



Prolegómenos. Derechos y Valores
ISSN: 0121-182X
derechos.valores@umng.edu.co
Universidad Militar Nueva Granada
Colombia

Sandoval Mesa, Jaime Alberto

ELEMENTOS DE PERSECUCIÓN INTERNACIONAL DEL DELITO Y ESTADO ACTUAL DE ADMISIBILIDAD ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN EL CASO COLOMBIANO

Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XVI, núm. 32, julio-diciembre, 2013, pp. 31-47

Universidad Militar Nueva Granada
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87629921003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

ELEMENTOS DE PERSECUCIÓN INTERNACIONAL DEL DELITO Y ESTADO ACTUAL DE ADMISIBILIDAD ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN EL CASO COLOMBIANO*

Jaime Alberto Sandoval Mesa

Fecha de recibido: 13 de febrero de 2013

Fecha de aprobado: 9 de abril de 2013

Artículo resultado de investigación

Forma de citación: Sandoval, J. (2013). Elementos de persecución internacional del delito y estado actual de admisibilidad ante la Corte Penal Internacional (CPI) en el caso colombiano. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 16, 32, 31-47.

Resumen

El artículo analiza, en primer lugar, los diferentes presupuestos que soportan la persecución de delitos internacionales, bien en materia de conductas internacionales o bien desde la perspectiva de la jurisdicción internacional construida frente a los crímenes más graves contra la humanidad. En segundo lugar, se analiza el contexto nacional que se resume en la variable conflicto interno, criminalidad organizada y las relaciones actuales entre los dos tipos de criminalidad en Colombia, frente a las medidas penales tanto sustanciales como procesales derivadas de la influencia externa de instrumentos internacionales, como el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, para el establecimiento de la Corte Penal Internacional. Finalmente, el texto analiza los avances y la posible admisibilidad de una situación bajo el conocimiento de la Corte Penal Internacional, en concreto en relación con las denuncias puestas bajo el conocimiento del organismo internacional, factores de admisibilidad, su interpretación en el caso concreto y las vías que establece el organismo internacional, en la situación colombiana.

Palabras clave:

Competencia internacional, Crímenes internacionales, Corte Penal Internacional (CPI), Conflicto armado, Situación colombiana, Caso concreto, Factores de admisibilidad.

ELEMENTS OF INTERNATIONAL CRIME PROSECUTION AND THE CURRENT STATE OF ADMISSIBILITY BEFORE THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT IN THE CASE OF COLOMBIA

Abstract

This document analyzes in first place, the different budgets that support the prosecution of international crimes, both in the field of international conducts and from the perspective of

* Artículo presentado dentro del proyecto “Admisibilidad ante la CPI” que cursa en la Universidad Militar Nueva Granada en el período 2012. Docente e Investigador Facultad de Derecho Universidad Militar Nueva Granada Bogotá. Magíster en Derecho Penal. Universidad Santo Tomás Bogotá D.C., - Universidad de Salamanca, España. Especialista en Derecho Público de la Universidad Nacional de Colombia. Estudios de Posgrado en Derecho Constitucional Universidad de Salamanca, España. Abogado y Especialista en Derecho Penal Universidad Santo Tomás Bogotá. Profesor Visitante del Instituto Técnológico de Monterrey, México, dentro del programa Líderes Académicos. Correo electrónico: jaime.sandoval@unimilitar.edu.co; jaisandoval@yahoo.com

international jurisdiction built against the most serious crimes against humanity. Second, it analyses the national context which is summarized in the internal conflict variable, organized crime, and the current relations between the two types of crime in Colombia, facing both substantial and procedural criminal measures derived from the external influence of international instruments such as the Rome Statute of 17 July 1998, for the establishment of the International Criminal Court. Finally, it examines advances and the possible eligibility of a situation under the knowledge of the Court, particular in relation to complaints made known to the international agency, eligibility factors, its interpretation in the specific case and the ways that the international body establishes on the colombian situation.

Keywords

International competence, international crimes, International Criminal Court (ICC), armed conflict, Colombian situation, specific case, admissibility factors

ELEMENTOS DA ACUSAÇÃO CRIME INTERNACIONAL EO ESTADO ATUAL DE ADMISSIBILIDADE PERANTE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI), NO CASO DA COLÔMBIA

Resumo

Este documento analisa, em primeiro lugar, os diferentes orçamentos que suportam o julgamento de crimes internacionais, tanto no domínio das condutas e internacionais a partir da perspectiva da jurisdição internacional construída contra os crimes mais graves contra a humanidade. Em segundo lugar, analisa o contexto nacional que se resume na variável de conflito interno, o crime organizado e as relações existentes entre os dois tipos de crime na Colômbia, de frente para medidas penais tanto substanciais e processuais decorrentes da influência externa dos instrumentos internacionais, como a Estatuto de Roma, de 17 de julho de 1998, para a criação do Tribunal Penal Internacional. Finalmente, examina-se os avanços e as possíveis elegibilidade de uma situação sob o conhecimento da ICC, em particular em relação às reclamações levadas ao conhecimento do órgão internacional, fatores de elegibilidade, a sua interpretação, no caso específico e as formas que o organismo internacional estabelece no situação colombiana.

Palavras-chave

Competência internacional, Crimes internacionais, Tribunal Penal Internacional (TPI), Conflitos armados, Situação da Colômbia, Caso específico, Fatores de admissibilidade.

INTRODUCCIÓN

Previo investigación propuesta, el texto que se desarrolla a continuación pretende efectuar un análisis de tres aspectos que confluyen en el análisis de una competencia internacional, claramente delimitada en el caso colombiano. En primer término, es imprescindible mencionar

los factores de justicia universal que, a través de un principio internacional de lucha contra la impunidad, pretenden establecer criterios para la persecución de delitos internacionales mediante presupuestos de supralegalidad. En segundo término, se trata de realizar una síntesis de la situación colombiana, en donde el contexto implica el análisis de múltiples variables que en

ocasiones, fusionan características que podrían corresponder a estamentos de jurisdicciones distintas, sin embargo dada la complejidad del caso nacional ello dificulta adscribir a uno u otro foro de persecución internacional del delito.

Al final, se intenta advertir que todos estos elementos se encuentran relacionados y que este contexto propio del caso nacional desarrolla una serie de variables diversas de crímenes internacionales que van a interesar la justicia internacional, en particular, las situaciones de admisibilidad ante la CPI, su estado actual y la dificultad que se genera para que se conviertan en casos concretos susceptibles de revisión e investigación por el organismo internacional.

