

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN RELACIÓN CON EL PROCESO DE PAZ COLOMBIANO

Pablo Rueda Sáiz

La Conferencia de Plenipotenciarios para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional Permanente, que se llevó a cabo del 15 de junio al 17 de julio del presente año, aprobó el Estatuto de dicha Corte mediante el voto favorable de 120 Estados. Sin embargo, ello no significa que su creación sea un hecho ya consumado. Para que la Corte Penal Internacional sea una realidad, el Estatuto debe ser ratificado por un mínimo de 60 Estados.

La Corte Penal Internacional (CPI) es un tribunal permanente que, de aprobarse, investigará y condenará los genocidios, crímenes de lesa humanidad, de guerra, y de agresión¹ (art. 5 del Estatuto) que sean cometidos después de la entrada en vigor del Tratado que consagra su Estatuto, en aquellos casos en que los Estados que normalmente lo harían dentro

de su jurisdicción interna, no quieran o no puedan hacerlo.

El mismo Estatuto define los delitos sobre los cuales tiene jurisdicción el Tribunal. De tal modo, el genocidio, definido en el artículo 6 del Estatuto de la CPI² es la realización de una serie de actos (enunciados explícitamente) tendientes a destruir total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Los crímenes de lesa humanidad, según el mismo Estatuto, consisten en actuaciones (también enunciadas explícitamente), cuando ellas son parte de un ataque consciente, masivo o sistemático, en contra de la población civil. Entretanto, los crímenes de Guerra son aquellas violaciones de los cuatro Tratados de Ginebra del 12 de agosto de 1949, en los cuales se proscriben una serie de conductas du-

* Abogado, investigador asistente Centro de Estudios Internacionales, instructor de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica, Universidad de los Andes.

1 El Estatuto de la CPI no definió la agresión, ni estableció las condiciones necesarias para asumir la jurisdicción sobre tal delito. Esto se hará en una Asamblea que celebrarán las partes que hayan ratificado el Estatuto, siete años después de su entrada en vigor, de acuerdo con sus artículos 5 No. 2, 121 y 123.

2 La definición de genocidio ha sido prácticamente la misma desde la adopción de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio, por parte de la Asamblea General de la ONU en 1948.

rante los conflictos armados, bien sean estos internacionales o internos³.

Las partes del Tratado que contiene el Estatuto de la CPI están obligadas a arrestar y entregar a quien la Corte requiera, de acuerdo con el procedimiento establecido por el Estatuto y con las normas procesales internas del Estado requerido, siempre y cuando la CPI haya verificado la admisibilidad del caso (art. 89 Estatuto de la CPI).

Aunque Colombia aprobó el Estatuto para la creación de la CPI, aún no lo ha ratificado. Para hacerlo debe estar dispuesta a ceder su autonomía para juzgar a quienes cometan delitos contenidos en el Estatuto, particularmente respecto de los delitos de lesa humanidad y de los crímenes de guerra. Más aún, si se considera que en el conflicto armado en el país, ninguna de las partes se ha comprometido seriamente a dejar de violar los derechos humanos y en particular el Derecho Internacional Humanitario. Teniendo en cuenta además, los compromisos que el gobierno y la "sociedad civil" están adquiriendo en las negociaciones de paz con los diversos actores en conflicto, ¿debe el mismo gobierno comprometerse -ahora frente a la comunidad internacional- a entregar a la CPI a quienes cometen los crímenes anteriormente descritos? ¿Puede el gobierno aceptar, por un lado, la obliga-

ción de entregar a la CPI un criminal, y por el otro declarar una amnistía en la cual dicho criminal está incluido? En casos como éste, en que parecen enfrentarse la necesidad de la paz y el imperativo de hacer justicia, ¿cómo se deben ponderar cada uno de estos dos valores? ¿Son acaso, inexorablemente, mutuamente excluyentes?

Como se dijo anteriormente, la jurisdicción de la CPI es complementaria a la de los Estados partes. Esto significa que cuando un Estado está juzgando o ha juzgado un caso, la CPI no puede entrar a conocer del mismo, a menos que se demuestre que, conforme a los principios del debido proceso, reconocidos por el derecho internacional, dicho Estado no quiere o no puede llevar a cabo el juicio (art. 17 No. 1 (a), No. 2). El Estatuto de la Corte no considera expresamente las amnistías y los indultos como casos en los cuales un Estado no quiere o no puede juzgar internamente a quienes cometan los delitos del artículo 5 del Estatuto. Sin embargo, como se verá posteriormente, sí existen razones para pensar que las amnistías que no permiten que se conozca la verdad acerca de la comisión de ciertos crímenes e impiden que se responsabilice, aunque sea formalmente, a los culpables, son contrarias a los principios del debido proceso reconocidos por el derecho internacional⁴.

3 El crimen de agresión no fue definido por el Estatuto así como tampoco lo fueron las condiciones a través de las cuales la CPI tendrá jurisdicción sobre tal delito. Éstos serán definidos en una asamblea de las partes que han ratificado el Estatuto, siete años después de su entrada en vigor, según lo establecen los arts. 5 No. 2, 121 y 123 del mismo.

4 Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el Proyecto de Estatuto hacía mención de las amnistías e indultos, tanto para decir que en tales casos el asunto era inadmisibile, como para determinar que

El presente artículo pretende sugerir que el objetivo principal para la creación de una Corte Penal Internacional permanente es el de contribuir a alcanzar la paz social en el ámbito internacional. Para eso, compara a la CPI con tres instituciones diferentes, los tribunales de Nuremberg, el tribunal *ad hoc* para Yugoslavia, y los procesos internos de condena de los violadores de los derechos humanos en diversos países de América Latina y el Caribe. A partir de lo anterior, muestra cómo la paz social se puede lograr, mediante un equilibrio entre la paz y la justicia, sin que esto implique incumplir la eventual obligación internacional que tienen los Estados de juzgar y condenar a los violadores de los derechos humanos.

Existen varias diferencias entre la Corte Penal Internacional Permanente y las demás instituciones analizadas en el presente artículo. La principal de ellas es que los tribunales de Nuremberg, el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia y las comisiones encargadas de investigar y condenar violaciones a los derechos humanos durante regímenes dictatoriales han tenido como objeto la resolución de conflictos específicos, mientras que la CPI se creó para investigar y condenar las violaciones de ciertos derechos humanos que ocurran con posterioridad. Sin embargo, en todas ellas,

el factor determinante para su creación ha sido el de la prevención de estas violaciones hacia el futuro. Adicionalmente, y como consecuencia de la diferencia mencionada existen otras, como pueden serlo la jurisdicción hacia el futuro de la CPI, contrastada con la jurisdicción retroactiva de las otras y el origen consensual de la CPI frente al carácter más o menos impositivo de las demás instituciones, entre otras.

