permitan reforzar su soberanía, la implementación de duras y rígidas políticas anti- migración, los duros controles fronterizos y de aduana, y más aún, el reconocimiento de la ciudadanía como status adjudicador de derechos, imposibilitan la real y efectiva realización de la universalización de los derechos (Carbonell, 2004), aún más cuando lo que se viene pretendiendo es la construcción de un ordenamiento jurídico de orden global que responda a los planteamientos contenidos en la constitución embrionaria del mundo. En ese orden de ideas, resulta imperioso plantearse cuál es el papel de la soberanía y la ciudadanía en el derecho actual.

Tanto la soberanía como la ciudadanía, como criterios imperantes en el derecho tanto nacional como internacional imposibilitan la aplicación de los derechos humanos como principios orientadores del constitucionalismo global y de carácter universal; puesto que los primeros –soberanía y ciudadanía- se presentan como criterios que limitan el ejercicio de derechos y su campo de cobertura. Si entendemos la soberanía como la voluntad del Estado frente a las personas y frente a los demás Estados, y la ciudadanía como una cualidad que otorga cada estado a quienes cumplen con una serie de requisitos, nos encontramos con una clara contradicción y violación a los preceptos constitutivos del Constitucionalismo Global (Angulo Jacobo, 2006) que se intenta implementar como orientador del derecho internacional. El Constitucionalismo Global busca la universalización de los derechos humanos, lo cual, no solo implica internacionalizar y transformar en

derechos de la persona a los dos únicos derechos que se reservan exclusivamente para ciudadanos: la residencia y la libertad de circulación (Ferrajoli, 1999), sino que, además se requiere que la voluntad de los Estados no sea absoluta, que no se impongan unos sobre otros y que en consecuencia los derechos de los ciudadanos de un Estado sean menos o se garanticen menos que los de otro, solo porque los tratados que fundamentan las relaciones entre Estados así lo permiten, la soberanía, tal como la concibe el derecho internacional actualmente, necesita ser reconsiderada; puesto que, al igual que la ciudadanía, ha entrado en contradicción con las modernas cartas constitucionales internacionales, y, en particular, con la carta de la ONU de 1945 y con la declaración universal de derechos humanos de 1948 (Ferrajoli, 1999)

En definitiva, es necesario que se cambie la forma en que son asimilados los conceptos de ciudadanía y soberanía. Se podría empezar por entender soberanía como *la voluntad del pueblo para organizarse y establecer sus propias normas de conducta*”, para que cuando se pretenda incorporar derecho internacional al derecho interno, se entienda que *“el pueblo en ejercicio de su voluntad soberana ha decidido flexibilizar su derecho”*, adecuándolo a lo establecido en el derecho internacional, con el fin de responder a los procesos de globalización (Angulo Jacobo, 2006).

2.2.2 Dificultades al momento de implementar el Constitucionalismo Global

El constitucionalismo global, como corriente ideológica se caracteriza por que propugna por necesidad de crear un estadio de derecho superior al ya existente, un derecho que trascienda las fronteras impuestas por el derecho interno, un orden jurídico uniforme y armónico cuyo fundamento subyace en la universalización de los derechos fundamentales. Sin embargo, cuando se intenta implementar el constitucionalismo global como corriente ideológica que da sentido al actual derecho internacional, se presentan una serie de obstáculos cuyo análisis resulta necesario abordar: la segregación del derecho internacional; la imposibilidad de los Estados de adaptar el sistema normativo interno; la falta de compromiso de los Estados; la deficiencia o inexistencia de instituciones de garantía de los derechos fundamentales.

i) La segregación del derecho internacional, originada a partir de la multiplicidad de normas jurídicas, instituciones y campos de acción de las mismas a nivel internacional. El surgimiento del derecho internacional humanitario, internacional privado, internacional comunitario, internacional de los derechos humanos, internacional penal; así como la creación de numerosas organizaciones cuyas relaciones son de derecho internacional, pero que rigen sus relaciones a partir de estructuras normativas autónomas las unas de las otras, no solo dificulta la creación y aplicación de un ordenamiento jurídico internacional uniforme que regule todas esas relaciones, sino que además transforma el ya existente régimen

jurídico internacional en un conjunto de normas incoherentes y sin cohesión, cuando regula de manera estricta determinado aspecto, y al mismo tiempo señala una serie de permisiones que contradicen prohibiciones ya establecidas (Ureña, 2010). ii) *Imposibilidad del Estado de adecuar el sistema normativo interno* al internacional contenido en tratados internacionales sobre derechos humanos; no solo el órgano legislador carece de las herramientas y procedimientos legislativos necesarios para articular el sistema de normas legales internas con los preceptos de derecho internacional, sino que los jueces en su tarea de aplicar e interpretar el derecho, bien desconocen dichos preceptos o bien deciden inaplicarlos (Brito & Carbonell, 2011); quedando así en suspenso la obligación del Estado de materializar y asegurar la eficiencia de los derechos fundamentales. iii) *Falta de compromiso por parte de los Estados*: ya sea con la ausencia de instituciones, mecanismos y procedimientos que aseguren su eficacia en el derecho interno, la falta de voluntad de reconocer a los derechos humanos y fundamentales el carácter universal, o la persistente negativa de comprometerse a defender y proteger los derechos nivel internacional, en palabras de Rodrigo Brito y Miguel Carbonell:

No se puede decir que se tiene un compromiso con los derechos si solamente se les defiende y protege en territorio nacional. La actuación del Estado... debe ser congruente dentro y fuera de sus fronteras. Lo mismo que se defiende hacia adentro debe ser defendido afuera. (Brito & Carbonell, 2011).

iv) Deficientes o inexistentes instituciones de garantía de los derechos humanos:

La ya existente constitución embrionaria del mundo, si bien reconoce una diversidad de derechos y estipula que toda la humanidad es sujeto de los mismos, a su vez carece a nivel internacional de instituciones que aseguren su efectividad en ese mismo ámbito (Angulo Jacobo, 2006). Si bien esto resulta ser una dificultad, podría subsanarse con la adopción por parte del derecho internacional, de los instrumentos existentes en el derecho interno; se transforma en reto –al igual que las demás dificultades mencionadas- para los Estados y para la comunidad internacional en general, el buscar los medios que permitan que estos inconvenientes no afecten drásticamente la eficaz implementación de este nuevo modelo de corriente ideológica del derecho.

2.3 La visión del Constitucionalismo Global desde Luigi Ferrajoli

Luigi Ferrajoli autor de *Derecho y Razón, Principia Iuria, Razones Jurídicas del Pacifismo, Democracia y Garantismo, Derechos y Garantías, Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, entre otros; pacifista, ciudadano del mundo, creyente y defensor de la Democracia y los Derechos Humanos. El eje articulador del pensamiento y los planteamientos de este autor no es otro que la *Democracia Constitucional*, la cual desarrolla aspecto por aspecto, a lo largo de toda su obra.

Ferrajoli, desarrolla su pensamiento a partir de tres aspectos que no solo caracterizan su obra, sino que además lo caracterizan como teórico del derecho (Carbonell, 2008 en Ferrajoli, 2008). En primer lugar, tenemos el *aspecto académico*, el cual Ferrajoli desarrolla con infinita capacidad para interrogar e

interrogarse, dispuesto a llegar hasta dónde la razón le lleve (Carbonell, 2008 en Ferrajoli, 2008); el segundo aspecto de la obra de Ferrajoli es el de *jurista práctico* que se preocupa y se encarga de proporcionar soluciones precisas a determinados problemas que vienen aquejando al Estado Constitucional, especialmente en lo que respecta al papel de los jueces en la democracia, su aplicación y desarrollo (Ibáñez, 2004 en Ferrajoli, 2004), atendiendo a este aspecto de su obra, Ferrajoli ha desarrollado los conceptos de *Garantía* la cual se entiende como cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo; y *Constitución*, entendida como la norma encargada de delimitar el perímetro de la esfera de lo indecible (Carbonell, 2008 en Ferrajoli, 2008).

Finalmente, tenemos que el último aspecto de la obra de Ferrajoli radica en el hecho de considerarse *Ciudadano cosmopolita militante*; Ferrajoli no solo ha participado en el Tribunal Permanente de los Pueblos⁵; sino que además oriente sus ideas en torno al *Constitucionalismo Cosmopolita* y a favor de una *esfera pública* de alcance mundial (Carbonell, 2008 en Ferrajoli, 2008).

2.3.1 Esfera Pública Internacional

En la visión de Luigi Ferrajoli, es importante que la comunidad internacional retome la “cultura del dialogo” en el que los Estados lleguen a acuerdos

⁵ Luigi Ferrajoli, se caracteriza no solo por hablar de pacifismo, sino por ser un pacifista militante activo. En la página web oficial de la Fondazione Lelio e Lisli Basso Issoco http://www.internazionaleleliobasso.it/?page_id=215 se puede ver que este autor ha hecho parte del Tribunal Permanente de los Pueblos.

multilaterales a partir del debate, del cual surjan políticas de interacción e intercambio (Ferrajoli, 1999) Para él, esto solo es posible en la medida que se pueda construir un nuevo sistema de derecho, cuyo campo de acción sea global, pretende poner en marcha la llamada *Esfera Pública Internacional*. Desde Ferrajoli, la esfera pública internacional debe ser entendida como:

El conjunto de las instituciones y de las funciones que están destinadas a la tutela de intereses generales, como la paz, la seguridad y los derechos fundamentales y que forman por tanto el espacio y el presupuesto tanto de la política como de la democracia (Ferrajoli, 2001).