El presente trabajo se desarrolla mediante un método dogmático jurídico, hermenéutico analítico, toda vez que pretende buscar una interpretación uniforme para el caso sometido a examen, con apoyo de herramientas metodológicas de tipo descriptivo, histórico, propositivo, comparativo así como de análisis jurisprudencial. No se realizan análisis de tipo cuantitativo, puesto que no corresponde al objeto del presente trabajo y, además, en el caso de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), dicho examen no ha sido asumido por el organismo internacional. Por el contrario, el mismo se ha concentrado en los factores jurídicos de interpretación que pueden dar lugar a la competencia de la CPI, desde sus fundamentos jurídicos, tal y como se plasma en los informes más recientes que han sido analizados y en el presente documento.

2. EL PRESUPUESTO DE LA SUPRALEGALIDAD: ELEMENTOS TRANSNACIONALES Y PERSECUSIÓN INTERNACIONAL DEL DELITO

De manera previa, es importante mencionar que frente a crímenes de naturaleza internacional como los acaecidos en el contexto colombiano, es importante observar que en el campo internacional esta serie de comportamientos, en primera instancia, fueron objeto de tratamiento desde el

concepto de jurisdicción universal. Desde este punto de vista jurídico, los fundamentos para la investigación de tales comportamientos provienen de diversos instrumentos internacionales, no solo derivados del legado de Nüremberg y demás tribunales internacionales instaurados frente a graves violaciones contra los derechos humanos sino también desde un punto de vista amplio, según la concepción que se asigna para proteger valores que interesan a la comunidad internacional en las conductas que revisten importancia y efectos entre diferentes estados (Sánchez, 2004, p. 42).

En torno a esta idea, se han sentado a lo largo de la historia las bases del denominado principio internacional de justicia, reclamado en diversas formas, en virtud del cual la ley penal de un Estado es aplicable respecto a determinados delitos con independencia del lugar de su comisión y de la nacionalidad del delincuente (Dominguez, 2006, p. 177). Este fenómeno en el caso colombiano, inicialmente, fue objeto de tratamiento en el caso de conductas derivadas, por ejemplo, del tráfico de estupefacientes hacia mediados de los años noventa, dada la tardía recepción de instrumentos de esta categoría en el derecho interno.

En general, este fundamento de justicia internacional se trata de un principio complementario del principio de territorialidad, cuya finalidad última es impedir la impunidad del delincuente y, además, constituye presupuesto fundamental para la aplicación de la ley penal, de acuerdo con la naturaleza o el carácter de los delitos sometidos al mismo. En efecto, para su procedencia debe tratarse de delitos que atentan no contra valores estatales o individuales sino contra intereses fundamentales de la comunidad internacional, intereses transnacionales y en cuya conservación está interesada la comunidad internacional como un todo (Dominguez, 2006, p. 177). Por ejemplo, cuando se trata de conductas como las derivadas de los atentados contra los derechos humanos o el Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) e incluso de fenómenos globales como el crimen transnacional, que en el caso nacional presenta las dos formas.

Así mismo, este reclamo internacional de justicia se plasma en el principio de Jurisdicción Universal que se caracteriza porque no se vincula con ninguno de los tradicionales elementos constitutivos de la estatalidad, y ha tratado de definirse de dos modos, básicamente. Un primer grupo de definiciones, de acuerdo con el doctor Angel Sánchez Legido, pone el acento en el hecho de que se trata de un título de jurisdicción que atribuye competencia a las autoridades de un Estado que carece de especiales vínculos o nexos de unión con los hechos de cuyo enjuiciamiento se trata, sea desde el punto de vista del lugar de comisión, de la nacionalidad de los autores y víctimas o de los intereses o bienes jurídicos lesionados (2004, pp. 37-38). En el mismo sentido, otro concepto señala el criterio de la jurisdicción universal, destinado no solo a proteger intereses estatales sino también a valores que interesan a la Comunidad Internacional, permitiendo la persecución de actos que vulneran directamente valores e intereses comunitarios (2004, p. 40).

De acuerdo con lo anterior, los criterios expresados obedecen a las fuentes que también aparecen en el Estatuto de Roma, con la diferencia de que en este último la competencia es de un organismo supranacional y no estatal. Así mismo, el concepto de lesión de bienes jurídicos que interesan a la comunidad internacional constituye el fundamento más relevante de la jurisdicción internacional concebida en el Estatuto de Roma (Art. 1º), junto con la aplicación directa de normas penales a los responsables individuales de las conductas desaprobadas en el ámbito internacional, además de las exigencias de responsabilidad del Estado que ha consentido o que no ha evitado las violaciones más graves de los derechos humanos. Lo anterior, puesto que se trata de bienes jurídicos que van más allá de los intereses particulares de cada Estado (Anello, 2003, p. 20). Frente a este punto, a diferencia del principio de jurisdicción universal, este principio concebido en la CPI obedece más bien a una competencia internacional vinculante en virtud del tratado de Roma de 1998.

Por tanto, en este contexto a nivel general puede aseverarse que el principio de jurisdicción

universal es aquel en virtud del cual se asignan competencias a ciertas autoridades especiales u ordinarias para la represión de delitos que, independientemente del lugar de su comisión y de la nacionalidad de los autores o víctimas, atentan contra bienes jurídicos internacionales o supranacionales de especial importancia y, por ello, trascienden la esfera de intereses individuales y específicos de uno o varios estados en particular (Sánchez, 2004, p. 40). En tal sentido, es probable que en la actualidad el principio de jurisdicción universal se destine en mayor medida para la persecución de crímenes interestatales o internacionales y, en el caso de la CPI, se trate de un principio de jurisdicción internacional que dado su carácter convencional tiene un mayor valor vinculante en virtud del tratado de Roma de 1998.