A pesar de las diferencias, todas las instituciones que se comparan, comparten, tanto su objeto político como el jurídico. El objeto jurídico de estas instituciones ha sido investigar y condenar a los individuos responsables por violaciones de derechos humanos, en los casos en que los sistemas judiciales nacionales han sido ineficaces (aun cuando sea temporalmente). La condena de este tipo de eventos tiene a su vez un propósito político principal, prevenir que sucedan en el futuro. Si se tiene en cuenta que la función de condenar individuos es bastante *sui géneris* dentro del derecho internacional, y de hecho implica una extensión de sus alcances⁵, el lector encontrará razones suficientes para considerar que la comparación de las diversas instituciones, no solamente es posible, sino que es útil, en particular, para mostrar la relación dinámica que hay entre la paz y la justicia. Es necesario estudiar

la Corte podía conocer de tales casos cuando la amnistía o el indulto excluyera la posibilidad de otorgarle al criminal una pena apropiada. Sin embargo, ninguna de las dos propuestas fue aceptada. Véase, Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, "Proyecto de Estatuto..." arts. 11 [35] y 13 bis respectivamente, correspondientes a los asuntos de admisibilidad (actual art. 17 del Estatuto).

5 Adicionalmente, porque el concepto tradicional de "sujeto" en derecho internacional estaba limitado a los Estados y en algunos casos a las organizaciones internacionales.

las posibilidades que ha ofrecido históricamente esta relación (que no es necesariamente dilemática) para identificar soluciones a los problemas que puede presentar el proceso de paz en Colombia.

HISTORIA DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES Y LA BÚSQUEDA DE LA PAZ Y LA SEGURIDAD INTERNACIONALES: NUREMBERG, LA PAZ DE LOS VICTORIOSOS

Los Tribunales de Nuremberg, creados por la Carta del Tribunal Internacional Militar, anexo al Acuerdo de Londres para el Enjuiciamiento y Castigo de los Principales Criminales de Guerra del Eje Europeo de 1945, fueron *sui generis* en varios sentidos. En primera medida, fueron una imposición de una coalición victoriosa sobre los vencidos en la guerra, y no el producto de un acuerdo previo entre partes que se encontraban en un equilibrio de poder suficiente como para aceptar o rechazar su jurisdicción. En segunda medida, los jueces carecían en muchos casos de leyes preexistentes por las cuales juzgar a los criminales. Por ello, tuvieron que crear estatutos que contuvieran el derecho aplicable retroactivamente, es decir, a crímenes ya cometidos, o apoyarse convenientemente en la existencia de un derecho natural.

La precariedad de los fundamentos de la jurisdicción de los Tribunales de Nuremberg llevó a que, inicialmente, muchas personas cuestionaran la legitimidad de los fallos⁶. Sin embargo, la necesidad que tenían los Aliados y en general toda la comunidad internacional de que la historia de la Segunda Guerra no se repitiera (el castigo por el holocausto judío era una segunda prioridad), era suficiente motivo para que toda duda respecto de la legitimidad de los fallos se desvaneciera⁷. Evitar una guerra semejante era un imperativo, y condenar a quienes la iniciaron parecía ser una estrategia eficaz.

Teniendo en mente que el objetivo era impedir el resurgimiento de una nueva guerra mundial, ¿cuál era el límite que debían respetar los magistrados para no volver a alimentar el resentimiento que el Tratado de Versalles⁸ había causado a los alemanes? La Carta de Londres (art. 6(a)) establecía categóricamente que todo soldado alemán que hubiese participado en una "guerra agresiva" debía ser condenado. A pesar de esto, a partir de 1948, varios tribunales, conducidos por estadounidenses, concluyeron que sólo se debía juzgar a aquellas personas que, encontrándose en altas esferas nacionales, estuvieran encargadas de establecer las directrices de la guerra. Sólo los principales criminales debían ser condena-

6 Véase en este sentido Dinstein, Yoram; *International Criminal Law*, en Israel Yearbook on Human Rights 5, p. 55, 1975, citado por Steiner, Henry y Alston, Philip (comps.); *Human Rights in Context*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 1026.

7 *Ibidem*.

8 En cumplimiento del Tratado de Versalles, los alemanes se vieron obligados a entregar a los aliados alrededor de novecientas personas acusadas de violar las leyes de la guerra. Véase Meron, Theodor; *The Case for War Crimes Trials in Yugoslavia*, en *Foreign Affairs* 122, No. 3, 1993, p. 123.

dos⁹. Debía permitirse a los alemanes reconstruir Alemania, y así garantizar el fin primordial de asegurar la paz.

La consolidación de la paz, como objetivo de los Tribunales de Nuremberg, también se hizo evidente en la formulación de los delitos, entre los cuales se encontraban los llamados "Crímenes Contra la Paz"¹⁰. Adicionalmente, los tribunales, de hecho, sólo asumieron jurisdicción sobre los crímenes de lesa humanidad, cuando éstos estaban relacionados con crímenes de guerra o con crímenes contra la paz, a pesar de que en la Carta de Londres no se establecía que fuera necesaria esta conexidad¹¹. Esto significa que los tribunales autolimitaron *de fado* su jurisdicción, para que sólo los crímenes sucedidos durante la guerra fueran juzgados, negándose a conocer aquéllos cometidos contra los judíos antes de la guerra¹². Juzgar crímenes cometidos contra un grupo determinado (judíos, gitanos, etc.), por fuera de la guerra, implicaba desviarse de lo que sus creadores consideraban que era la finalidad políti-

caprimordial de los Tribunales, asegurar la paz.

RWANDA Y YUGOSLAVIA, VIEJOS MECANISMOS PARA ENFRENTAR NUEVOS RETOS A LA PAZ

Los tribunales penales internacionales comisionados *ad hoc* para Rwanda y Yugoslavia fueron creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, órgano encargado principalmente del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (art. 24 de la Carta Constitutiva de la ONU).

La Resolución mediante la cual se crearon fue dictada de conformidad con las facultades otorgadas a este órgano de la ONU en el capítulo VII de su Carta constitutiva, que establece las acciones que puede tomar, en caso de que haya amenazas y ataques contra la paz internacional, o actos de agresión¹³.

Las dudas que suscitó en un primer momento la creación de estos tribunales¹⁴ *ad hoc* por parte del Consejo de Se-

9 En particular, los casos *Germán High Command Trial* y *1. G. Farben Trial*.

10 La denominación "Crímenes contra la Paz", aunque no fue incluida en los Tribunales para la ex Yugoslavia y Rwanda, aparece en otro instrumento, el "Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad", presentado por la Comisión de Derecho Internacional en 1954, 1978, 1982 y 1991, al cual me referiré más adelante.