Para Ferrajoli, la creación de esta esfera pública internacional es un inminente resultado de la Carta de la ONU y la Declaración Universal de Derechos, en consecuencia de lo anterior la ONU como organización internacional, entra a hacer parte de las *instituciones de garantía e instituciones de gobierno*. En primer lugar, las instituciones de garantía, tienen como finalidad asegurar a nivel mundial la materialización, protección y efectividad de los derechos humanos; mientras que las instituciones de gobierno, buscan la implementación de una “democracia planetaria” (Ferrajoli, 2004), en la que los Estados participen en términos de igualdad en la creación de políticas, directrices y normas con el fin de dar solución a los dilemas que se presentan en el desarrollo de las relaciones internacionales.

Ferrajoli considera que la ONU como institución de gobierno, debe ser renovada, los procesos y las políticas que en ella se desarrollan deben democratizarse; de acuerdo con su criterio, actualmente solo están respondiendo a los intereses de los Estados parte en el Consejo de Seguridad (Ferrajoli, Razones jurídicas del pacifismo, 2004). Ahora bien, como institución de garantía, tenemos que la ONU no puede cumplir su misión, puesto que si bien existen en el orden jurídico interno los instrumentos en los que se consignan derechos humanos, el mismo carece de los mecanismos y procedimientos que permitan implementarlos. A partir de lo anterior, surge para Ferrajoli la necesidad de articular las instituciones de garantía y de gobierno internacional, con las instituciones y mecanismos existentes en el orden interno de los estados, con el fin de que se pueda alcanzar el fin último del constitucionalismo global consignado en la constitución embrionaria del mundo: la universalización de los derechos humanos, la paz y la garantía de su efectividad.

2.3.2 Jurisdicción Penal Internacional

Con la creación del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, como respuesta a la impunidad que caracteriza al derecho penal internacional, se abre la puerta a la creación de más espacios a escala internacional, en los que; la defensa, protección, y garantía de los derechos fundamentales sea el fin último. Para Ferrajoli, la creación de una jurisdicción penal internacional, constituye el primer paso en el establecimiento de instituciones de garantía aseguren y consoliden un orden internacional que garantice la paz y los derechos fundamentales (Ferrajoli, Razones jurídicas del pacifismo, 2004).

Con los tribunales militares de Nurenberg y la antigua Yugoslavia como ejemplo y punto de partida, la corte penal internacional nace como un organismo cimentado en la Constitución embrionaria del mundo, por lo tanto, éste tribunal se consolida en la esfera pública global como la institución de garantía por excelencia, instituida para juzgar sin distinciones de rango, sexo, religión, cargo, las conductas que lleguen a constituir crímenes internacionales de su competencia.

3. DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

3.1 ESTRUCTURA DE LA CORTE

La Corte Penal Internacional, con carácter permanente, tiene su origen en el establecimiento de los tribunales penales militares *ad hoc* de *Nurenberg*, para el *Lejano Oriente* y el *Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia* (Vargas Silva, 2004), es el tribunal internacional encargado de ejercer jurisdicción sobre cualquier persona mayor de edad, cuando sea acusada de cometer conductas constitutivas de crímenes de *Agresión*, *Genocidio*, *Crimen de Guerra*, *Crímenes de Lesa Humanidad*; Art. 1s (Estatuto de roma, 1998), conductas consideradas como crímenes internacionales, en otras palabras:

Esta institución internacional busca contribuir a poner fin a la cultura de la impunidad, ya que como se dijo anteriormente, es el primer tribunal judicial de carácter permanente que dará eficacia sancionatoria a las normas del derecho internacional humanitario. Tendrá una jurisdicción más amplia que el Tribunal de La Haya y

podrá investigar en el territorio donde se cometió el delito, para lo cual no necesitará autorización del Estado correspondiente. Podrá investigar y juzgar a individuos (no a Estados) acusados de cometer violaciones graves del DIH; los crímenes dejan entonces de estar sujetos al principio territorial del Derecho Penal. Los crímenes de conocimiento de la CPI son el genocidio, lesa humanidad y los crímenes de guerra -está pendiente de aprobarse el crimen de agresión- (Ariza Santamaría, 2010).

El Estatuto de Roma de Julio 17 de 1998, que crea a la Corte Penal Internacional, entró en vigor el 01 de Julio de 2002 luego que 76 países ratificaran su adherencia a este tratado; el cual no solo establece que la competencia de este tribunal dependerá de si se investigan crímenes internacionales, sino que además exige que los Estados involucrados en el caso hayan ratificado el tratado; que la denuncia de los hechos sea hecha por un Estado parte, el Consejo de Seguridad de la ONU o el Fiscal de la Corte Penal Internacional, Art. 13 (Estatuto de roma, 1998); y que el caso en estudio se encuadre en alguna de las causales de admisibilidad consagradas en el Art. 17 del Estatuto. Este Estatuto, es producto de una serie de debates llevados a cabo en la *Sexta comisión de la Asamblea General de la ONU, el comité especial y el comité preparatorio*⁶, en los que se discutieron los puntos consignados en el proyecto de Estatuto presentado por la

⁶ Las sesiones de estos comités se realizaron en 1998, 1995 y 1996 respectivamente.

Comisión de Derecho Internacional en 1994, para que finalmente en 1998 la *Asamblea de Plenipotenciarios* aprobara el texto final del Estatuto (Naciones Unidas, 1994).

Señala el artículo 34 del Estatuto, que la Corte Penal Internacional se encuentra conformada por los siguientes órganos: *i) Presidencia; ii) Sala o Sección de Apelación, Sala o Sección de Primera Instancia, Sala o Sección de Cuestiones Preliminares; iii) Fiscalía; iv) Secretaría*. En primer lugar, la Presidencia de la Corte, se constituye por el presidente y por el primero y segundo vice presidentes de la corte, los cuales serán elegidos por mayoría absoluta de los magistrados para un periodo de 3 años, en los cuales se encargarán de administrar la Corte, además podrá determinar el tiempo en que deben desarrollarse las investigaciones, y ordenar, atendiendo a criterios de necesidad, que magistrados de la sala de primera instancia entren a conocer casos en la sala de cuestiones preliminares, y viceversa (Arts. 35, 36 y 39 E.R.).

Por otro lado, las salas, con formadas por 18 magistrados, son las encargadas de llevar a cabo la función judicial. La sala de apelaciones, puede ejercer sus atribuciones cuando culminado el proceso, el fallo es impugnado por el fiscal, cuando considere que existen *vicios de procedimiento, error de hecho y error de derecho*; por su parte, el condenado podrá apelar por considerar que existieron *vicios de procedimiento, error de hecho, error de derecho, y por cualquier otro motivo que afecte la justicia o la regularidad del proceso* (Vargas Silva, 2004); en

consecuencia, cuando la sala de apelaciones considere que efectivamente se presentó alguna de las circunstancias ya mencionadas, procederá a revocar el fallo impugnado y dictar nuevo fallo, convocar nuevamente a la sala de primera instancia para que conozca nuevamente el caso, o constituir una nueva sala de primera instancia (Vargas Silva, 2004). La Sala de Primera Instancia conformada por no menos de seis (6) magistrados, tres de los cuales serán los encargados de hacer uso de las funciones propias de la sala, una vez sean confirmados los cargos de acusación por parte de la sala de cuestiones preliminares (Vargas Silva, 2004); es la sala de primera instancia el órgano encargado de conocer y llevar a su culminación el juicio atendiendo a criterios de justicia, celeridad, publicidad y el respeto de los derechos del acusado, la protección de víctimas y testigos, además, en el desarrollo del juicio, esta sala podrá decidir sobre la admisibilidad o pertinencia de las pruebas, tomar las medidas necesarias para mantener el orden de las audiencias, así como también podrá limitar el carácter público de las audiencias (Arts. 64 y 65 E.R.).

Otro de los órganos que componen la estructura de la Corte Penal Internacional es la Secretaría, en cabeza del secretario como principal funcionario, y el secretario adjunto como funcionario de apoyo; es el órgano encargado de administrar la Corte en los aspectos no judiciales. El secretario y el secretario adjunto, serán elegidos para un período de cinco (5) años, reelegibles por un período igual. La secretaría tiene como funciones principales el nombrar el personal que estime necesario para el eficaz desarrollo de las actividades de la Corte, así como

adoptar medidas y sistemas de protección y seguridad, y prestar asesoría a las víctimas y testigos de procesos de la corte. La fiscalía y la sala de cuestiones preliminares, son los órganos encargados de hacer selección de los casos que conocerá la Corte, a partir de las denuncias, informes y remisiones que reciban.

3.2 PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

3.2.1 Procedimiento en Primera Instancia

El proceso para enjuiciamiento de crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, consta de una primera instancia o proceso de primera instancia, una instancia o proceso de apelación y un procedimiento especial y excepcional de revisión de sentencia judicial en firme.

El procedimiento de primera instancia, puede dividirse en dos fases; la primera de ellas, la fase de instrucción dentro de la que se surten las etapas de investigación y de confirmación de cargos, será adelantada por el Fiscal de la Corte ante la Sala de Cuestiones Preliminares de la misma; la segunda fase, la fase de Juicio, se adelanta ante la Sala de Primera Instancia, y en esta se desarrollará el juicio propiamente dicho. (Pérez Arias). Como punto de partida de la investigación de estos crímenes, tenemos el sistema de activación de la jurisdicción de la corte, el cual señala que solo se iniciará la investigación cuando, el Fiscal de la Corte adquiera conocimiento de la *notitia criminis*, ya sea por información presentada por alguno de los Estados parte o por el Consejo de Seguridad de la ONU, o por

actividad propia del Fiscal, así las cosas, será el Fiscal el único legitimado para dar inicio al proceso ante la Corte Penal Internacional (cita Regla de la CPI # 46 y ss.).