De igual forma, se puede observar que el principio de persecución de crímenes internacionales tiene una expansión inusitada, no solo por las corrientes derivadas de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos o de los instrumentos creados para la persecución de amenazas globales (terrorismo, delincuencia organizada, drogas etc.) sino también por los precedentes derivados de los Tribunales *ad hoc* de la posguerra (Nüremberg y Tokio), que sentaron las bases de la competencia internacional. En tales instancias, sin duda, se asegura el modelo de jurisdicción internacional; la represión de los principales crímenes internacionales, así como los principios del juicio en actuaciones de tal naturaleza. Así mismo, en términos jurídicos se podría decir que pese a que se cuestionó algunas vulneraciones de principios como imparcialidad, objetividad del debido proceso al igual que el principio de legalidad, las Naciones Unidas legitimó los principios de Nüremberg mediante la-Resolución 95 (I) del 23 de octubre de 1946. (Anello, 2003, pp. 21-22). Este fundamento, sin duda, otorgó validez jurídica tanto a los principios de jurisdicción universal como internacional, y constituye uno de los precedentes necesarios para establecer la posterior jurisdicción vinculante de la CPI para los graves crímenes contra la humanidad.

En igual medida, es preciso citar la doctrina internacional sentada también, posteriormente, en los tribunales *ad hoc* contemporáneos que en Yugoslavia y Ruanda dieron amplitud a la persecución y definición de los contextos necesarios para la comisión de crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, así como a la consideración de conductas punibles en el escenario de conflicto armado interno e internacional. Estos Tribunales también han sido criticados por su creación *ex post* de los hechos, por la consideración de una justicia selectiva, por su dependencia financiera y temporal y por su base jurídica incierta (Anello, 2003, pp. 23 y 24). Sin embargo, también constituyen las bases de la jurisdicción internacional analizada para la persecución de conductas internacionales.

Finalmente, todo lo anterior recae en la necesidad de asegurar factores de justicia material y, por lo tanto, se requiere en el análisis de una conducta internacional, de un ámbito mayor de cobertura jurídica, dada su innegable comunicación con diversos sistemas jurídicos, el interno donde ocurre parte del asunto y el internacional donde se expande y causa efectos en otros estados.

De esta forma, en lo que se refiere a *delitos concretos* que protejan bienes jurídicos universalmente reconocidos, señala *Kai Ambos* que hay que aludir ante todo a la enumeración contenida en el ya mencionado Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que, según su art. 1.^o, se encamina precisamente en “(...) ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional”. Como tales se consideran, de acuerdo con el art. 5.1 aquellos “(...) más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” (Ambos, 2002, p. 94). Frente a este aspecto, la competencia se superpone como condición prevalente a nivel internacional para dar paso a la interpretación de su contenido, pues es innegable que lo más importante en esta justicia internacional corresponde a las garantías procesales y a su eficaz actuación (Gómez, 2003, p. 55).

De acuerdo con lo anterior se generan los elementos que hacen parte de la competencia *ratione materia* que se asigna a la Corte Penal Internacional y cuyo objeto, además de generar los ingredientes de jurisdicción universal anotados, incluye entre los delitos internacionales, ante todo, el *genocidio* (art. 6) y los *crímenes de lesa humanidad* (art. 7). Entre estos últimos se incorporan la *esclavitud* y el *tráfico de seres humanos*. También se desarrollan *los crímenes de guerra* (art. 8) internacionales y los factores comunes que implican, en todos ellos, la necesidad de ser perpetrados de modo colectivo y organizado (Ambos, 2002, p. 94).

Ahora bien, desde el punto de vista de los enunciados, se observa el antípodo de un criterio de supralegalidad que comienza a tener no solo aplicación internacional sino también contraposición con el derecho nacional, en particular, con la legalidad interna, asunto que sin duda se debate entre los hechos que, indudablemente, van a ser de carácter internacional y otros que van a tener categoría transnacional, lo que trae como consecuencia que la iniciativa internacional ejerza influencia indudable en el derecho nacional, más aun si se llegan a advertir fenómenos de admisibilidad ante la Corte Penal Internacional.

Alrededor de esta suma de jurisdicciones se establece, a favor de la justicia universal, el desarrollo de ciertas tendencias actuales que se pueden resumir en los siguientes conceptos generales, los cuales incluso se superponen a los principios del debido proceso y de legalidad interna. En efecto, desde la perspectiva analizada pueden advertirse criterios de jurisdicción universal, que de acuerdo con los trabajos del profesor *Kai Ambos*, confluyen en la combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional¹.

¹ En este punto, el derecho penal internacional es, al mismo tiempo, parte del derecho público formal; puede originarse, básicamente, a través de la celebración de convenciones multilaterales por los estados interesados, Art. 38, num. 1, lit. a, ECIJ o a través de la formación de derecho consuetudinario o principios generales del derecho. Art. 38, num. 1, lit. b y c, ECIJ, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. (Ambos, 2006, pp. 34-35).

La idea central de la responsabilidad de una determinada conducta (macrocriminalidad) proviene del derecho penal, mientras que las clásicas figuras penales (de Nüremberg), en su calidad de normas internacionales, se deben clasificar formalmente como derecho internacional, sometiendo de este modo la conducta en cuestión a una punibilidad autónoma de derecho internacional que desarrolla el principio de la responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional (Ambos, 2006, pp. 34 y 35).

Bajo este criterio, los desarrollos más recientes que culminaron con el Estatuto de la Corte Penal Internacional no sólo consolidan al derecho penal internacional como sistema de derecho penal de la comunidad internacional sino que amplían su ámbito de regulación más allá de sus fundamentos jurídico-materiales a otras zonas accesorias del derecho penal (Derecho sancionatorio, ejecución penal, cooperación internacional y asistencia judicial), al derecho procesal penal y a cuestiones de organización judicial (Ambos, 2006, p. 35).

En segundo término, se desarrolla el concepto de Macrocriminalidad Política que supone los actores que participan en los ámbitos del derecho penal internacional y que son objeto de persecución de la jurisdicción universal. Comprende fundamentalmente, “comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva”, “macroacontecimientos con relevancia para la guerra y el derecho internacional”; ella se diferencia, por tanto, cualitativamente de las conocidas formas especiales (terrorismo, criminalidad de estupefacientes, criminalidad económica, etc.) debido a las condiciones políticas de excepción y al rol activo que en ésta desempeña el Estado (Ambos, 2006, pp. 44). En cualquiera de los dos casos, la expansión de la jurisdicción es relevante toda vez que permite la comunicación entre los diversos sistemas jurídicos que se conforman en virtud de tales características.

De igual forma, puede advertirse que tal vez la macrocriminalidad puede comprender actores tanto estatales como parte de una política de poder, bien para tiempos de paz o de guerra, y a actores no estatales en un concepto amplio que todavía es objeto de discusión (ej. Afganistán en los hechos del 11 de septiembre de 2001, etc.).