11 Véase Steiner y Alston, *op. cit.*, p. 1027.

12 *Ibidem*. Véase también Brownlie, Ian; *Principles of Public International Law*, 4* edition, Oxford University Press, Nueva York, 1990, p. 562.

13 El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia fue creado por las Resoluciones 808 del 22 de febrero de 1993 y 827 del 25 de mayo de 1993, con sede en La Haya, Holanda. El Tribunal para Rwanda fue creado por la Resolución 955 de 1994, con sede en Arusha, Tanzania, y comparte con el de Yugoslavia la Sala de Apelaciones y el Fiscal. Sus Estatutos son prácticamente idénticos aun cuando el de Rwanda, por tratarse de un conflicto de naturaleza primordialmente interna, utiliza fuentes de ley distintas al de Yugoslavia.

14 En particular de la ex Yugoslavia, por ser el primero en haber sido creado.

guridad estaban fundamentadas sobre dos cuestionamientos principales. El primero de ellos era que el capítulo VII de la Carta de la ONU no faculta expresamente al Consejo de Seguridad para crear tribunales, el segundo consistía en que la creación de un tribunal penal internacional no es una medida encaminada directamente a restablecer o mantener la paz de manera inmediata.

La primera de las objeciones es fácilmente controvertible, si se considera que el Consejo de Seguridad puede autorizar el uso de la fuerza para asegurar la paz. ¿Qué le impide entonces, a un órgano político que tiene cierta discrecionalidad en sus funciones, tomar una medida menos radical para lograr su objetivo, mediante la creación de un tribunal?

La segunda de las objeciones, en cambio, está mejor fundamentada jurídica y políticamente, pues la creación del tribunal podía llegar a ser ineficaz o incluso generar aún más violencia. Sin embargo, no se puede olvidar que la creación del Tribunal en Yugoslavia no era la primera medida de la que hacía uso el Consejo de Seguridad, y que ninguna de las anteriores medidas parecía adecuada para controlar por sí sola las dimensiones del conflicto. Por lo tanto, este organismo resolvió seguir la recomendación

de una Comisión de Expertos¹⁵, y del Secretario General de la ONU de dictar una Resolución que, con base en el capítulo VII,¹⁶ creara el Tribunal.

A pesar de que dentro de las motivaciones de las resoluciones que crearon el Tribunal para la ex Yugoslavia está explícita la violación de los derechos humanos, es más importante que tales violaciones constituyen, según las mismas resoluciones, una amenaza a la paz y seguridad internacionales y en tal medida se justifica la intervención del Consejo de Seguridad para crear un tribunal *ad hoc*¹⁷. Según se puede ver en su desarrollo, este segundo motivo ha condicionado en algunos casos importantes, la capacidad real del Tribunal de cumplir su función de juzgar y condenar a los criminales.

Tales son los casos de los procesos contra Radovan Karadzic y el general Ratko Mladic, tal vez los dos principales criminales de guerra serbio-bosnios. Los gobiernos estadounidense y francés trataron de arrestarlos en varias ocasiones, para someterlos a juicio ante el Tribunal, aunque los motivos para hacerlo eran eminentemente políticos. Estos países consideraron que los dos criminales ponían en peligro el Acuerdo de Dayton, del cual ellos habían sido garantes¹⁸. Sin

15 Presidida por M. Cherif Bassiouni, la Comisión entregó la recomendación de crear una corte *ad hoc* en su primer informe, en febrero de 1993.

16 Fundamentar la Resolución en el capítulo VII de la Carta de la ONU, además, hace que sea de obligatorio cumplimiento para los Estados, por encima de cualquier otra obligación internacional previamente contraída, según su artículo 103.

17 Véase la parte motiva de la Resolución del Consejo de Seguridad No. 808 de febrero 22 de 1993.

18 Véase en este sentido, el resultado de la investigación realizada por Thomas Sancton y Gilies Delafon, reseñada por *El Tiempo*, Suplemento Time Vol. 1 No. 20, de agosto 7 de 1998, pp. 12-13.

embargo, una vez analizada la situación, visto que una eventual operación para llevar a cabo el arresto¹⁹ implicaría un recrudecimiento del conflicto y bajas de parte de las tropas internacionales en la ex Yugoslavia, el presidente estadounidense Bill Clinton, el primer ministro británico Tony Blair y el canciller alemán Helmut Kohl decidieron no llevar a cabo la iniciativa de arresto planteada por Jacques Chirac. Los casos Karadzic y Mladic son sólo dos de tantos ejemplos de las limitaciones políticas para llevar hasta sus últimas consecuencias la función del Tribunal de juzgar a los principales criminales de guerra. De hecho, según la investigación realizada por Thomas Sancton y Gilies Delafon, "sólo unos 30 de los 70 individuos acusados han sido llevados ante el Tribunal, y la mayor parte de ellos se ha entregado voluntariamente"²⁰.

ANTECEDENTES DE LA CPI, UNA LARGA HISTORIA QUE NO HA COMENZADO

La Corte Penal Internacional es un proyecto que ha sido sugerido desde hace

más de 75 años. Se habló de él por primera después de la Primera Guerra Mundial²¹, y fue revivido después de la Segunda Guerra. En 1947, la Asamblea General de la ONU encargó a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) la elaboración de un proyecto de "Código de Crímenes contra la Humanidad"²². El siguiente año, la Asamblea General de la ONU encargó a la CDI estudiar la posibilidad de crear una corte penal internacional permanente. Sin embargo, la estructura bipolar del sistema internacional impidió que esta iniciativa tuviera éxito. Tanto la Unión Soviética y los países comunistas, como Estados Unidos y Gran Bretaña, se opusieron frontalmente a la creación de un tribunal de este estilo. Durante la Guerra Fría, se planteó como alternativa la extensión de la jurisdicción nacional de los Estados, facilitándoles el castigo de los crímenes internacionales, otorgándoles lo que se llamó "jurisdicción universal"²³. Esta propuesta, sin embargo, no era una alternativa a la creación de un tribunal penal permanente, sino más bien un complemento, pues en todo caso, el problema de juzgar a los violadores de

19 De hecho, esta operación existió durante algún tiempo, y se llamó "Operación Ámbar", *ibídem*.

20 *Ibídem*.