Una vez haya adquirido el Fiscal la *notitia criminis*, realizará un examen de idoneidad del asunto, con el fin de determinar si existe o no fundamento para incoar una investigación del asunto (Pérez Arias); si llegare a considerar el Fiscal que, efectivamente existe tal fundamento, presentará solicitud de autorización de inicio de investigación a la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, atendiendo a lo señalado en el artículo 53 del Estatuto de Roma, con el fin de sustentar su solicitud.

La Sala de Cuestiones Preliminares decidirá si autoriza o no la investigación de los hechos que se presumen crímenes, tomando como fundamento el análisis que se haga al asunto puesto en su conocimiento, a partir del artículo 17 del Estatuto. Así las cosas, deberá la Sala de Cuestiones Preliminares, determinar si el asunto está incurso en alguna de las situaciones descritas en el mencionado artículo, en tal caso decidirá inadmitir la investigación de los hechos y abstenerse de ordenar o autorizar la práctica de diligencias.

Dicho lo anterior, es necesario resaltar que la Sala de Cuestiones Preliminares no se constituye como órgano de prejuzgamiento de la cuestión (Pérez Arias), en consecuencia, bien podrá admitir o inadmitir un asunto sin que ello implique una

prohibición a replantear su decisión respecto de determinado asunto puesto en su conocimiento, tal como señala el artículo 15 del Estatuto de Roma:

Artículo 15. El Fiscal.

1. El Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte.
2. El Fiscal analizará la veracidad de la información recibida. Con tal fin, podrá recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas y podrá recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte.
3. 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, junto con la documentación justificativa que haya reunido. Las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.
4. Si, tras haber examinado la petición y la documentación que la justifique, la Sala de Cuestiones Preliminares considerare que hay fundamento suficiente para abrir una investigación y que el asunto parece corresponder a la competencia de la Corte, autorizará el inicio

de la investigación, sin perjuicio de las resoluciones que pueda adoptar posteriormente la Corte con respecto a su competencia y la admisibilidad de la causa.

5. La negativa de la Sala de Cuestiones Preliminares a autorizar la investigación no impedirá que el Fiscal presente ulteriormente otra petición basada en nuevos hechos o pruebas relacionados con la misma situación.

6. Si, después del examen preliminar a que se refieren los párrafos 1 y 2, 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. Ello no impedirá que el Fiscal examine a la luz de hechos o pruebas nuevos, otra información que reciba en relación con la misma situación.

Una vez autorizada la investigación por la Sala de Cuestiones Preliminares, todas las diligencias tendientes a averiguar la historia real de los hechos enjuiciados serán dirigidas y practicadas por el Fiscal (Pérez Arias). Dentro del abanico de medidas de investigación que puede ejecutar el Fiscal en ejercicio de su facultad instructora (cita ER art. Correspondiente), tenemos la recolección de pruebas documentales, solicitudes de comparecencia, práctica de interrogatorios a víctimas y testigos, entre otros; como excepción de lo anterior, tenemos que las medidas privativas de derechos, sólo podrán ser autorizadas por la Sala de

Cuestiones Preliminares, previa solicitud hecha por el fiscal, cuando tenga fundamentos suficientes para atribuir la autoría del crimen a determinado sujeto, atendiendo a lo señalado en el artículo 58 del Estatuto, el cual dispone lo siguiente:

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

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

a) Hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; y

b) La detención parece necesaria para:

i) Asegurar que la persona comparezca en juicio;

ii) Asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte; o

iii) En su caso, impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias.

2. La solicitud del Fiscal consignará:

a) El nombre de la persona y cualquier otro dato que sirva para su identificación;

b) Una referencia expresa al crimen de la competencia de la Corte que presuntamente haya cometido;

c) Una descripción concisa de los hechos que presuntamente constituyan esos crímenes;

d) Un resumen de las pruebas y cualquier otra información que constituya motivo razonable para creer que la persona cometió esos crímenes; y

e) La razón por la cual el Fiscal crea necesaria la detención.

3. La orden de detención consignará:

a) El nombre de la persona y cualquier otro dato que sirva para su identificación;

b) Una referencia expresa al crimen de la competencia de la Corte por el que se pide su detención; y

c) Una descripción concisa de los hechos que presuntamente constituyan esos crímenes.

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

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

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

7. El Fiscal podrá pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que, en lugar de una orden de detención, dicte una orden de comparecencia. La Sala, de estar convencida de que hay motivo razonable para creer que la persona ha cometido el crimen que se le imputa y que bastará con una orden de comparecencia para asegurar que comparezca

efectivamente, dictará, con o sin las condiciones limitativas de la libertad (distintas de la detención) que prevea el derecho interno, una orden para que la persona comparezca. La orden de comparecencia consignará:

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

La notificación de la orden será personal.

Por otro lado, tenemos la etapa de confirmación de cargos; esta etapa de la fase de instrucción en el procedimiento de primera instancia ante la Corte Penal Internacional, al igual que la etapa de investigación, se adelanta ante la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte, y tendrá inicio con la presentación del escrito de cargos que hace el Fiscal ante esta sala. En este escrito, no sólo se hará la solicitud de señalamiento de fecha y hora para la celebración de la Audiencia de Confirmación de Cargos, sino que además, se hará una relación de las pruebas

que el Fiscal pretende hacer valer en el Juicio. El acto mediante el cual se materializa esta etapa del proceso consiste en la celebración de la Audiencia de Confirmación de Cargos, en la que se analizará todo material (probatorio y argumentativo) que el Fiscal presente, con el fin de determinar si existen o no suficientes elementos de los que pueda inferirse la posible autoría de los hechos que se presumen crímenes internacionales (Pérez Arias).

La celebración de la audiencia de confirmación de cargos no puede hacerse antes de que hayan transcurrido como mínimo 30 (treinta) días desde la presentación del escrito de cargos (Regla de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional No. 121.3); podrá el Fiscal modificar los cargos hasta 15 (quince) días antes de la celebración de la audiencia de confirmación de cargos (Regla de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional No. 121.4 y Art. 61.4 ER). También podrá el Fiscal modificar los cargos una vez hayan sido confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares; en tal caso, será necesario abrir un incidente contradictorio entre las partes, para que estas formulen los alegatos que consideren pertinentes (Art. 61.9 ER); con tal objeto, se fijará fecha para la celebración de una nueva audiencia de confirmación de cargos.

Una vez confirmados los cargos, la Sala de Cuestiones Preliminares decidirá si considera que existen razones y pruebas suficientes que permitan confirmar los mismos o desestimarlos. Habiendo sido confirmados, procederá el Presidente de la Corte a conformar la Sala de primera Instancia que conocerá el asunto, reunida la Sala, se convocará a reunión con el fin de señalar fecha y hora para celebrar la

audiencia que da inicio al juicio, además se ordenará a testigos, víctimas y peritos a que se presenten al mismo; del mismo modo se ordenará a las partes que presenten las pruebas documentales en esa misma audiencia; y se tomarán las medidas necesarias para el correcto desarrollo del juicio y la protección de la información del proceso (Pérez Arias).

El juicio será oral y se entenderá iniciado con la celebración de audiencia pública en la que se hará lectura de los cargos que fueron confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares. En esta audiencia se dará oportunidad al acusado de hacer declaración respecto de su culpabilidad o inocencia frente a los hechos que se le imputan (Pérez Arias). Ahora bien, solo podrá haber condena una vez haya finalizado el juicio, puesto que, es deber de la Corte no sólo verificar la capacidad de entendimiento que tiene el acusado, sino que debe analizar sus declaraciones y el conjunto de elementos probatorios que consten en el expediente; en consecuencia no podrá la Corte emitir fallos condenatorios cuyo sustento radique en la mera declaratoria de culpabilidad del acusado (Regla de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional No. 139, Art. 65 ER).

Cuando la declaratoria del acusado se de inocencia, se iniciará el período probatorio y se podrá practicar prueba testimonial y/o pericial previo estudio sobre admisión y pertinencia de dichas pruebas (Art. 69.4 ER). Finalizado el período de prueba, el presidente de la Sala de Primera Instancia cerrará el mismo y dará oportunidad al Fiscal de la Corte y a la Defensa para que presenten sus conclusiones y alegatos de cierre (Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte

Penal Internacional No. 141). Tras haber finalizado esto, la Sala entrará a deliberar de manera secreta con el fin de emitir un fallo (Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional No. 142, Art. 74.4 ER).

El fallo de primera instancia será presentado por escrito, la decisión de condena o declaratoria de inocencia deberá ser adoptada por los magistrados atendiendo a lo señalado en el artículo 74 del Estatuto, el cual reza así:

Artículo 74. Requisitos para el fallo:

1. 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.

2. 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.

3. Los magistrados procurarán adoptar su fallo por unanimidad, pero, de no ser posible, éste será adoptado por mayoría.
4. Las deliberaciones de la Sala de Primera Instancia serán secretas.
5. 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 éste se hará en sesión pública.