En tercer lugar, del principio de Justicia Universal, debido a que se trata de un principio complementario al de territorialidad, cuya finalidad última es impedir la impunidad del delincuente; el mismo traza labores más procesales que pueden ser compartidas mediante la extradición y la cooperación judicial que, en último término, corresponden a un ámbito de comunicación y realización de valores jurídicos reclamados internacionalmente (Andrés, 2006, p. 177). Lo señalado anteriormente, sirve de fuente para observar un nuevo escenario universal, desarrollado con múltiples influencias internacionales que confluyen entre los más graves crímenes contra la humanidad y el escenario transnacional, en ambos casos, con el ineludible compromiso internacional de lucha contra la impunidad que presenta los siguientes factores de competencia, si se observa en particular el marco de actuación de la Corte Penal Internacional en el caso de su admisibilidad en el derecho colombiano.

3. EL CONTEXTO COLOMBIANO FRENTE A LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

Frente a la posible admisibilidad de situaciones colombianas ante la CPI, en primer lugar, el contexto nacional tiene la capacidad de adicionar insumos suficientes para generar situaciones susceptibles de revisión ante el organismo internacional, tal y como se presenta en la actualidad. Sin embargo, a la vez se observan aspectos que podrían generar dificultades, sobre todo en la identificación de las actuaciones que obedecen a la competencia internacional de aquellas que residen en el campo de la actuación frente a conductas trasnacionales. En tal sentido, se pueden identificar sectores

de delincuencia pertenecientes a los grupos armados ilegales que participan en el conflicto armado interno; en segundo lugar, organizaciones criminales o bandas criminales emergentes derivadas o disidentes de las anteriores, pero más vinculadas al crimen transnacional y, finalmente, las tradicionales organizaciones de delincuencia transnacional que desarrollan sus actividades en el campo del narcotráfico, lavado de activos, trata de personas, entre otras acciones internacionales (Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009).

Los primeros, es decir, los actores del conflicto, pueden ser reprimidos, en primer lugar, por las conductas más graves contra la comunidad internacional en su conjunto (lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio) conforme a los criterios establecidos en el Estatuto de Roma de 1998. En este sentido, se afirma principalmente, la persecución de los graves actos de este tipo de delincuencia de gran magnitud y de los actos de las organizaciones criminales derivadas de las anteriores, además de que eventualmente puedan cometer crímenes de lesa humanidad. Tales aspectos fácticos, también constituyen, a la vez, factores de competencia principalmente de persecución de conductas de crimen transnacional en el ámbito de la cooperación judicial internacional (Ferré, 2010, p. 811).

Frente a este panorama, es importante destacar para el siguiente análisis que en el plano internacional todos estos fenómenos de violencia representan un factor importante de observación frente a las instancias internacionales de protección, como la Corte Penal Internacional y su posible intervención en Colombia. Lejos se encuentran las posturas escépticas que en el 2002 no esperaban como lo señala el doctor Hector Olásolo, que la CPI se convirtiera, en pocos años, en un actor relevante en un número tan importante de situaciones ocurridas a lo largo y ancho de la geografía africana, latino-americana y asiática (Olásolo, 2012, p. 2). Tanto así que en la actualidad la CPI frente al caso colombiano ha producido dos informes sobre el análisis previo de la situación colombiana bajo su competencia.

Según la postura del doctor Olásolo, todavía se pueden recordar aquellos tiempos no muy lejanos cuando, en el 2004, la Fiscalía de la CPI tenía dificultades para iniciar su primera investigación, centrándose finalmente en los actos cometidos en Ituri, una provincia periférica de la República Democrática del Congo con una población de menos de cuatro millones de personas (Olásolo, 2012, p. 2). Si esto era así en sus comienzos, qué podría pasar ocho años después frente a un país de entre 44 y 46 millones de habitantes y un conflicto armado de 60 años de permanencia con múltiples fases y posibles graves crímenes contra la humanidad. Sin embargo, dado el alcance de la cooperación judicial con la CPI este factor no va a tener inconvenientes en el caso colombiano, toda vez que se cuenta con herramientas de aducción probatoria que generan expectativas que pueden ser cumplidas por el Estado colombiano desde el compromiso asumido ante tal jurisdicción. De todas formas, este factor solamente se puede activar mediando la competencia de la CPI.

Por otra parte, la suma de todos estos factores inevitablemente deviene en la preocupación de las instancias internacionales por dichos posibles crímenes que si derivan en impunidad y que en algua medida pueden permitir la activación de la justicia internacional, teniendo en cuenta los siguientes factores que se analizan a continuación frente al caso colombiano.

4. FACTORES DE COMPETENCIA DEL INSTRUMENTO DE ROMA Y ADMISIBILIDAD

Siguiendo el orden expuesto, es preciso afirmar que previo al análisis de los factores de competencia ante la CPI, es claro que en el contexto nacional objeto de revisión por parte de la instancia internacional mencionada, no es tan identificable cada categoría criminal en forma tajante, sino que, más bien, se presenta un escenario mimetizado entre todos los actores armados y delincuenciales, sin que se pueda determinar la estrategia más eficaz para tal efecto.

Ahora todo ello tendrá incidencia frente a la CPI, puesto que la relevancia del papel asumido por dicho organismo, según Olásolo, en el marco de la Comunidad Internacional en sus diez primeros años de existencia, se enfrenta a numerosas situaciones en las que actúa de manera directa o indirecta para que, en particular, su Fiscalía, en casos como el colombiano, diseñe un plan de acción con respecto a cada una de las situaciones bajo examen.

Según el Olásolo, la Fiscalía de la CPI ha generado tres documentos de análisis de las distintas situaciones bajo examen, dependiendo de sus principales características, de los fines últimos del mandato de la CPI, todo ello en virtud de su política criminal, además del documento que sobre exámenes preliminares apareció en 2010 “Borrador de Políticas sobre Exámenes Preliminares”, de 4 de octubre de 2010 (Olásolo, 2012, p. 3). Es decir, al igual que en las situaciones relatadas, seguramente el organismo internacional tendrá que diseñar un plan específico para el caso nacional, así lo revela la costumbre de la CPI. En el entretanto resulta viable examinar los principales factores de intervención conforme a los siguientes fundamentos.