21 Entre otros, El Tratado de Versalles contenía numerosas disposiciones para juzgar al emperador austro-húngaro, junto con otras 20,000 personas más, por crímenes de guerra, delitos contra la paz, así como a los responsables de las masacres de armenios entre 1915 y 1917, consideradas "crímenes contra las leyes de la humanidad". De todos éstos, sólo 22 personas fueron enjuiciadas y 12 condenadas. Para más detalles acerca de los intentos de crear una Corte Penal internacional, véase Bassiouni, M. Cherif; "The Journey to a Permanent International Criminal Court", en *International Criminal Court Compilation of the United Nations Documents and Draft ICC Statute Before the Diplomatic Conference*, editado por Cherif Bassiouni, Roma, 1998, p. xvii.

22 Antes llamado "Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad", véase nota 7.

23 Véase Graefrath, Bernhard, "Universal Criminal Jurisdiction and an International Criminal Court", en *European Journal of International Law* 67, 1990, p. 73, citado por Steiner y Alston, *op. cit.*, p. 1079.

los derechos humanos no se debe a la carencia de herramientas jurídicas de los Estados, sino a la falta de voluntad política para condenar a los criminales. Es esta falta de voluntad lo que se pretendía corregir al crear una Corte Penal Internacional Permanente. La ausencia de herramientas jurídicas en las legislaciones internas de los Estados es sólo una manifestación de la falta de voluntad de los Estados para juzgar a estos criminales.

Por la desconfianza recíproca entre los distintos bloques de poder durante la Guerra Fría, en 1952, la definición del "delito de agresión" fue excluida del mandato que había recibido la CDi para crear el proyecto de Código de Crímenes contra la Humanidad y encargar a otra comisión²⁴. También fue delegado a otra comisión el proyecto de estatuto para la implementación de la CPI. Las nuevas comisiones estaban conformadas por representantes gubernamentales y, por lo tanto, carecieron de la independencia y determinación necesarias para llevar a cabo los proyectos encomendados. Si bien la Comisión de Representantes Gubernamentales a la que se le encargó crear el proyecto de estatuto de la CPI terminó sus labores con relativa rapidez, la que había sido creada con el propósito de definir el crimen de agresión no lo hizo sino 20 años más tarde. Esto llevó a que el proyecto de crear una corte penal internacional fuera olvidado.

No fue sino hasta 1989, curiosamente durante una conferencia especial de la

Asamblea General sobre tráfico internacional de drogas, cuando se volvió a tratar el tema, acogido principalmente por países de Latinoamérica y el Caribe, quienes formularon la iniciativa de crear una corte que condenara a los principales narcotraficantes del mundo.

Aunque la iniciativa de crear una corte que juzgara a los narcotraficantes no tuvo acogida, sí reabrió el camino para la discusión sobre la CPI, la cual, tras el establecimiento de los Tribunales *ad hoc* para Rwanda y Yugoslavia llevó a que se acogiera favorablemente el proyecto de estatuto presentado a la Asamblea General por la CDi en 1994. La propuesta de la CDi continuó siendo trabajada por dos comités diferentes, el Comité preparatorio y el Comité *ad hoc*, que trabajaron hasta llegar al texto consolidado que fue presentado a la Conferencia Internacional de Plenipotenciarios en Roma, el 15 de junio de 1998.

AMNISTÍAS, COMISIONES INVESTIGADORAS DE DERECHOS HUMANOS Y LA CONSOLIDACIÓN DE LA PAZ EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. EL PROBLEMA DE LA FALTA DE VOLUNTAD POLÍTICA

Los esfuerzos por condenar a los principales violadores de los derechos humanos en el mundo han tenido una historia paralela a la de las cortes penales internacionales en el nivel nacional. Esto se manifiesta particularmente, en las investigaciones y juicios hechos internamen-

24 Paradójicamente, ya en la Posguerra Fría, el Estatuto de la CPI también omitió la definición de este delito. Véase nota 1.

te por los Estados, durante las etapas de transición democrática, en los casos en que han afrontado graves patrones de violación de los derechos humanos durante regímenes dictatoriales pasados. Sin embargo, en muchos de estos casos, las denuncias no llegan siquiera a ser investigadas, debido a que los gobiernos democráticos entrantes carecen de la solidez necesaria para enfrentar a los criminales de guerra, quienes siguen ostentando gran poder. Por lo tanto, en los países de América Latina donde la violación de los derechos humanos ha sido sistemática, el nivel de impunidad ha sido variable, y la intervención de terceros Estados o de organizaciones internacionales no es un factor que haya disminuido el nivel de impunidad en todos los casos.

Cuando ha habido violaciones sistemáticas de los derechos humanos en regímenes pasados, los gobiernos transicionales han acudido frecuentemente a la figura de la amnistía, pretendiendo evitar así la polarización de la sociedad y la fracturación del Estado, con la convicción de que olvidar los hechos pasados es la mejor manera de conseguir la reconciliación nacional.

La relación que este tipo de violaciones ha tenido con la figura de la amnistía ha sido de particular trascendencia en Latinoamérica y el Caribe. La ilustración de lo que ha sucedido en algunos de estos países muestra cómo las particularidades

de cada situación llevan a que el equilibrio entre la paz y la justicia en cada uno de ellos, cuando es posible, se encuentre en un punto diferente de la balanza.

En Argentina, el presidente Raúl Alfonsín llegó a una solución política que pretendió conciliar dos tipos de intereses enfrentados. Por una parte, los requerimientos del pueblo argentino y de algunos miembros de la comunidad internacional que buscaban conocer toda la verdad y castigar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos y por la otra, los intereses de los mandos medios militares que consideraban que su participación en los hechos no era lo suficientemente grave para hacerlos responsables. Alfonsín estaba siendo presionado para que se juzgara a los criminales, entre otras, por el inusitado apoyo nacional e internacional que habían recibido las madres de la Plaza de Mayo, quienes buscaban que les informaran el paradero de sus hijos desaparecidos, y por la publicidad del informe "Nunca Más" sobre las violaciones de derechos humanos, dado por la Comisión Sábato²⁵. Por el otro lado, estaba el Ejército, que aunque ya se encontraba debilitado, seguía teniendo el suficiente poder como para influir en la forma y el alcance de los juicios. Intentando conciliar los intereses de cada cual, el presidente argentino (aconsejado por el filósofo del derecho Carlos Santiago Niño) creó el siguiente mecanismo: decidió juzgar a los milita-

25 La llamada Comisión Sábato, compuesta por un grupo de ciudadanos ilustres y presidida por el escritor argentino Ernesto Sábato, estaba encargada de investigar las violaciones de derecho humanos en Argentina, durante la dictadura militar. Aun cuando su función no era propiamente judicial, los resultados que obtuvieron fueron utilizados por los fiscales y por los jueces que investigaron y juzgaron a los violadores de derechos humanos.

res, en primera instancia, por tribunales militares, cuyas decisiones serían automáticamente revisadas por tribunales civiles²⁶.