Es necesario que el fallo sea motivado, y deberá incluir un análisis complejo y sistemático de las pruebas y los cargos confirmados, en el mismo no se incluirá la pena a cumplir; esta se fijará en audiencia pública en la que se señalará el tiempo de condena y el Estado en el que se debe cumplir la misma.

3.2.2 Procedimiento de Apelación

La Sala de Apelaciones, es el órgano de la Corte Penal Internacional encargado de conocer del recurso de apelación que se interponga contra las providencias proferidas por la Sala de Primera Instancia y la Sala de Cuestiones Preliminares.

Las providencias que requieran autorización de la Corte para recurrir en apelación, deberán apelarse dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la misma,

para luego de autorizadas se les dé el trámite señalado en el Estatuto. De acuerdo con la Regla de Procedimiento y Prueba No. 155, estas providencias son aquellas que afecten cuestiones significativas de la justicia y la demora en el impulso del proceso, y las providencias proferidas por la Sala de Cuestiones Preliminares en las que se autorice al Fiscal de la Corte a ejecutar actos de investigación en territorio de alguno de los Estados Parte, sin que éste haya prestado cooperación de acuerdo con los parámetros señalados en el Estatuto.

Las decisiones en las que se adopten de oficio medidas esenciales para la defensa del juicio que no hayan sido solicitadas por el Fiscal, tomadas por la Sala de Cuestiones preliminares, serán apelables dentro de los 2 días siguientes a la notificación de dicha providencia, y solo podrán ser apeladas por el Fiscal de la Corte (Art. 56.3b ER).

Por otro lado, la Sentencia, la pena y la reparación impuestas serán apelables dentro de los 30 días siguientes, contados a partir de la notificación de la providencia, este término será prorrogable por solicitud hecha por la parte afectada, la cual deberá sustentar tal solicitud.

El escrito de apelación será presentado ante el Secretario de la Corte, el cual remitirá a la Sala de Apelaciones el expediente sobre el cual se interpone apelación, dicho escrito deberá contener, entre otros, argumentos que soporte la configuración de alguno de los motivos de apelación contenidos en el Estatuto:

PARTE VIII. DE LA APELACIÓN Y LA REVISIÓN

Artículo 81. Apelación del fallo condenatorio o absolutorio o de la pena

1. Los fallos dictados de conformidad con el artículo 74 serán apelables de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, según se dispone a continuación:

- a) El Fiscal podrá apelar por alguno de los motivos siguientes:
 - i) Vicio de procedimiento;
 - ii) Error de hecho;
 - iii) Error de derecho;
- b) El condenado, o el Fiscal en su nombre, podrá apelar por alguno de los motivos siguientes:
 - i) Vicio de procedimiento;
 - ii) Error de hecho;
 - iii) Error de derecho;
 - iv) Cualquier otro motivo que afecte a la justicia o a la regularidad del proceso o del fallo.

2. a) El Fiscal o el condenado podrán apelar de una pena impuesta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, en razón de una desproporción entre el crimen y la pena;

...

La Sala de Apelaciones, antes de iniciar el proceso de estudio y fallo, deberá notificar el escrito de apelación al resto de las partes que se vincularon al proceso de primera instancia. La decisión de la Sala de Apelaciones puede consistir en confirmación, revocatoria o modificación de la providencia objeto

del recurso; tal decisión deberá ser adoptada por la mayoría de los magistrados, y dada a conocer a las partes en audiencia pública.

La parte recurrente podrá, en cualquier momento antes de que se profiera el fallo de apelación, desistir del recurso presentando escrito ante el Secretario de la Corte, el cual deberá notificar a las partes no recurrentes.

4. SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

4.1 Aspectos Generales sobre la Sala de Cuestiones Preliminares de La Corte Penal Internacional.

Quizás la función más relevante de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, consiste en el análisis y resolución de conflictos que se suscitan cuando es necesario iniciar una investigación por responsabilidad en crímenes internacionales, y el caso de adecua a alguna de las condiciones de admisibilidad señaladas en el artículo 17 del Estatuto. Le corresponde a este órgano de la CPI determinar si efectivamente se debe “suspender” el ejercicio de la acción de la jurisdicción de la Corte, en virtud del principio de complementariedad que caracteriza a su jurisdicción (Ambos & Guerrero, El estatuto de roma de la corte penal internacional, 2003). En este caso, a la sala de cuestiones preliminares, no le queda más que dejar en estudio el estado del caso en concreto, con miras de ejercer vigilancia de la forma en qué se está resolviendo el mismo por parte del

Estado con jurisdicción y competencia para investigar, procesar y juzgar tales hechos.

Lo anterior, no es lo único que caracteriza y hace especial a la Sala de Cuestiones Preliminares, este órgano de la Corte Penal Internacional es el encargado de “hacer control de legalidad y procedencia” sobre los actos de investigación que el fiscal hace en ejercicio de sus funciones. Al igual que en la Sala de primera instancia, el número de magistrados que la conforman no puede ser inferior a seis (6), y serán elegidos para un período de tres (3) años; las decisiones de esta sala la tomarán los tres magistrados designados para ejercer las funciones propias de la misma, aunque bien puede ejercer como sala de cuestiones preliminares un solo magistrado Art. 39 (Estatuto de roma, 1998). Este órgano, tiene como funciones principales la revisión de las decisiones del fiscal, a petición de los estados parte, el Consejo de Seguridad de la ONU o de oficio, cuando esta decisión consista en no continuar con una investigación por considerar que no existe fundamento razonable que motive confirmar cargos. A demás, en curso de la investigación, podrá esta sala, autorizar al Fiscal para que adelante investigaciones en un Estado parte, cuando este niega la cooperación, por no contar en su ordenamiento jurídico con un órgano competente para cumplir con esta Art. 57 (Estatuto de roma, 1998).

En cabeza de la sala de cuestiones preliminares está la responsabilidad de hacer las primeras restricciones a la libertad de los investigados o acusados ante esta corte; es así como tenemos que, la sala de cuestiones preliminares, podrá, en

ejercicio de sus funciones dictar y librar órdenes de detención, cuando existan pruebas que demuestren la existencia de motivos para considerar al acusado o investigado como responsable de un crimen internacional; también podrá librar éstas órdenes para asegurar la comparecencia del acusado o investigado al juicio, o para evitar la obstrucción y entorpecimiento de la investigación Art. 57 (Estatuto de roma, 1998).

En lo que respecta al procedimiento, la sala de cuestiones preliminares, es la encargada de orientar la audiencia de confirmación de cargos, con la que se le da fin a la fase investigativa. En esta audiencia, la fiscalía presenta un resumen del material probatorio o pruebas documentales que posea, con el fin de confirmar o desestimar los cargos de acusación de responsabilidad de un crimen internacional. A su vez, el investigado junto con su defensa, podrá presentar pruebas con el fin de controvertir los cargos hechos por la fiscalía; finalmente, será decisión de la sala de cuestiones preliminares el aceptar o desechar los cargos de acusación con fundamento en las pruebas que se le presenten; cuando la decisión consista en la aceptación de los cargos de acusación, deberá esta sala asignar el proceso a una sala de primera instancia para que realice el procedimiento de juzgamiento (Ambos & Guerrero, El estatuto de roma de la corte penal internacional, 2003).

4.2 El papel de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional.

La Fiscalía de la Corte Penal Internacional, es el órgano que posee la facultad de dar inicio a las investigaciones de crímenes internacionales, ya sea por iniciativa propia, o bien porque la Sala de Cuestiones Preliminares a solicitud del Estado parte o del Consejo de Seguridad de la ONU así lo requiere. Con base en lo anterior, encontramos que es obligación del fiscal iniciar investigación, toda vez que existan los fundamentos necesarios que permitan determinar que, efectivamente se está frente a la comisión de uno de los crímenes internacionales cuyo juzgamiento compete a la corte (Hans-Förg Behrens, 2003 en Ambos & Gerrero,2003).

Al ser la Corte Penal Internacional, un tribunal internacional que responde a la necesidad de garantizar los derechos humanos y evitar que queden impunes las conductas constitutivas de crímenes internacionales, que abiertamente son vulneratorios de la amplia carta de derechos humanos consignados en los instrumentos internacionales (Ferrajoli, 2004); por lo tanto, la fiscalía y sus funciones no pueden ser ajenas a tal fin; es así como tenemos que éste órgano no responde a criterios de eficientismo, sino que sus actuaciones y decisiones están guiadas por criterios garantistas. En consecuencia las funciones de la fiscalía no solo giran en torno a obtener un fallo condenatorio, el fiscal debe orientar el ejercicio de sus funciones en pro de establecer la verdad, a proteger los derechos

de las víctimas, testigos e investigado (Ambos & Guerrero, El estatuto de roma de la corte penal internacional, 2003).

Frente a la sala de cuestiones preliminares, la fiscalía tiene la obligación de sustentar sus decisiones, exponer los motivos que guían la investigación y los cargos que imputa; a demás debe solicitar, cuando considere conveniente, la expedición de órdenes de captura o comparecencia, siempre buscando la protección de las partes del proceso (Hans-Förg Behrens, 2003 en Ambos & Gerrero,2003).

Una vez hayan sido confirmados los cargos por parte del Fiscal en la Audiencia, la Sala de Cuestiones Preliminares, decidirá si considera que existen razones y pruebas que permitan confirmar efectivamente los cargos, o por el contrario, decidir si lo que considera pertinente es la desestimación de los mismos (Art. 61.7 ER).