4.1. Elementos y principios generales para el factor de competencia de la CPI frente al caso colombiano

Primero que todo, una vez determinados los posibles actores que pueden ser sometidos a la justicia internacional y el contexto del conflicto nacional con algunas de sus múltiples variables, en el campo jurídico es preciso señalar que uno de los terrenos que más alcance ha tenido en el derecho colombiano se centra en las consecuencias procesales del instrumento de Roma, si se tiene en cuenta la aceptación de la competencia de instancias internacionales reconocidas en el artículo 8.º del Código Penal (Ley 599 de 2000), estatuto en el que se determina la prohibición de doble juzgamiento, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales.

Es decir, este concepto se inscribe en relación con la relitivización de la cosa juzgada, en virtud

de la posibilidad de permitir una nueva oportunidad procesal, instancias ya falladas, bajo criterios que residen en la acción de revisión del proceso, tal y como ha sido sostenido por la Corte Constitucional en sucesivas decisiones que así confirman esta teoría. Este punto se puede verificar cuando una sentencia es producto de una investigación que no ha comprendido “... todos los hechos, todos los autores y todas las circunstancias determinantes del hecho de forma seria e imparcial, incumpliendo los parámetros establecidos por el debido proceso del derecho internacional...”. Es decir, no existen criterios de interés de Justicia Material (Penagos & Sánchez, 2007, p. 177; Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 2003).

Pues bien, uno de estos factores se erige en el aspecto procesal, en un primer momento, en las circunstancias que motivan la competencia en el Estatuto de Roma (ER), conforme a los condicionamientos establecidos, tanto en el artículo 17 ER como a raíz de las consecuencias descritas en el art. 20 ER aspecto que sugiere los factores que se exponen a continuación.

4.1.1 Factores de Competencia. **Gravedad de los crímenes – *Ratione materiae***

En primer término, es preciso analizar los aspectos de competencia que son relevantes inicialmente para el examen de una situación de Colombia frente a la CPI. Frente a este factor *ratione materiae*, es imprescindible examinar el alcance del concepto o umbral de gravedad que reportan las conductas objeto de intervención por parte de la CPI. Es decir, para que exista un crimen de competencia de la corte se tienen que cumplir dos requisitos: en primer lugar, que se vulnere uno de los intereses jurídicos tutelados por el ER (factor objetivo - artículos 5, 6, 7 y 8), y, en segunda lugar, que se cumplan los elementos de contexto exigidos para cada crimen (Hoyos, 2012, p. 92).

Por lo tanto, las conductas enumeradas en los artículos 6, 7, y 8 del Estatuto, no son de gravedad

suficiente cuando se cometen de manera aislada o esporádica, y por ende, carecen de los elementos de contexto. Sólo cuando dichas conductas se ejecuten conforme a los elementos de contexto, serán catalogadas como crímenes de competencia de la Corte, y serán tratados dichos actos como los crímenes más graves (Hoyos, 2012, p. 92).

Conforme al ER y a los Elementos del Crimen, por ejemplo, en el genocidio se requieren los siguientes elementos de contexto: i) que La conducta se realice sobre un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado; ii) que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal; iii) que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción. En el Derecho interno aparece Identidad con los tipos descritos en los arts. 101 y 102 del CP, “Apología del genocidio y genocidio” que adicionalmente incluye el genocidio político.

En segundo término, en los crímenes de lesa humanidad se requiere como elementos de contexto; i) que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil; ii) que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Por último, para los crímenes de guerra se requiere: i) que el autor haya dado muerte a una o más personas; ii) que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o varios de los convenios de Ginebra de 1949; iii) que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa protección; iv) que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él, y v) que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

En el caso colombiano, esta dificultad de asegurar el contexto de los crímenes advertidos ya no es una prevención que no pueda establecerse tanto a nivel judicial como político dados los innumerables elementos de contexto que incluso tienen una base legal nacional, como la ley de justicia y paz o el marco jurídico para la paz, etc. Además, en los informes sobre el estado de análisis de la situación colombiana bajo examen de la CPI se observa una selección de casos específicos objeto de revisión.

4.1.2 Factores que inciden en la admisibilidad ante la CPI en el orden interno

En segundo lugar, de los diversos hechos generales que deben ser analizados en el contexto nacional donde se cometieron los crímenes, resulta necesario elaborar previamente, las trazas de la línea de tiempo del Estatuto de Roma en Colombia, para verificar la vigencia del Estatuto y, consecuentemente, realizar el seguimiento judicial respectivo para verificar si en hechos concretos han existido medidas judiciales efectivas para su cabal represión y reparación frente a las víctimas. Esto es desde el 1.^o de noviembre de 2002 para el caso de crímenes de lesa humanidad o genocidio y el 1.^o de noviembre de 2009 para los crímenes de guerra.

Frente a este punto, es necesario tener en cuenta que si en la jurisdicción interna existe cosa juzgada sobre el asunto denunciado ante la CPI y tal circunstancia se debió al propósito de sustraer al responsable de la competencia de la Corte (Artículo 17. 1, literal c ER en concordancia con el artículo 20.3 ER), mediante un proceso que fue aparente o por un procedimiento interno adelantado por un tribunal que no cumple con los requisitos de imparcialidad e independencia y que se determine “bajo las circunstancias” que actuó de manera inconsistente con el deber de traer a la persona ante la justicia, el organismo internacional podrá ejercer su jurisdicción sobre dicho asunto y declarar la admisibilidad del caso (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-578 de 2002).

En el caso nacional, frente a este punto, es relevante observar los períodos de justicia efectiva en los casos bajo examen de la justicia interna y si existieron posibles dilaciones que impiden la actuación judicial. Por ejemplo, en los casos de la comisión de acusaciones del senado se revelan factores de ineficiencia en este sentido; sin embargo, todo esto debe sujetarse también a la naturaleza de los crímenes que deben ostentar la gravedad suficiente, exigida en cada conducta de competencia de la CPI.

En este sentido, la Corte Constitucional reitera que este aspecto es de importancia en la medida en que la CPI puede ejercer, en estos casos, su jurisdicción complementaria cuando el juicio nacional tuvo que haberse realizado con el propósito de sustraer a una persona para que responda ante la justicia. Pero, si la persona fue genuinamente enjuiciada, por ejemplo, cuando el proceso se adelanta con el fin de establecer la verdad de los hechos, hacer justicia efectiva y garantizar la reparación a las víctimas por un tribunal independiente e imparcial, la Corte Penal Internacional no podrá ejercer su jurisdicción y deberá declarar que el asunto es inadmisible, de conformidad con lo que establece el artículo 20, numerales 1 y 2 del ER (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-578 de 2002).