Aún a pesar de esta fórmula para llevar a cabo los juicios, ingeniosamente conciliadora, permanecía la pregunta de hasta qué nivel jerárquico debían llegar las condenas a los militares. ¿Serían sólo las cabezas visibles o todos los que, de alguna u otra forma, habían participado en la violación de derechos humanos?

Aunque en principio se pensaba responsabilizar a todos los militares que hubieran cometido delitos, posteriormente, tras un intento de revuelta por parte de los mandos medios del Ejército, se optó por no juzgar a los mandos medios y bajos²⁷.

Como resultado del balance que hizo Alfonsín entre la necesidad de juzgar a los criminales y la de garantizar que los mandos medios militares no se sublevaran, después de la finalización de la etapa de juicios, no existe un consenso respecto del éxito de las condenas a los militares que violaron los derechos humanos en Argentina. Para algunos, los jueces fueron demasiado blandos en la imposición de las penas y no se condenó a todos los responsables. Sin embargo, al menos todo el proceso argentino permitió crear conciencia de la magnitud de las violaciones a los derechos humanos durante la época de 1976 a 1982.

En Chile, el presidente Patricio Aylwin, quien ejerció el poder durante el proceso de transición (que en el caso chileno fue más gradual), encomendó a un panel de ocho personas de diversas orientaciones políticas llamado la "Comisión Nacional para la Verdad y la Reconciliación" la investigación de las violaciones a los derechos humanos y la elaboración de recomendaciones sobre las medidas que el gobierno debía tomar al respecto. Dicha comisión estudió los casos individuales, contextualizándolos política e históricamente, y recomendó la indemnización de las víctimas, y que se llevaran a cabo una serie de medidas con valor simbólico para recordar los hechos. Sin embargo, no recomendó iniciar juicios contra los responsables. Contrariamente a lo que sucedía en Argentina en la época de los juicios, en Chile, los militares todavía seguían siendo poderosos en aquel momento y, por lo tanto, la posibilidad de llevar a cabo juicios que responsabilizaran sistemáticamente a los violadores de derechos humanos era imposible.

El descubrimiento público de la magnitud de las violaciones a los derechos humanos y el señalamiento de los principales culpables todavía no se ha hecho. Hoy en día, las opiniones de los chilenos están divididas con respecto a si era necesario condenar a los culpables. El tema no ha sido olvidado, y el resentimiento de muchos sectores de la población hacia los militares ha impedido la

26 Dworkin, Ronald, Introducción a Nunca Más, en Steiner y Alston, *op. cit.*, pp. 1093-1096.

27 Neier, Ayeh, "What Should be Done About the Guilty?", en *New York Books Review*, febrero lo. de 1990, a su vez en Steiner y Alston, *op. cit.*, pp. 1097-1098.

consolidación del consenso constitucional necesario para llevar a cabo la reconciliación.

En el caso de Haití, la comunidad internacional intentó resolver los problemas causados con ocasión de la imposición del gobierno *de facto* por parte de una junta militar (encabezada por el general Cedras), primero, mediante la aplicación de la Resolución 1080 expedida por la Organización de Estados Americanos y, posteriormente, a través del Compromiso de Santiago, efectuado con la intervención conjunta de la ONU y de la OEA.

Sin embargo, las condenas a las violaciones de los derechos humanos no pasaron de ser meras estrategias para justificar una eventual acción armada. Esto se observa claramente en la posición que asumió Estados Unidos frente al problema en su conjunto.

El presidente estadounidense Bill Clinton, a pesar de condenar formalmente la violación de los derechos humanos por parte del gobierno militar *defacto*, no apoyó el decreto dictado por el presidente Aristide antes de volver a Haití, en el cual sólo concedía a la junta militar amnistía por delitos políticos, pero no por los "delitos comunes" que hubieran cometido (entre los cuales se encontraban obviamente las violaciones a los derechos humanos). En su lugar, avaló el acuerdo

al que llegó la cúpula militar haitiana con una delegación estadounidense compuesta por el ex presidente Cárter, el senador Sam Nunn y el general retirado Colin Powell, en el cual la cúpula militar aceptaba retirarse, siempre y cuando el Parlamento haitiano les concediera una amnistía general y se levantara las sanciones económicas impuestas a Haití²⁸.

En El Salvador, en 1992, se creó una "Comisión para la Verdad en El Salvador"²⁹, que pretendía cumplir el acuerdo de paz entre el gobierno y el grupo de oposición FMLN y hacer pública la verdad sobre las violaciones de derechos humanos desde 1980. En el informe que dicha comisión realizó, se recomendó al gobierno excluir a todos aquellos agentes gubernamentales que hubieran participado en las violaciones de los derechos humanos, de la posibilidad de ocupar cualquier puesto público. La finalidad de esta medida era lograr que los opositores del gobierno tuvieran confianza en el proceso de paz. Esto, debido a que recomendar enjuiciar a los responsables hubiera sido ineficaz, pues, según la misma Comisión, el sistema judicial nacional no podía garantizar la objetividad. Dos días después de publicado este informe, el presidente Cristiani concedió una amnistía generalizada. Además, una vez se supo que la Comisión había recopilado pruebas que incriminaban a

28 Human Rights Watch, *Reportes Mundiales de 1994 y 1995 Hechos de 1993 y 1994*, pp. 107 y 101 respectivamente.

29 La "Comisión para la Verdad en El Salvador" estaba compuesta por un grupo de expertos foráneos en derechos humanos, encomendados por la ONU para realizar un informe cuyo propósito principal era generar confianza en el proceso de paz que se estaba llevando a cabo. Esta comisión estaba presidida por el profesor Thomas Buergenthal, ex magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

varios oficiales de la cúpula militar, y con el temor de que la divulgación de los nombres de los responsables hubiera llevado a una sublevación militar e impedido la implementación de los acuerdos de paz, Cristiani decidió recurrir a la comunidad internacional para evitar que esto sucediera. Solicitó al Secretario General de la ONU, así como a varios países que se unieran en su causa y contribuyeran a evitar que la Comisión publicara los nombres, aduciendo que esto llevaría a que se rompieran los acuerdos de paz alcanzados. A pesar de todos los esfuerzos del gobierno salvadoreño, y debido al apoyo del FMLN, la Comisión publicó el informe con los nombres y las pruebas.

Según el presidente de la Comisión, Thomas Buergenthal, la publicación de los hechos y los nombres responsables de las violaciones de los derechos humanos en El Salvador, contrario a lo que había sostenido Cristiani, originó un proceso de responsabilización de los criminales que fue de vital importancia para afianzar la paz³⁰.