5. PRINCIPIOS DE DERECHO EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

La parte III del Estatuto de Roma, relativa a los principios generales de derecho penal, es una de las más novedosas si se le compara con los estatutos de los tribunales que precedieron a la corte, que no contenían normas tan completas, excepto las relativas a la jurisdicción personal, la responsabilidad individual se

refiere a los principios del derecho penal tomados de los diferentes sistemas jurídicos existentes con el objetivo de proporcionar todas las garantías del debido proceso a los acusados. Esta sección plantea el principio de irretroactividad por medio del cual la Corte no tendrá competencia respecto de conductas cometidas antes de la entrada en vigor del Estatuto (1 de julio de 2002). Reconoce el principio de responsabilidad penal individual, que hace posible juzgar a los individuos por graves violaciones al derecho internacional, que son declaradas imprescriptibles. Esta parte, además, se ocupa de la responsabilidad de los líderes por acciones de sus subordinados, la edad de la responsabilidad penal internacional y la responsabilidad individual sea por una acción u omisión.

De los principios teóricos más relevantes, se exponen de forma sucesiva los siguientes:

PARTE III. DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO PENAL

Artículo 22. *Nullum crimen sine lege*

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte.
2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.

3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.

Artículo 23. *Nulla poena sine lege*

Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

Artículo 24 *Irretroactividad ratione personae*

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.

2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.

El artículo 6 de la ley 599 del 2000 expone que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco”.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados. La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.

Así mismo el artículo 6 de la ley 906 del 2004, en sus principios fundamentales enuncia entre otros que,

“Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Jerárquicamente la enunciación del principio de legalidad en rango constitucional se expone,

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Internacionalmente el principio de legalidad se configura en la declaración universal de los derechos humanos (adoptada y proclamada por la asamblea general en su resolución 217a (iii), de 10 de diciembre de 1948), en los siguientes artículos,

Artículo 9º - Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 10º - Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11º - 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

El pacto internacional de derechos civiles y políticos de diciembre 16 de 1966⁷

Artículo 9º - 1. Toda individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá ser subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o al cualquier otro momento de las diligencias procesales y en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un Tribunal, a fin de que éste decida a la

⁷ adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la asamblea general en su resolución 2200 a (xxi), de 16 de diciembre de 1966, este pacto entro en vigor en la fecha del 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Aprobado por la ley 74 de 1968.

brevidad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá derecho efectivo a obtener reparación.

Artículo 14º - 1. Todas las personas son iguales ante los Tribunales y Cortes de Justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella opera la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del Tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores....

Artículo 15º - 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o

internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Declaración americana de los derechos y deberes del hombre⁸ en el artículo 25 afirma,

Nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida, y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, establece un bloque teórico que unifica el principio de legalidad con el de retroactividad⁹.

⁸ aprobada en la novena conferencia internacional americana, Bogotá, Colombia, 1948

⁹ pacto de san José de Costa Rica" (aprobada en la conferencia de los Estados Americanos de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969). (aprobado por la ley 16 de 1972)

ART. 9º—Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

El Principio de legalidad se reafirma constitucionalmente con el de “reformatio in pejus”, siendo una garantía para el ciudadano en cuanto a que el legislador no podrá imponer penas de las que han sido excluidas por el texto constitucional y para los funcionarios judiciales que ejercen la represión la garantía al ciudadano que no le podrán imponer penas por fuera de los límites temporales establecidos en la ley. Es por ello que este principio y el de la reformatio in pejus deben ser conciliados en su interpretación, en el sentido de que los jueces jerárquicamente superiores se encuentran impedidos para agravar la pena impuesta en primera instancia, pero siempre y cuando ella se haya ajustado al principio constitucional de la legalidad, porque es obvio que los jueces dentro del principio también constitucional de la independencia, según el cual solo están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley, al tasar las penas necesariamente debe cumplirse esta función dentro de los parámetros señalados por tal normatividad, es decir que teniendo en cuenta las diversas circunstancias de atenuación y agravación punitiva, y es claro que bajo ninguna circunstancia se podrán deducir penas por

debajo del mínimo legal o por encima del máximo legal." (CSJ,. Cas. feb. 3/98 9734, M.P. Carlos E. Mejía Escobar).

El principio de legalidad en materia penal consagrado en el artículo 29 de la Constitución, así: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio."

Precepto que guarda íntima relación con lo dispuesto en los artículos 6 que consagra la responsabilidad de los particulares y de los servidores públicos por infringir la Constitución y la ley; y el 28 del mismo ordenamiento, que prescribe: "Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido por la ley." De la misma manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 15-1 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 9, aprobados mediante las leyes 74-68 y 16-72, respectivamente, consagran dicho principio en similares términos. Veamos: "Artículo 15-1. Nadie será condenado por actor u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello." "Artículo 9: Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie

puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."

De acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional sólo el legislador puede establecer hechos punibles y señalar las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en ellos. Un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale. Ley, que ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o "preexistente."

El artículo 1 del Código Penal incluye tal principio dentro de las normas rectoras del proceso penal, en estos términos: "Nadie podrá ser juzgado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella". Y en el artículo 3 del mismo estatuto establece: "La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca."

El principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos por cuanto les permite conocer cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales

respectivas.” (C.Ctnal., Sent. mar. 3/99 C-133, M.P. Carlos Gaviria Díaz). En si mismo formaliza otros principios como el de favorabilidad,

Para poder dar aplicación al principio de favorabilidad de la ley entrándose de tránsito de legislación, debe realizarse una confrontación entre las disposiciones vigentes para el momento de la comisión del hecho y las dictadas con posterioridad a aquellas, para finalmente poder determinar cuales le resultan más favorables al sindicado o condenado y con base en ellas adoptar las decisiones que legalmente correspondan (artículo 230 de la Carta Política)." (CSJ,. Cas. mar. 19/97 12610, M.P. Didimo Paez Velandia).

La Prevalencia del principio de legalidad sobre la reformatio in pejus, desde los lineamientos rectores de la Corte suprema de Justicia, “La Sala ha venido considerando que dada la constitucionalización del principio de legalidad y habida cuenta del mandato que sobre el carácter normativo de la Carta contiene la propia Constitución, no es posible sostener la prevalencia de la prohibición de reforma en peor de las sentencias (Art 31 C.P.) , para aplicar ésta última disposición en perjuicio de aquél. La garantía fundamental que implica el principio de legalidad (C.P. art 29) no se puede agotar en la recortada perspectiva de la "protección del procesado" en un evento determinado, sino que ella trasciende en general a todos los destinatarios de la ley penal a fin de que el Estado (a través de los funcionarios que aplican la ley, esto es, los jueces) no pueda sustraerse de los marcos básicos (mínimo y máximo) de la pena declarada por el legislador para

cada tipo penal o para cada clase de hecho punible.” (CSJ,. Cas. oct. 28/97 9791, M.P. Carlos E. Mejía Escobar).

El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo, pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, ya que les permite conocer previamente las conductas prohibidas y las penas aplicables. De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra Constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (CP art. 29) (Ver, entre otras, las sentencias C-127 de 1993, C-344 de 1996 y C-559 de 1999).

Esta Corte ha precisado además (C-559/1999), Martínez Caballero expone, que en materia penal, el principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente, y debe ser complementado por un principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad, según el cual, las conductas punibles y las penas deben ser no sólo previa sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley. Sólo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la

libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal. En efecto, únicamente si las descripciones penales son taxativas, pueden las personas conocer con exactitud cuáles son los comportamientos prohibidos, y la labor de los jueces, en el proceso de adecuación típica, se limita a determinar sí, conforme a los hechos probados en el proceso, el acusado cometió o no el hecho punible que se le imputa.

El principio de taxatividad penal implica no sólo que las conductas punibles deben estar descritas inequívocamente sino que las sanciones a imponer deben estar también previamente determinadas, esto es, tiene que ser claro cuál es la pena aplicable, lo cual implica que la ley debe señalar la naturaleza de las sanciones, sus montos máximos y mínimos, así como los criterios de proporcionalidad que debe tomar en cuenta el juzgador al imponer en concreto el castigo. En efecto, según la Carta, nadie puede ser juzgado sino “conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa” (CP art. 29), lo cual significa, para lo relativo a la pena, que es el legislador, única y exclusivamente, el llamado a contemplar por vía general y abstracta la conducta delictiva y la sanción que le corresponde. Por su parte, el artículo 15-1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 9º de la Convención Interamericana señalan que a nadie se le “puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”, lo cual significa que la pena tiene que estar determinada previamente en la ley pues sólo así puede conocerse con exactitud cuál es la pena más grave aplicable. Por consiguiente, la Corte coincide con la Vista Fiscal en que si la norma acusada no

establece claramente, ya sea de manera directa, ya sea por remisión a otras disposiciones legales, cuáles son las penas aplicables, entonces se encuentra viciada de inconstitucionalidad, pues, contrariamente a lo ordenado por la Carta y por los pactos internacionales de derechos humanos, en últimas sería el funcionario judicial, *ex post facto*, quien definiría las sanciones, y no la ley en abstracto y de forma previa.” Quiere ello decir que ante la existencia de una o varias disposiciones legales de carácter penal en las que se regulan asuntos que representen mayor beneficio para el infractor, éstas deberán aplicarse en forma preferente y prevalente, aunque sean posteriores al hecho imputado, siempre que su conducta no aparezca clara e inequívocamente encuadrada en una disposición que tipifica un delito sancionado con una pena más grave, pero perfectamente diferenciable, por su especificidad, de otro al que se ha asignado una sanción más benévola.” (C-133/1999).