Un evento implícito que reitera la Corte constitucional se encuentra en el artículo 20 ER, en virtud de que garantiza la soberanía estatal para juzgar y sancionar crímenes que no sean avocados por la CPI, una vez que la misma haya asumido la competencia de un caso concreto que sí corresponda a su conocimiento (art. 5.º ER). En este caso, el Estado que tiene jurisdicción podrá juzgar al implicado por un crimen ordinario, a pesar de la decisión de absolución de la CPI en relación con alguno de los crímenes graves señalados en los artículos 5 a 8 del Estatuto (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-578 de 2002).

Finalmente, en cuanto a los eventos descritos en el artículo 20.3 del Estatuto, se establece, conforme a los criterios de la Corte Constitucional, que

es necesario que se presente una violación del deber internacional de sancionar el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Segundo, debe existir una actuación contraria al deber constitucional de protección que incumbe a las autoridades nacionales (artículo 2 CP), y tercero, debe haber un desconocimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario (artículo 9 CP). En este sentido, según la Corte Constitucional,

(...) constituye un desarrollo del deber de protección que tienen los estados el que se creen mecanismos necesarios para impedir que circunstancias como las descritas en el artículo 20, obstaculicen conocer la verdad de los hechos y el logro de la justicia (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-578 de 2002).

Esta tarea, por demás, ha sido bastante compleja por ejemplo en los casos de Justicia y Paz, dado el gran volumen de situaciones examinadas que concuerdan con los elementos de contexto exigidos en los graves crímenes contra la humanidad. Por ejemplo, en el caso del reclutamiento de menores de edad con ocasión del Conflicto Armado y que constituye un crimen de guerra, revelados en muchas de las versiones libres, como en el caso del alistamiento de más de 400 menores de edad ventilado en el proceso contra alias “el Alemán”, de los cuales no se tiene certeza de su paradero (Aponte, 2011, pp. 176 y 177).

En síntesis de todo lo anterior, en el criterio de Héctor Olásolo, las situaciones planteadas se resumen en los siguientes aspectos que hacen denotar una situación de crisis que requiere de la intervención de la CPI y, que en el caso colombiano, se puede determinar (2003, pp. 107 y 108):

(...) a) La inclusión de los parámetros procesales, temporales y territoriales que definen la situación de crisis objeto de la pretensión de activación dentro de los parámetros personales, temporales y territo-

riales a los que se extiende la jurisdicción abstracta de la CPI.

b) La inclusión de los delitos que presuntamente se han cometido en la situación de crisis objeto de la pretensión de activación entre los delitos sobre los que la CPI tiene jurisdicción material.

c) La inacción, la falta de auténtica disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales para proceder a la investigación y al enjuiciamiento de los delitos sobre los que la CPI tiene jurisdicción material que hayan sido presuntamente cometidos en la situación objeto de la pretensión de activación.

d) La ausencia de un requerimiento del Consejo de Seguridad actuando bajo el capítulo VII CNU, para que el órgano competente de la CPI no proceda a la activación de su jurisdicción abstracta con respecto a la situación de crisis objeto de la misma.

e) La suficiente gravedad de los delitos presuntamente cometidos en la situación de crisis objeto de activación.

f) La inexistencia de razones suficientes para creer que aun teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y los intereses de las víctimas, la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI no redundará en interés del a justicia (2003, p. 108).

Tomando en cuenta los parámetros encunciados, la Corte Constitucional colombiana destaca, en este sentido, que la autonomía para el ejercicio de la jurisdicción de la CPI no es absoluta y que el Estatuto establece no solo que dicho ejercicio se hará en las condiciones extraordinarias enumeradas en sus artículos 17 y 20, sino que, además, si decide hacerlo los estados podrán impugnar dicho ejercicio (artículo 18). En tal caso, se determinará si la decisión de la CPI no se encuentra dentro de las circunstancias autorizadas en los artículos 17 y 20 y, por consiguiente, si pueden apelar ante

la Sala de Cuestiones Preliminares las decisiones que sobre el ejercicio de su competencia tome la Corte Penal o el Fiscal (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-578 de 2002).

En este sentido, la CPI puede ejercer su competencia de acuerdo con lo señalado en los artículos 17 y 20 cuando se trate de situaciones que correspondan a los siguientes casos:

(...) i) Si la situación particular está siendo investigada o juzgada, o aún no se ha iniciado el procedimiento interno por parte del Estado que tiene jurisdicción sobre el mismo, y la Corte constata que existe indisposición del Estado para investigar o juzgar (artículo 17.1 ER);

ii) Si la situación particular está siendo investigada o juzgada, o aún no se ha iniciado el procedimiento interno por parte del Estado que tiene jurisdicción sobre el mismo, y la Corte constata que existe incapacidad del Estado para investigar o juzgar por un colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia (artículo 17.3 ER);

iii) Cuando la situación ya ha sido investigada y decidida por el Estado que tiene jurisdicción, pero el procedimiento interno se hubiere llevado a cabo con el propósito de sustraer a la persona de su responsabilidad penal (artículo 20.3, literal a) ER);

iv) Cuando la situación ya ha sido investigada y decidida por el Estado que tiene jurisdicción, pero el procedimiento interno no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de forma incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (artículo 20.3, literal b) ER (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-578 de 2002).

De los factores analizados, se extrae que los fundamentos de competencia de la CPI indagan, en primer lugar, la actuación en el Estado parte con lo cual dicha actuación corresponde, en principio, a unos hechos jurídicamente relevantes que corresponden a una entidad jurídica valorada en el derecho interno como de impunidad, conforme a una legislación específica que la regula.

En segundo lugar, reitera la Corte Constitucional que el reconocimiento de la competencia de la CPI establece un principio general de ejercicio autónomo y primigenio de las jurisdicciones nacionales para el juzgamiento de los crímenes definidos en la Parte II del mismo, con lo cual se reafirma la soberanía de los Estados Partes para el ejercicio de competencias judiciales en su territorio (Capítulo 3º de la Competencia y Admisibilidad, reglas 44 a 62, Reglas de Procedimiento y Prueba del ER, Ley 1268 de 31 de diciembre de 2008).

Ahora si este análisis revela en situaciones especiales ámbitos de impunidad, conforme a las exigencias analizadas del art. 17 ER, se autoriza un ejercicio complementario de la competencia de la CPI para la investigación y el juzgamiento de tales crímenes dado que existen elementos para determinar eventos en que los estados no puedan o no quieran hacer la investigación o fallar el proceso en debida forma (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-578 de 2002).