LA PAZ Y LA JUSTICIA. ¿DOS VALORES ENFRENTADOS?

En la historia de las diversas cortes penales, así como en los procesos de reconciliación nacional, ha estado siempre presente el dilema entre justicia y paz.

Al respecto, hay quienes sostienen que se debe sacrificar la justicia para poder alcanzar la paz. Algunos de ellos argumentan que debido a la dinámica de los conflictos bélicos, para que sea posible la reconciliación entre las partes se deben resolver, antes que nada, los motivos que le dieron origen, aun cuando esto implique impunidad. Otros, dentro de la misma línea aun cuando más radicalmente afirman que la única forma en que la justicia es efectiva, es cuando se ha obtenido la paz derrotando militarmente a quienes se pretende condenar. José Zalaquett, quien hizo parte del movimiento de derechos humanos en Chile, dice que se siente conforme con el resultado del proceso chileno, satisfecho con las medidas sumamente prudentes que tomó el presidente Aylwin³¹. James Crawford, por su parte, refiriéndose al caso de Yugoslavia, anota que el establecimiento de tribunales penales internacionales *ad hoc* puede desviar la atención de los conflictos en sí, si se centra en el castigo de los criminales³². Kenneth Anderson, también, con un criterio eminentemente "clásico" de las relaciones internacionales, adujo que la implementación de un tribunal internacional *ad hoc* en Yugoslavia, al no ser impuesto por los victoriosos a los vencidos, no es más que un despropósito, pues primero debe solucionarse el conflicto bélico y después

30 Buergenthal, Thomas, "The United Nations Truth Commission for El Salvador", en *Vanderbilt Journal of Trans. Law*, 497, 1994, a su vez en Steiner y Alston, *op. cit.*, pp. 1102-1106.

31 Zalaquett, José, "Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies confronting Past Human Rights Violations", en *Hastings Law Journal* 1425, 1992, *ibidem*, pp. 1106-1108.

32 Crawford, James, "The ILC Adopts a Statute for an International Criminal Court", en *American Journal of International Law* 404, 1995, p. 408, *ibidem*, p. 1084.

juzgar a los criminales, descartando con ello, la función pacificadora de los tribunales penales internacionales³³.

En sentido contrario, se puede afirmar que la necesidad de asegurar la paz, puede, en ciertos casos, implicar una "economía" en términos de la condena a los criminales, que produzca una sensación de inconformidad con respecto al proceso de paz. Esto le restaría legitimidad al mismo, e impediría obtener los resultados esperados. Sin embargo, la relación entre justicia y paz no siempre es dilemática. El problema radica en saber escoger los criterios para determinar cuál es el punto de equilibrio entre estos dos fines y, en últimas, en establecer un consenso respecto de lo que significa la "paz social".

Para entender la verdadera dinámica entre la paz y la justicia se debe tener en cuenta que no son necesariamente polos opuestos. Para esto, debe dejarse de lado la concepción de la justicia como la mera imposición de sanciones penales a los criminales internacionales, pues no son solamente las funciones disuasiva y preventiva de la pena las que contribuyen a la obtención de la paz social. En otras palabras, no es sólo el temor a ser castigado penalmente lo que disuade a las personas de cometer crímenes, ni encerrando a todos los criminales se evita la criminalidad.

El conocimiento de la verdad de los hechos por parte de la comunidad en general y la condena pública a los culpables

son de por sí factores fundamentales en la obtención de la paz, pues contribuyen a generar una conciencia pública sobre lo sucedido. Ésta parece ser una *rationale* (razón de justicia) aceptada, al menos parcialmente hoy en día por el derecho internacional. Hay varios indicios que parecen mostrar que los Estados tienen la obligación internacional de sancionar a quienes cometan cierto tipo de violaciones contra los derechos humanos y que, por lo tanto, las leyes generales de amnistía otorgadas por los Estados son consideradas contrarias al derecho internacional de los derechos humanos. Si bien es atrevido determinar que existe una costumbre internacional general que proscriba las amnistías respecto de cualquier violación a los derechos humanos, sí hay algunas violaciones sobre las cuales se han manifestado diversos organismos internacionales.

ALGUNOS INDICIOS DEL STATUS JURÍDICO INTERNACIONAL DE LAS AMNISTÍAS POR DELITOS QUE ATENTAN CONTRA CIERTOS DERECHOS HUMANOS

El primero de los ejemplos, se refiere al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Se trata de una ley de amnistía, la Ley 15,848 de Uruguay, que en su artículo 10, estableció que cualquier acción estatal tendiente a condenar crímenes cometidos por los militares o la policía, por motivos políticos, con ocasión de sus funciones, o en eje-

33 Anderson, Kenneth, "Nuremberg Sensibility: Telford Taylors Memoir of the Nuremberg Trials", 7 *Harvard Human Rights Journal* 281 (1994).

cución de órdenes provenientes de sus superiores, antes de marzo lo. de 1985, habían caducado. Adicionalmente, en su artículo 4o., la ley estableció que los jueces que estuvieran conociendo de casos por desaparición de personas detenidas durante operativos militares o de policía, debían remitir todos los testimonios a la rama ejecutiva, la cual se encargaría de llevar a cabo las investigaciones y de informar a los denunciantes acerca de sus resultados.

Esta ley fue denunciada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por contrariar la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en particular, por violar el derecho a la protección judicial (art. 25) y a un juicio justo (art. 8).

La Comisión, teniendo en cuenta que en Uruguay no se había conformado una comisión de investigación de las violaciones de los derechos humanos durante la dictadura, y que los crímenes cometidos eran de suma gravedad (desapariciones forzadas, de menores, entre otros), citando su Reporte Anual de 1985-1986, así como apartes del caso "Velásquez Rodríguez"³⁴ determinó que

la Ley 15,848 impedía la posibilidad de llevar a cabo juicios imparciales que establecieran qué crímenes habían sido cometidos e identificaran a los responsables y, por lo tanto, era incompatible con los artículos 1,8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos³⁵.

Tratándose del Sistema Universal de Protección a los Derechos Humanos, el Reportero Especial de la ONU para las Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, encargado, como parte del Comité de Derechos Humanos de la ONU de velar por el cumplimiento del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos³⁶, citando el Principio 19 de los "Principios para la Prevención e Investigación de Ejecuciones Ilegales, Sumarias o Arbitrarias", estableció que aun cuando en casos excepcionales los gobiernos pueden darle beneficios que disminuyan o extingan la pena a quienes cometan este tipo de delitos, *en ningún caso pueden sustraerse a su obligación de traerlos frente a la justicia y culpabilizarlos formalmente*³⁷.