La Exposición de motivos del proyecto original presentado por la fiscalía general de la nación muestra que tanto los principios de legalidad e igualdad mantienen sus rasgos actuales. Sólo en este último se hace referencia al mandato del inciso último del artículo 13 de la Carta Política, claro ejercicio de rompimiento de la igualdad formal para dar paso a la material, lo cual puede constituirse en norte interpretativo frente a innumerables problemas dogmáticos y político criminales; bastaría mencionar que el mismo obligaría a interpretar de modo diferente el estado de necesidad frente al llamado hurto famélico, como también, serviría de derrotero para la consideración de los llamados límites ético-sociales de la legítima

defensa frente a los ataques perpetrados por enfermos mentales y niños, que puedan ser evadidos por el agredido.

Asumiendo de esa forma, tres nociones del principio de legalidad. “El principio de la legalidad de los delitos y de las penas, o principio de reserva, está integrado por tres nociones, que BUSTOS RAMÍREZ enuncia y explica así: “a) nulla poena sine lege scripta; b) nulla poena sine lege stricta; c) nulla poena sine lege praevia.

La primera noción, nulla poena sine lege scripta, está ligada a las mismas fuentes del derecho represor y por eso su contenido se refiere necesariamente a ese aspecto histórico, que dispone rechazar como constitutivas de punición la costumbre, la jurisprudencia y las normas generales del derecho. Estos tres auxiliares del intérprete, no son garantías suficientes, ya que las personas quedan al margen de los procesos que las generan. Ello no significa, sin embargo, dice BUSTOS RAMÍREZ, “que las fuentes generales del derecho no tengan incidencia en el penal. Sí la tienen, pero en forma subordinada a la ley”.

La segunda noción, nulla poena sine lege stricta, sale al paso de la analogía, en virtud de la cual, como se ve adelante al revisar la norma rectora que la prohíbe, a falta de disposición expresa se apela a una semejante. La prohibición de la analogía es un preciso límite al poder público y a la arbitrariedad, “sobre todo si se considera que el poder judicial está sumamente identificado con el sistema de control del Estado. Desde esta perspectiva ni siquiera goza de la suficiente

independencia ni tampoco es un poder en sentido estricto, pues carece en gran medida de la participación popular”.

La tercera noción, *nulla poena sine lege praevia*, prohíbe la retroactividad de la ley represora dictada con posterioridad al acto atribuido o imputado. Así como el principio de legalidad afecta también necesariamente las regulaciones politicocriminales, el de la ley previa tiene igual base primordial: “afecta, dice BUSTOS, la participación del sujeto en el proceso social, lo que constituye el fundamento del bien jurídico y de la responsabilidad. Participación que no se ve afectada, todo lo contrario, cuando se trata de la retroactividad de las leyes favorables”.

Las funciones del principio de legalidad desde esa línea, “Se deduce de cuanto antecede que la ley penal es garantía de libertad para quienes no infringen la norma —*nullum crimen sine lege*— y que se presenta, además como la *Charta Magna* del delincuente —*nulla poena sine lege*—. A juicio de Stampa Braun, “el principio de legalidad cumple dos funciones recíprocamente condicionadas: función limitadora de las fuentes formales del Derecho penal (puesto que se proclama que la ley es la única fuente formal de nuestro Derecho) y función de garantía. Esta última se bifurca a su vez en otras dos: función de garantía jurídica (certeza) y función de garantía política (seguridad)”. Monopolio de la ley como fuente de Derecho Penal. “La sumisión del Derecho penal a la única fuente formal e inmediata plenamente creadora de un ordenamiento cerrado y de realidad positiva, esto es, a la ley, encarna en el llamado principio de legalidad de delitos y

penas. Consiste en no admitir otras infracciones penales ni otras sanciones de tal carácter que las previamente previstas por la ley, lo que vale tanto como la consagración del monopolio o monismo de ésta como fuente formal del Derecho Penal.”

6. PRINCIPIO DE NON BIS IN ÍDEM

6.1 Cuestiones Generales.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es el mejor ejemplo de cómo la comunidad internacional puede ocuparse del juzgamiento de actos que han hecho tránsito a cosa juzgada en el orden interno. Dicho instrumento, suscrito por Colombia, establece dentro de su carta de principios reguladores, el principio de *non bis in ídem*, en virtud del cual se otorgan facultades a éste organismo internacional, para que intervenga investigue, juzgue y sancione conductas constitutivas de crímenes internacionales, aún cuando el Estado hubiere juzgado dicha conducta y existiera decisión de fondo sobre los hechos, la Corte Penal Internacional, en virtud de la estructuración del *non bis in ídem* en el Estatuto, podrá, hacer uso ejercicio de su jurisdicción y competencia cuando se considere que las medidas judiciales tomadas por los Estados parte para evitar la impunidad de las conductas de competencia de la corte, son insuficientes o ineficaces. (Penagos Trujillo & Sánchez Posso, 2007).

El *non bis in ídem* consignado en el ER (art. 20), tiene como punto de partida el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana

sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, los cuales en sus artículos 14 Núm. 7, y 8 Núm. 4, respectivamente consagran:

Art. 14, Núm. 7: Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Art. 8, Núm. 4: El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos.

De este principio se debe interpretar que se limita a juicios celebrados en un solo ámbito de jurisdicción; esto es, la Corte no podrá juzgar dos veces a la misma persona por los mismos hechos cuando ya hubiere sido condenada o absuelta por la misma Corte (Vargas Silva, 2004), y tiene como fin último, evitar que un mismo hecho se sancione penalmente más de una vez, sin importar que dicha conducta sea imputada a la misma persona con denominaciones distintas (Fernandez Carrasquilla, 1989 en Penagos Trujillo & Sánchez Posso, 2007), esto con el fin de otorgar un mínimo de garantías jurídicas a los asociados, tales como seguridad jurídica, respeto al derecho del debido proceso y unificación en los criterios de juzgamiento; es así como la doctrina concuerda con dicho planteamiento, cuando dice que:

En verdad, si el acusado declarado inocente no pudiera tener la seguridad jurídica de esa situación procesal, él mismo y la sociedad a que pertenece se mantendrá en la incierta posición de una

expectativa adversa, de una zozobranante amenaza. Si ello no fuera así, el futuro de todo procesado declarado inocente se tornaría angustiosamente incierto, fuera de la actividad judicial en ese aspecto nunca se podría considerar finalizada. (Framarino, Dei Malatesta en Penagos Trujillo & Sanchez Posso, 2007)

De igual forma, la jurisprudencia nacional, concuerda con lo anterior, en ese sentido ha señalado que:

El principio *non bis in ídem* no es solo una prohibición dirigida a las autoridades judiciales con el fin de impedir que una persona ya juzgada y absuelta vuelva a ser investigada, juzgada y condenada por la misma conducta. También es un derecho fundamental que el legislador debe respetar. Una norma legal viola este derecho cuando permite que una persona sea juzgada o sancionada dos veces por los mismos hechos. Dicha permisión puede materializarse de diferentes formas, todas contrarias a la Constitución. De tal manera que la única forma en que el legislador viola dicho principio no se contrae a la autorización grosera de que quien hubiere sido absuelto en un juicio penal puede volver a ser juzgado exactamente por la misma conducta ante otro juez nacional cuando un fiscal así lo solicite, mediante una acusación fundada en el mismo expediente. El principio *non bis in ídem*, por lo menos, también prohíbe al legislador permitir que una misma persona sea objeto de múltiples sanciones, o juicios sucesivos, por los mismos

hechos ante una misma jurisdicción (C-870/2002; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Ahora bien, atendiendo a la doctrina existente al respecto, podemos decir que para que el principio de *non bis in ídem* se configure y se aplique restrictivamente; es decir, se aplique éste principio como prohibición de doble juzgamiento, deben concurrir una serie de elementos. En primer lugar, es menester que haya identidad subjetiva, esto es, que se trate de la misma persona; además debe haber identidad objetiva, con el nuevo juzgamiento se persigue el mismo fin, sancionar las mismas conductas; y finalmente es necesario que se presente identidad en la causa, referente a los hechos que dieron lugar a las conductas que se pretenden sancionar (Penagos Trujillo & Sánchez Posso, 2007), de igual forma, la jurisprudencia nacional, también considera necesario que se estructuren una serie de elementos para poder hablar de la existencia de una violación al principio de *non bis in ídem*, es así como ha dicho que:

Este principio que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones, sólo tiene operancia en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación.

La identidad en la persona significa que el sujeto inculpatado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.

La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.

La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos (C-244/1996; M. P. Carlos Gaviria Díaz).