Al respecto la Corte Constitucional puntualiza que “(...) el estándar de protección que recoge el Estatuto de Roma, no es distinto de otros compromisos internacionales en la materia, pero si más efectivo, por cuanto recoge un anhelo de la comunidad internacional de garantizar que no exista impunidad frente a los crímenes más atroces” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-578 de 2002).

Por ello los fundamentos sobre los cuales se trazan estos límites tienen que ver con la actuación y recurso efectivo interno del Estado Parte tendiente a evitar la impunidad y a restablecer los efectos de su producción.

Así, siguiendo el criterio de la Corte Constitucional, un Estado al aceptar ser miembro del Estatuto reconoce sin más requisitos, la jurisdicción de la CPI respecto de los crímenes estipulados en el artículo 5º (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión), y acepta automáticamente su competencia sobre éstas conductas y las personas que incurran en ellas, a partir del día de la entrada en vigor del Estatuto, conforme al artículo 11 ER (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-578 de 2002).

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

Una vez analizado este aspecto de admisibilidad y las condiciones en que es viable la ruptura de la cosa juzgada y, por lo tanto, se puede proceder a la activación de la jurisdicción complementaria a nivel interno, se examinarán otras consecuencias que desde el punto de vista sustancial concurren cuando el asunto ya es objeto de examen por parte de la CPI.

4.2. Factores que inciden en el caso colombiano. Test de complementariedad

Los factores de competencia objeto de estudio del instrumento internacional referido, realmente producen en la actualidad, las siguientes consecuencias:

Según Héctor Olásolo (2012, p.12), al analizar el devenir de los acontecimientos en Colombia, en particular las investigaciones sobre los paramilitares desmovilizados en el país, es importante tomar en cuenta los hechos realizados a partir del año 2003, en virtud del denominado pacto de Santa Fe de Ralito firmado el 15 de julio de

2003, y luego los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana con ocasión de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2006).

Después, es necesario analizar el examen preliminar del Fiscal de la CPI y las visitas realizadas en octubre de 2007 y agosto de 2008 a Colombia, así como en el año 2010 las sesiones del Fiscal General de Colombia cumplidas en La Haya, junto con la Sala de Casación Penal, que visitaron la Fiscalía de la Corte.

Por último, es preciso examinar, según Olásolo, las sesiones de septiembre de 2011 del Fiscal de la CPI cuando realizó una nueva vista a Colombia y el encuentro que sostuvo la Fiscal General, Vivianne Morales. Sobre el particular, se analiza el primer texto del examen preliminar sobre Colombia denominado “Fiscalía de la Corte Penal Internacional, *Report on the Preliminary Examination Activities*, de 13 de diciembre de 2011” (Olásolo, 2012, p. 12), el cual tuvo las siguientes conclusiones²:

- a) Colombia tiene un aparato judicial que se encuentra disponible para investigar y enjuiciar los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma para este estado.
- b) Los órganos jurisdiccionales colombianos están desarrollando actuaciones contra (i) dirigentes de los grupos ar-

² Olásolo señala que en los exámenes preliminares se explicaba que se habían recibido 86 comunicaciones en relación con Colombia, de las cuales 17 se referían a hechos sobre los que la CPI no tenía jurisdicción las otras 69 estaban siendo analizadas como parte del examen preliminar sobre Colombia que la Fiscalía desarrolla desde 2005. A continuación, se mencionaba a los principales actores involucrados en el conflicto de Colombia en relación con la reducción del poder de los grupos paramilitares en los últimos años a través del proceso de desmovilización auspiciado por la Ley de Justicia y Paz; si bien observaba que un cierto número de desmovilizados disidentes que retomaban las armas en unidades de menor poder y control y, finalmente, las cifras de los avances de las autoridades judiciales en materia de justicia (Olásolo, 2012, p. 13).

mados al margen de la ley involucrados en los delitos; (ii) dirigentes paramilitares; (iii) oficiales de las fuerzas armadas y de la policía; (iv) políticos vinculados con dichos grupos armados; y (v) sospechosos de haber incurrido en casos de falsos positivos;

- c) Un número importante de altos dirigentes de los grupos de guerrillas de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y Ejército de Liberación Nacional (ELN) ha sido sentenciado o imputado en ausencia por delitos de la competencia de la CPI;
- d) Se han presentado 451 escritos de acusación contra paramilitares desmovilizados en el proceso de Justicia y Paz, y han sido condenados once comandantes paramilitares (si bien entre septiembre de 2008 y marzo de 2009, las autoridades colombianas extraditaron a 29 miembros de grupos paramilitares, entre los que se encontraban diez de sus máximos dirigentes, a los EEUU por cargos relativos al narcotráfico; siete de los comandantes paramilitares extraditados han sido condenados por delitos ordinarios en relación con hechos presuntamente constitutivos de delitos de la competencia de la CPI);
- e) Desde agosto de 2011, cincuenta y nueve senadores, cuarenta y ocho miembros de la Cámara de Representantes, 33 gobernadores, 252 alcaldes, y 84 autoridades locales están siendo investigados a raíz de las confesiones realizadas por los paramilitares desmovilizados conforme a la Ley de Justicia y Paz. Además, se han emitido 16 condenas por concierto para delinquir con los grupos paramilitares y asesinato, lo que ha supuesto en algunas ocasiones penas de cuarenta años;
- f) Se están desarrollando actuaciones contra varios miembros y altos cargos

de los servicios de inteligencia civil (Departamento Administrativo de Seguridad, DAS) en relación con escuchas telefónicas ilegales generalizadas, falsos positivos y vinculación con el paramilitarismo;

- g) A raíz del proceso de Justicia y Paz se han iniciado actuaciones contra 191 oficiales del ejército colombiano y 57 miembros de menor rango, así como contra 121 oficiales de la policía nacional y 128 integrantes de la misma de menor graduación (seis oficiales del a marina se han visto afectados también por las mismas) (2012, p. 13).

De acuerdo con lo anterior, indudablemente aparece en el informe reseñado por el doctor Olásolo factores que implican, en primer lugar, la naturaleza de las situaciones en concreto pues en el fondo se está olvidando la detallada contextualización de los distintos grupos armados al margen de la ley y la investigación de los vínculos que los mismos pudieran tener con las diferentes administraciones públicas, organización, estructura, poder, *modus operandi* y actividades de la organizaciónante la justicia internacional (Olásolo, 2012, p. 14).