La obligación de los Estados de culpabilizar a los responsables de violaciones

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1988.

35 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 29-92 de 1992-1993*, Uruguay, octubre 2, 1992. Sin embargo, según Diane Orentlicher, ni la Convención Interamericana de Derechos Humanos, ni la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (firmada en noviembre 4 de 1950) establecen explícitamente que los Estados partes tengan la obligación de juzgar las violaciones de los derechos humanos. Véase Orentlicher, Diane, "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", en *100 Yak Law Journal* 2537 (1991), 2568.

36 Adoptado el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976. UN Doc. A/6316 (1966), 999, del cual hacen parte 131 Estados.

37 ONU Reporte Especial sobre Ejecuciones Ilegales, Sumarias o Arbitrarias, ONU DOC. E/CN.4/1994/7, p. 157, párrafo 691.

de los derechos humanos, de acuerdo con lo dicho por el Comité de Derechos Humanos en reiteradas constataciones, se refiere a los crímenes de desapariciones forzadas, ejecuciones ilegales o arbitrarias o tortura³⁸.

Aun cuando ello no constituye un indicio de la existencia de una obligación internacional, es relevante mencionar que así lo ha reconocido también Amnistía Internacional, la cual se pronunció respecto de los procesos de amnistía e indulto a los violadores de derechos humanos, diciendo que aunque no asume una posición respecto de los perdones postcondenatorios (indultos), cuando éstos son la mejor opción dentro de procesos de reconciliación, sí se opone a leyes de amnistía que impidan que surja la verdad en los casos particulares, en los patrones de abuso en la sociedad o cuando obstruyen el desarrollo de los juicios hasta el final³⁹.

ALGUNOS ASPECTOS DE LO QUE SIGNIFICARÍA LA RATIFICACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CPI PARA COLOMBIA

En Colombia, la tensión entre la paz y la justicia parece ser un punto bastante sensible. En tal medida, conviene que la sociedad civil, a través de las Asambleas por la Paz, fije unos mínimos consensos respecto del proceso en sí. Adicionalmente, el gobierno debe ser permeable a lo que allí suceda, con el objeto de conducir el proceso de paz y administrar la

justicia de la mejor manera posible. Para ello, conviene reflexionar sobre algunas de las cuestiones que se presentan a continuación.

En gran parte de los intentos de sancionar a los violadores de los Derechos Humanos anteriormente mencionados, los Estados estaban atravesando etapas de transición de un régimen dictatorial o militarista, a uno democrático. Aunque en distinto grado, la inestabilidad política de estos períodos, debilita la voluntad de los gobiernos entrantes para llevar a cabo procesos de condena a los violadores de los derechos humanos. En estas situaciones, además de estar limitada la capacidad de los gobiernos para llevar a cabo juicios internamente, de acuerdo con sus sistemas judiciales nacionales, la intervención de la comunidad internacional parece ser ineficaz. Los organismos internacionales y los terceros Estados que participan en el restablecimiento de los gobiernos democráticos también se muestran reacios a condenar los casos particulares de violación de los derechos humanos, cuando consideran que se puede perjudicar la paz y la seguridad.

En Colombia éste no es el caso. El proceso de paz no corresponde al restablecimiento de un orden democrático, ni la violación de los derechos humanos (especialmente el Derecho Internacional Humanitario) ha sido perpetrada exclusivamente por uno de los actores en conflicto. Sin embargo, el Estado colom-

38 Véase, entre otros, ONU Comité de Derechos Humanos, *Muteba v. Zaire* y en *H.M.C.A. v. Holanda*. Además en tal sentido, Orentlicher, Diane, *op. cit.*, p. 2569.

39 Amnistía Internacional, *Peace Keeping and Human Rights* AI Doc. IOR 40/01/94 (1994), p. 38.

biano sí tiene unas insuficiencias institucionales que disminuyen los recursos de poder del gobierno para controlar los problemas de violencia causados por los diversos grupos armados dentro de su territorio. Muestra de ello es la incapacidad del gobierno para sancionar las violaciones a los derechos humanos, incluso en el interior de las Fuerzas Armadas.

Durante un proceso de paz negociado la escasez de los recursos de poder del Estado se hace aún más evidente. Los compromisos que adquiere el gobierno de restringir aún más su capacidad de acción (ya de por sí bastante limitada), sumado al creciente poder que adquieren los diversos grupos armados limitan considerablemente la voluntad política del gobierno para llevar a cabo juicios imparciales a los violadores de derechos humanos. En esta situación, cualquier iniciativa de investigar la comisión de estos delitos, por parte de las Fuerzas Armadas, las autodefensas o la guerrilla, implica un aumento del poder relativo de los demás grupos.

Esto significa que el gobierno tiene una mayor posibilidad y al mismo tiempo una mayor responsabilidad de llevar a cabo juicios imparciales a los violadores de los derechos humanos.

Sin embargo, paradójicamente, una investigación exhaustiva e imparcial de las violaciones de los derechos humanos

durante el proceso de paz le podría dar legitimidad al mismo. Esto es posible, en la medida en que si las investigaciones son llevadas a cabo de manera diáfana, por parte de un organismo con altos niveles de credibilidad a nivel nacional, las diversas partes en el conflicto pueden empezar a confiar en el proceso. En el caso colombiano, la condena a los violadores de los derechos humanos no significa un ataque frontal a uno de los actores en el conflicto que pudiera hacerlo reaccionar, recrudeciendo el problema. Todos los actores dentro del conflicto han reconocido, de alguna u otra manera, que han incumplido las normas mínimas de respeto por los derechos humanos durante los conflictos armados internos. Las concesiones hechas por el ELN durante el Acuerdo de Mainz, los acuerdos del nudo de Paramillo y las cartas de las autodefensas, así como los reconocimientos públicos del ex presidente Samper así lo muestran. Esto, interpretado de manera optimista, puede ser interpretado como el comienzo de la formación de un consenso en cuanto a la necesidad de respetar el Derecho Internacional Humanitario.

Resulta bastante representativo de la situación colombiana que el Ministro de Defensa⁴⁰ y la comunidad de Derechos Humanos⁴¹ coincidan en que, antes de cualquier acuerdo de paz, bien sea con los grupos guerrilleros o con las autode-

40 Las declaraciones del Ministro de Defensa a la Comisión Segunda del Senado, diciendo que el Acuerdo de Mainz no respetaba las normas mínimas del Derecho Internacional Humanitario fueron sintetizadas por Orlando Henríquez en *El Tiempo*, lunes 24 de agosto de 1998, p. 3A.