Por lo tanto, tenemos que él *non bis in ídem*, en tanto prohibición debe entenderse como *regla general* y no como una *regla* absoluta e inequívoca; ya que resulta necesario clarificar que la prohibición del doble enjuiciamiento no excluye que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando éstas tengan distintos fundamentos normativos y diversas finalidades, y que lo que se pretende evitar con la misma es una doble sanción cuando concurren los elementos necesarios para su configuración (C-870/2002; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

6.2 *Non Bis In Ídem* Como límite al ejercicio de la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

La Corte Constitucional en sentencia C – 578 de 2002, declara constitucional la ley 742 de 2002, con la cual se ratifica el Estatuto de Roma. Uno de los principios estructurales de ese Estatuto es el *Non bis in ídem*, que es asimilado como una variante del principio de legalidad y como sinónimo de *cosa juzgada* (Fernandez

Carrasquilla, 1989 en Penagos Trujillo & Sánchez Posso, 2007), concretamente este principio es asimilado como el respeto al debido proceso de todos los sujetos procesales, exponiéndose como la prohibición de doble incriminación de un delito a un sujeto, independientemente de si ella fue condenada o absuelta. Esto, desde la dogmática constitucional y desde el derecho penal en sentido legislativo, quiere decir, que una vez concluido el proceso, no cabe, como regla general, que el sindicado sea sometido a nuevo juicio de la misma naturaleza por los mismos hechos (Penagos Trujillo & Sánchez Posso, 2007). La Corte Constitucional de Colombia, ha sido reiterativa al señalar que el *non bis in ídem* se erige, no sólo como principio de derecho orientador de nuestro ordenamiento jurídico, sino que además, constituye un derecho fundamental de todos los asociados (C-554 de 2001, MP Clara Inés Vargas Hernández); en efecto ha señalado esta Corte que:

Observa la Corte que, de acuerdo a la disposición constitucional bajo análisis, no ser juzgado dos veces por el mismo hecho es un “derecho”. De acuerdo a los criterios jurisprudenciales reiterados por esta Corte, éste derecho es fundamental y de aplicación directa e inmediata. La función de este derecho, conocido como el principio *non bis in ídem*, es la de evitar que el Estado, con todos los recursos y poderes a su disposición, trate varias veces, si fracasó en su primer intento, de castigar a una persona por la conducta por él realizada, lo cual colocaría a dicha persona en la situación intolerable e injusta de vivir en un estado continuo e indefinido de ansiedad e inseguridad. Por eso, éste principio no se circunscribe a

preservar la cosa juzgada sino que impide que las leyes permitan, o que las autoridades busquen por los medios a su alcance, que una persona sea colocada en la situación descrita. De ahí que la Constitución prohíba que un individuo sea “juzgado dos veces por el mismo hecho” (C-870/2002; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Atendiendo a los anteriores postulados, podría decirse que el *non bis in ídem* existe como una prohibición que debe entenderse de manera absoluta y rígida, pero tenemos que, la misma corte constitucional ha estipulado no debe ser así; tomando como punto de partida el derecho internacional y el respeto a los tratados y convenciones internacionales sobre Derechos Humanos que Colombia ha venido suscribiendo, encontramos que existe fundamento suficiente para desvirtuar ese carácter absoluto que se le ha venido dando a dicho principio; si bien su aplicación proporciona seguridad jurídica y confianza en los asociados, tenemos que en Sentencia C-004 de 2003, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett, señaló esta corporación que:

así como en el ordenamiento interno militan razones para morigerar el rigor del *non bis in ídem* - la protección de la soberanía y la seguridad nacional -, es comprensible que a nivel internacional las naciones del mundo, inspiradas en la necesidad de alcanzar objetivos de interés universal como la paz mundial, la seguridad de toda la humanidad y la conservación de la especie humana, cuenten

con medidas efectivas cuya aplicación demande la relativización de la mencionada garantía, lo que constituye un motivo plausible a la luz de los valores fundamentales que se pregonan en nuestra Constitución Política, asociados a la dignidad del ser humano

En consecuencia, encontramos que es posible entonces establecer limitaciones al derecho al *non bis in ídem* a fin de desarrollar otros valores y derechos constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia (C-004/2003; M.P.Eduardo Montealegre Lynett). Ahora bien, es menester interrogarnos si el principio *non bis in ídem* debe o no ser entendido como una prohibición absoluta en el Estatuto de Roma. En efecto, el Estatuto en su artículo 20 señala que:

1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.
2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.
3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

- a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o
- b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Penal Internacional solo podrá investigar y procesar conductas constitutivas de crímenes internacionales cuando el Estado con jurisdicción no haya investigado o incoado la acción penal correspondiente; o cuando habiendo iniciado la investigación o el proceso penal se haya procurado asegurar la impunidad del presunto responsable; y cuando dentro del proceso no se respetaron las garantías procesales reconocidas por el Derecho Internacional (E.R. Artículos 17 y 20), a demás, la sentencia condenatoria o absolutoria de la CPI, hace tránsito a cosa juzgada y por lo tanto no podrá la corte, ni otro tribunal, procesar nuevamente a alguien que ya lo hubiera sido. Así mismo se abstendrá la CPI de admitir conocimiento de un asunto cuando los hechos hayan sido investigados, juzgados y sancionados por un tribunal nacional, en otras palabras:

El principio de cosa juzgada es reconocido por el Estatuto de Roma en el artículo 20. Según este principio nadie podrá ser juzgado dos veces por los mismos hechos respecto de los cuales hubo

pronunciamiento, salvo que haya existido, por parte del Estado, falta de capacidad o voluntad para adelantar el juicio, incumplimiento de los requisitos de imparcialidad e independencia, o que el juicio haya sido adelantado de tal forma que sólo sea un teatro jurídico en procura de la impunidad (Penagos Trujillo & Sánchez Posso, 2007).

En consecuencia, encontramos que, atendiendo a este principio, la CPI puede asumir el conocimiento de un caso, aún cuando exista providencia de tribunal nacional que haya enjuiciado la conducta constitutiva de crimen de su competencia, si el juicio no se ajusta a los estándares procesales reconocidos por el DI, sin que esto implique una violación al principio de la cosa juzgada por la sencilla razón, que en esos procesos las autoridades realmente no realizaron una investigación seria e imparcial de los hechos punibles, y por ende, precisamente por ese incumplimiento del Estado de no adelantar seriamente la investigación, la persona absuelta en realidad nunca fue realmente procesada ni enjuiciada, por lo que una reapertura de la investigación no implica una afectación intensa del *non bis in ídem* (C-004/2003; M.P. Eduardo Montealegre Lynett). Es así como La Corte Penal Internacional, analizará un asunto que fue o está siendo adelantado por un Estado parte y admitirá conocimiento cuando se pueda determinar y se concluya que el Estado no está investigando, procesando y juzgando crímenes internacionales, dejándolos en la impunidad (Penagos Trujillo & Sánchez Posso, 2007).

Es así como tenemos que el principio de *non bis in ídem* no debe entenderse como una prohibición absoluta sino relativa, pero si debe entenderse como un principio orientador y límite al ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal internacional, puesto que, sólo podrá investigar, procesar, juzgar y sancionar conductas constitutivas de crímenes internacionales que ya han sido conocidas y resueltas en un tribunal nacional, cuando el proceso de adelanta evitando cumplir con el fin de establecer la verdad de los hechos, hacer justicia efectiva y garantizar la reparación de las víctimas, por un tribunal independiente e imparcial, la CPI no podrá ejercer su jurisdicción y deberá declarar que el asunto es inadmisibile, de conformidad con lo que establece el art. 20 Núms.1 y 2 del Estatuto (C-578/2002; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

7. PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

7.1 CUESTIONES GENERALES

Consagrado en el artículo 17 del Estatuto de Roma, el principio de complementariedad se constituye como requisito para la activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Tal como fue concebida, la Corte Penal Internacional solo podrá entrar a ejercer jurisdicción en la medida que los Estados parte en el Estatuto no cumplan con la obligación adquirida de garantizar la judicialización y procesamiento de los crímenes internacionales que son competencia de la Corte (Canosa Rivera, 2011).

La complementariedad como característica especial de la jurisdicción de la Corte supone, necesariamente, la inadmisibilidad de un asunto cuando se configure alguno de los presupuestos consignados en el artículo 17 del Estatuto:

Artículo 17. Cuestiones de admisibilidad.

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

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento 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;

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;

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

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

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho

internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

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

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

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

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

Por lo tanto no podrá la Corte conocer asuntos que no le sean presentados por el Fiscal y que una vez se haya hecho el análisis previo de admisibilidad por la Sala de Cuestiones Preliminares se determine la configuración de alguna de estas causales (Canosa Rivera, 2011).

8. CASO COLOMBIA

8.1 Estado del caso Colombiano en la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional.

Con la implementación de la justicia transicional y los procedimientos de justicia y paz consignados en la Ley 975 de 2005, se puede inferir que el Estado Colombiano efectivamente se encuentra ejecutando acciones jurídicas y judiciales que permitan hacer oposición y eviten la impunidad de las conductas constitutivas de crímenes internacionales cometidos en su territorio y por sus nacionales. Es así como tenemos que la Ley de Justicia y Paz, se constituye no solo como un marco normativo, sino que además se erige como la medida institucional por excelencia que ha sido creada con el fin último de desmontar a los grupos armados organizados al margen de la ley (Ambos, 2010).

Atendiendo al principio de complementariedad, como principio determinante del principio y fin de la competencia de la Corte Penal Internacional, se ha venido señalando que es deber de todos los Estados parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, investigar, procesar y sancionar las conductas constitutivas de crímenes que son competencia de la Corte; en ese sentido ha señalado la Corte Constitucional de Colombia que:

Todos los Estados tienen interés en la sanción de las más graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, como el genocidio, la tortura, o la desaparición forzada,

por lo cual esos comportamientos pueden ser juzgados y sancionados por cualquier Estado en nombre de la comunidad internacional (C-004/2003; M.P.Eduardo Montealegre Lynett).