41 Este término corresponde no sólo a la comunidad de Derechos Humanos representada en Organismos No Gubernamentales. También corresponde a quienes individualmente desarrollan actividades tendientes a proteger los derechos humanos en Colombia.

fensas, todas las partes deben comprometerse a respetar las normas mínimas de los derechos humanos aplicables a los conflictos armados. Lo anterior es aún más favorable, si se tiene en cuenta que los grupos armados están interesados en que el gobierno les reconozca un *status* de beligerancia, y con esto, se le conceda igualdad militar y política. Para los grupos en conflicto, ese reconocimiento implica el deber de cumplir cabalmente una serie de obligaciones en el ámbito internacional⁴².

La importancia que tiene para el proceso de paz colombiano llevar a cabo investigaciones imparciales de las violaciones de derechos humanos es fundamental. La importancia de la imparcialidad es una consecuencia de la tendencia humana a considerar la justicia (como reciprocidad) como requisito previo a cualquier cooperación. En el campo de las ciencias sociales, los motivos que impulsan a la cooperación han sido analizados experimentalmente. Es conveniente resaltar los resultados de algunos de estos experimentos.

En la teoría de juegos, los experimentos secuenciados del "Dilema del Prisionero", que se han hecho para estudiar el comportamiento de los Estados en las relaciones internacionales, muestran que la cooperación entre los jugadores sólo es posible cuando se cumplen dos con-

diciones. La primera de ellas es que exista un sentimiento de reciprocidad, y la segunda, que los jugadores compartan el mismo concepto con respecto a los objetivos del juego.

Así, la necesidad de reciprocidad en el juego se evidenció, ya que después de una "traición" de una sucesión de varias traiciones por parte de un jugador, la cooperación sólo es posible cuando su contrincante obtiene "venganza". Del mismo modo, si se le concede una amnistía generalizada a la guerrilla, y se sanciona plenamente a las autodefensas, éstas no aceptarán el proceso de paz. Si, por el contrario, se castiga a la guerrilla por las violaciones al Derecho Internacional Humanitario, y se deja impunes a los militares, aquéllos considerarán que el gobierno ha sido injusto.

De los resultados de tales experimentos, se ha concluido que los jugadores que coinciden en las definiciones del juego, interpretan las "traiciones" de sus contrincantes como parte de una secuencia más amplia de cooperación, en la cual es necesario cierto nivel de equilibrio previo para poder cooperar. Dentro del desarrollo del juego éstos fueron los jugadores que obtuvieron mayores puntajes⁴³. Teniendo en cuenta que en Colombia las partes en conflicto están comenzando a tener conciencia en cuanto a los mínimos que se deben respetar

42 En particular, la formalización de las contenidas en el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II).

43 Hurwitz, Roger; *Strategic and Social Fictions in the Prisoners Dilemma*, en Der Derian, James y Shapiro, Michael, *International/ Intertextual Relations. Postmodern Readings of World Politics*, Lexington Books, Lexington Massachusetts, 1989, pp. 113-134.

dentro del conflicto (así éstos no sean los mínimos fijados por el Derecho Internacional Humanitario), es conveniente aprovechar la coyuntura y empezar a crear un consenso mínimo en cuanto a un concepto de "paz social", en el cual se vayan fijando los criterios para establecer un equilibrio entre la paz y la justicia. De lo contrario, si éstos son impuestos arbitrariamente, los diversos actores en conflicto se polarizarán, impidiendo que lleguen a un consenso político respecto de la reforma institucional que desean.

Si Colombia decide ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se está comprometiendo a entregar -entre otras- a aquellas personas a quienes no pueda o no quiera juzgar por los delitos contenidos en el Estatuto, cometidos en su territorio o por sus nacionales. Aun así, el país puede optar por ratificar el Tratado sin aceptar la jurisdicción de la CPI en cuanto a los crímenes de guerra, durante los siete años siguientes a la entrada en vigor del Estatuto, en tanto éstos no sean presuntamente cometidos por sus nacionales o dentro de su territorio. Esto significa que durante los primeros siete años a partir de la creación de la CPI, Colombia no está obligada a entregarle a quienes cometan crímenes de guerra en su territorio o a quienes sean nacionales colombianos. Este mecanismo está consagrado en la llamada cláusula *op ou*⁴⁴.

Esta cláusula parecería ser una opción que permite ratificar el Estatuto y al mis-

mo tiempo ser una salvaguardia contra posibles interferencias de la CPI con los procesos de paz internos. Empero, el gobierno debe preguntarse si está dispuesto a correr el riesgo de que este mecanismo de *op out* se convierta en patente de corso para quienes violan los derechos humanos en el país, con todas las connotaciones sociales y políticas que eso implica.

Bien sea que el gobierno decida ratificar el Estatuto con la salvedad temporal o no, el problema más grande se refiere a la asimilación de Estatuto dentro de la legislación nacional. En primer lugar, respecto de los actuales procesos de paz, es necesario que el Gobierno y el Congreso decidan cuál es el mecanismo más apto para llevar a cabo el proceso de reinserción de los grupos guerrilleros y de las autodefensas. Para tomar una decisión, conviene tener en cuenta lo que ha sucedido en otros países cuando estos procesos han impedido la condena aunque sea formal de los criminales.

También es necesario considerar que si Colombia pretende condenar dentro de su jurisdicción nacional a quienes cometan los delitos consagrados en el Estatuto de la CPI, conviene que se lleve a cabo una asimilación de las conductas punibles allí consagradas, bien sea creando nuevos delitos o adecuando los ya existentes.

Finalmente, valdría la pena plantear una discusión acerca del fuero militar exclusivo, dadas las estadísticas de im-

44 Esta opción está contemplada en el artículo 124 transitorio del Estatuto de la CPI, el cual será revisado al cabo de los siete años de haber entrado en vigor el Estatuto en una Conferencia de Revisión.

punidad por violación de los derechos humanos que existen en la justicia penal militar. De lo contrario, en un momento dado, la CPi podría determinar que Colombia no está en capacidad de condenar internamente algunos de los delitos consagrados en el Estatuto y, por lo tan-

to, la CPi entraría a juzgarlos⁴⁵. Máxime, si se tiene en cuenta que cualquier Estado que haya ratificado el Tratado, el Consejo de Seguridad, o de oficio el Fiscal⁴⁶, pueden iniciar una investigación.

45 En virtud de las causales de asunción de la jurisdicción complementaria de la CPi para juzgar a quienes cometan estos crímenes, consagrada en el artículo 17 No. 3.

46 El artículo 15 del Estatuto establece que el Fiscal puede analizar la seriedad de la información recibida por quienes denuncien la comisión de los crímenes y para ello solicitar información adicional a los Estados.