El art. 17 del Estatuto de Roma consigna el principio de complementariedad, en el numeral primero del mismo artículo se identifica el principio de complementariedad en sentido estricto, el cual consiste en la presunción de admisibilidad de un asunto ante la Corte Penal Internacional, mientras que en los demás numerales del artículo 17 consignan una serie de causales de análisis de admisibilidad del asunto, y es la sala de cuestiones preliminares la encargada de realizar dicho análisis. De acuerdo con los numerales 2 y 3 del artículo en mención, se configura la excepción a la presunción de admisibilidad, cuando el Estado no tenga la voluntad o esté en incapacidad de atender el asunto; dicha falta de voluntad se manifiesta en la sustracción de la responsabilidad de procesar e imponerla a otra persona, organización u organismo, además se presenta cuando se esté frente a evasión de preceptos procedimentales aplicables al caso, demora injustificada en los procesos judiciales, imparcialidad del agente juzgador, falta de independencia del órgano que conoce y juzga el asunto; por otro lado, tenemos que la mencionada excepción se configura además, por la incapacidad del Estado, ya sea por colapso total del sistema judicial, o por colapso sustancial del mismo, éste último se presenta cuando hay desplazamiento de recursos y procedimientos, o cuando no haya disponibilidad, no existan o los recursos sean inútiles (Ambos, 2010).

Atendiendo a lo anterior, tenemos que, gracias a la implementación de la Ley 975 de 2005, el caso del estado Colombiano aún se mantiene en observación preliminar por la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, es decir, el presupuesto de complementariedad como característica propia de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, no fue analizado como una presunción de admisibilidad contemplada en el art. 17.1; sino que se viene analizando su admisibilidad a partir de las excepciones de admisibilidad contempladas en el artículo 17, numerales 2 y 3 (Ambos, 2010). Tenemos que Colombia con la llamada Ley de Justicia y Paz, no permite la concesión de amnistías e indultos pero si establece que se debe agotar en el proceso las etapas de investigación y enjuiciamiento así como establece que las penas impuestas a los autores y partícipes de los hechos que son objeto de crímenes de competencia de la Corte serán *penas alternativas*, sin que se entienda que las mismas son desproporcionadas en comparación con la justicia ordinaria, ni mucho menos que su aplicación responde a intereses particulares cuyo fin es la sustracción de la responsabilidad penal internacional de la persona; por lo tanto ha venido considerando la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte, que si bien Colombia ha tenido intenciones de implementar las medidas necesarias dentro de su ordenamiento jurídico con el fin de ejecutar las obligaciones adquiridas con la ratificación del Estatuto de Roma, estas medidas no vienen siendo lo suficientemente eficaces para la consecución de tal fin, y que por lo tanto el Caso Colombiano no será investigado, pero si resulta menester que, el mismo se mantenga en vigilancia y estudio constante por parte de este Tribunal

Internacional, con el objetivo de velar porque las medidas que se tomen para judicializar las conductas constitutivas de crímenes de competencia de la Corte, sean eficaces y suficientes para proteger a los individuos y garantizar sus Derechos.

9. CONCLUSIONES

1. La Constitucionalización del Derecho, y la Globalización como fenómenos orientadores del desarrollo social de la actualidad mundial, sirven de soporte y sustento al lo que se viene construyendo a cerca del saber de Derecho Internacional Penal. El Constitucionalismo Global desde la perspectiva de Luigi Ferrajoli ha servido como punto de partida para que la comunidad internacional materialice en el Estatuto de Roma, ese querer común: Una Esfera pública internacional, que tenga como finalidad esencial el reconocimiento, protección y garantía de los derechos humanos.
2. La Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, se configura como el órgano de la Corte encargado de ejecutar el análisis preliminar a los asuntos que llegan a la Corte, por remisión del Fiscal de la misma. Es entonces como tenemos que, es éste órgano de la Corte, el encargado de materializar el ejercicio de la jurisdicción de la Corte, cuando determina si existen o no causales que permitan determinar la admisibilidad de un asunto y posteriormente decide abrir investigación, desestimar e inadmitir un asunto o dejar en estado de observación.

3. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, como instrumento de derecho, ideológicamente identificado con el Constitucionalismo Global, necesariamente encuentra sustento a partir de principios generales de derecho que orientan sus disposiciones; es así como en dicho estatuto se consignan como principios articuladores el *Nullum crimen sine lege*, *Nulla poena sine lege*, *Irretroactividad ratione personae*, *Non bis in ídem* y *complementariedad*.
4. Las situaciones de admisibilidad contenidas en el Estatuto de Roma, tienen como sustento los principios de *complementariedad* y *Non bis in ídem*, por lo tanto, son estos principios los que sirven como soporte del ejercicio de la Jurisdicción de la Corte en cabeza de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional. Es así como, esta órgano de la Corte se constituye como órgano límite y activador de la Jurisdicción de la misma.
5. Colombia, con la implementación del sistema de justicia transicional ha empezado el proceso de cumplimiento de las obligaciones adquiridas con la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, si bien este sistema de justicia constituye un inicio, no ha sido suficiente para que la Corte Penal Internacional por medio de la Sala de Cuestiones Preliminares considere que, el Estado Colombiano efectivamente está garantizando Derechos Humanos y Fundamentales a sus habitantes y en

consecuencia investigando, procesando, juzgando y sancionando hechos constitutivos de crímenes internacionales de competencia de esta corte; por lo tanto, el caso Colombiano aún es objeto de análisis preliminar en la Sala de Cuestiones Preliminares.

10. BIBLIOGRAFÍA

Ambos, K. (2010). *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de "justicia y paz" en Colombia*. Bogotá, D. C. : Temis.

Ambos, K., & Guerrero, O. J. (2003). *El estatuto de roma de la corte penal internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Angulo Jacobo, L. F. (2006). *Constitucionalismo global*. Mexico: Suprema corte de justicia de la nacion.

Aponte, A. (2005). El Estatuto de Roma y los límites del derecho penal en escenarios de alta conflictividad: el caso colombiano. En K. Ambos, E. Malarino, & J. Woischnik, *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (págs. 196-226). Berlin: Konrad-Adenauer- Stiftung E. V.

Ariza Santamaría, R. (2010). Corte Penal Internacional: Génesis y alcance. *Píelagus* , 103-117.

Atienza, M. (2010). Constitucionalismo, Globalización y Derecho. En M. Carbonell, & L. García Jaramillo, *El Canon Neoconstitucional* (págs. 268-284). Bogota D.C.: Universidad del Externado.

Brito, R., & Carbonell, M. (2011). La globalización y los derechos humanos, a la luz de la reforma constitucional de junio de 2011. *Revista de la facultad de derecho de mexico* .

C-004/2003; M.P. Eduardo Montealegre Lynett, D-4041 (Corte Constitucional de la República de Colombia 20 de Enero de 2003).

C-244/1996; M. P. Carlos Gaviria Diaz, D-1058 (Corte Constitucional de la República de Colombia 30 de Mayo de 1996).

C-578/2002; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, LAT223 (Corte Constitucional de la República de Colombia 30 de Julio de 2002).

C-870/2002; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, D-3987 (Corte Constitucional de la República de Colombia 15 de Octubre de 2002).

Canosa Rivera, A. M. (2011). *La complementeriedad en el estatuto de roma*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Carbonell, M. (2004). Globalización y derecho, algunas coordenadas para el debate. En M. Carbonell, *Constitucionalismo y democracia. Ensayos criticos*. Mexico: Porrúa.

Carrillo De la Rosa, Y. (2010). *La inclusión de la moral, en el derecho y otros ensayos de teoría jurídica*. Cartagena: Editorial Universitaria, Universidad de Cartagena.

Estatuto de roma. (17 de Julio de 1998). *Estatuto de roma de la corte penal internacional* . La haya, Holanda.

Fernandez Carrasquilla, J. (1989). *Derecho Penal Fundamental*. Bogota: Temis.

Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2001). Pasado y Futuro del Estado de Derecho. *Revista internacional de filosofía política* , 31-46.

Ferrajoli, L. (2004). *Razones jurídicas del pacifismo*. Madrid: Trotta.

Lledó Vasquez, R. (2000). *Derecho Penal Internacional*. Santiago de Chile: Editorial Congreso.

Martinez de Alegria Pinedo, P. (2008). La Globalización en el siglo XXI: Retos y dilemas (s). *Seminario G6 Economía y Empresa*. Pais Vasco: Universidad del Pais Vasco- Federacion de cajas de ahorro Vasco-Navarras.

Mejía Azuero, J. C. (2008). Diferencias entre el derecho penal internacional y el derecho internacional penal. *Prólogos derechos y valores* , 181-217.

Naciones Unidas. (1994). *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46 período de sesiones.*

Penagos Trujillo, S. C., & Sánchez Posso, J. C. (2007). *El non bis in ídem y la cosa juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.* Bogotá: Ibañez.

Pérez Arias, J. (s.f.). El proceso ante la Corte Penal Internacional (Instancia, Apelación y Facultad Revisora). . *Universidad de Murcia* .

PNUD. (2002). *Informe sobre desarrollo humano 2002.*

Ruiz Valeiro, J. F. (2011). ¿Hacia un nuevo modelo de Estado de Derecho? El Estado de Derecho Internacional en la visión de Luigi Ferrajoli. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* , 119-146.

Ureña, R. (2010). Espejismos constitucionales. La promesa incumplida del constitucionalismo global. *Revista de derecho publico* .

Vargas Silva, C. I. (2004). *Colombia y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.* Bogota: Editorial Temis S. A.