Según el doctor Olásolo, tanto en el informe de la Fiscalía de la CPI del 13 de diciembre de 2011, como en otros informes presentados por organizaciones que monitorean el desarrollo de las actuaciones nacionales en Colombia, se puede observar la falta de análisis detallado de las decisiones judiciales a las que se refieren, en lo que puede calificarse según su criterio como una guerra de cifras, de carácter genérico, que en el caso nacional no permite revelar una situación específica que derive en la activación de la competencia analizada (Olásolo, 2012, p. 14).

Por otro lado, si comparamos los aspectos derivados del test de complementariedad, se observa que la CPI todavía en los informes efectuados sobre la situación nacional no revela una decisión en concreto de los casos analizados. Según estos

criterios, en el caso colombiano en la fase preliminar de complementariedad, la CPI analizó los diversos conceptos ya advertidos en los factores trazados en el artículo 17 ER, expuestos ampliamente por la Corte Constitucional colombiana. Sin embargo, todavía no se ha dispuesto una apertura en concreto, toda vez que ello puede obedecer a un nivel de confianza en el Estado Colombiano y en sus instituciones judiciales para asumir la competencia por parte de la instancia internacional analizada³.

Por otro lado, el sistema de investigación de la CPI puede tomar tiempo para examinar la situación nacional. Sobre el particular, en el año 2009 Monserrat Carbonni, analista de la oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, expuso que en primer lugar en el examen preliminar de la CPI la Fiscalía debe analizar si existe una base razonable para determinar que se han cometido conductas de competencia de la CPI y que de acuerdo con los artículos 15 y 17 se deben determinar los aspectos de complementariedad y gravedad y si la admisibilidad de un caso concreto servirá a los intereses de la justicia (Guerrero & Galindo, 2009, p. 14).

Según la experta, el examen preliminar para determinar la admisibilidad de un caso concreto ante la CPI comprende cuatro fases. En la primera fase, se realizan comunicaciones con el Estado y se examina si no se cometieron conductas de competencia de la CPI. En la segunda fase, se estudia la seriedad de las situaciones y se analizan las conductas que se están cometiendo de competencia de la CPI. En la tercera fase, se examina el estudio de admisibilidad que comprende

³ El test de complementariedad examina según el art. 15 y 17 ER: a) Que el estado parte no va a llevar a cabo o no puede hacer la investigación. b) No se ha ejercido la acción penal y no se está dispuesto a ejercerla. c) Se reiteran aspectos de incapacidad o colapso en la administración de justicia penal. d) No hay independencia e imparcialidad conforme a garantías internacionales de DD HH. e) En el caso no es compatible con la acción de someter a la persona a la Justicia. f) Se presenta una demora injustificada en el juicio. g) El Proceso no fue sustanciado o no está siendo adelantado de manera imparcial – O finalmente esto es incompatible para hacer comparecer a la persona a la acción de la justicia.

complementariedad y gravedad. Finalmente, en la cuarta fase se remite la actuación al Fiscal para que decida si somete a la apertura o no de la investigación teniendo en cuenta el interés de la justicia (Guerrero & Galindo, 2009 p. 14).

Finalmente Monserrat Carbonni señala que en el caso colombiano se han cumplido las fases I-III en relación con los crímenes de lesa humanidad y, por supuesto, en la época en que se realizó la nota citada no habían entrado en vigencia los crímenes de guerra bajo la competencia de la CPI, los cuales son examinados en los informes más recientes de noviembre de 2012 sobre la situación nacional.

Lo anterior se revela incluso en el último examen preliminar publicado en noviembre de 2012, en el cual la CPI determinó, en primer lugar, que la Oficina del Fiscal de dicho organismo internacional mantendrá el intercambio de comunicaciones con el Gobierno de Colombia en lo que respecta a las cuestiones relativas a los crímenes de lesa humanidad y de guerra, objeto de la competencia de la CPI que se traducen en el caso nacional. Sobre este punto se realiza un examen detallado del punto 92 al 122 en relación con las conductas y el contexto de lesa humanidad que involucra tanto a actores del conflicto como fuerzas estatales. Así mismo, del punto 123 al 152 se desarrolla el análisis del contexto sobre los crímenes de guerra que involucran a los actores del conflicto armado interno a partir del 1.º de noviembre de 2009 e, igualmente, se analiza si los grupos denominados bandas emergentes harían parte del mismo junto con sus conductas. Sin embargo, este último punto no está definido en la actualidad (Informe Examen Preliminar Colombia CPI, 2012, pp. 28 a 38 y 29 a 48).

Así mismo, la oficina del Fiscal General manifestó en cuanto al examen preliminar que seguirá de cerca el Marco Legal para la Paz y su implementación, así como también buscará información adicional sobre la reforma del marco legislativo perteneciente a la jurisdicción penal militar. Además de lo anterior, señaló la oficina que el

examen preliminar de la situación en Colombia se centrará, igualmente, en: (i) el seguimiento del Régimen Jurídico para la Paz y otros desarrollos legislativos pertinentes, incluidos los aspectos jurisdiccionales en relación con la aparición de “nuevos grupos armados ilegales; (ii) los procedimientos en relación con la promoción y expansión de los grupos paramilitares; (iii) procedimientos relacionados con el desplazamiento forzado; (iv); Los procedimientos relativos a los delitos de violencia sexual, y (v) los casos de falsos positivos (Informe Exámenes Preliminares CPI, 2012 p. 28).

Es de anotar que este examen preliminar todavía no tiene una decisión sobre el particular como se ha indicado anteriormente, tan sólo se reitera que existen unas conductas que tienen el contexto suficiente para asumir la competencia material y temporal en el caso colombiano. Sin embargo, tal expectativa todavía se encuentra determinada por los avances en las materias legislativas anotadas anteriormente y en la eficacia de las actuaciones procesales referidas a los procedimientos en contra de los grupos paramilitares, de responsables por el desplazamiento forzado y violencia sexual por parte de los demás grupos del conflicto armado, así como también de los casos de los falsos positivos que involucran a agentes estatales.

Por lo tanto, la discusión gira en torno a situaciones de denuncia sobre aspectos de conflicto armado y organizaciones delincuenciales que, finalmente, al ser atendidas por la justicia nacional podrían imposibilitar, al menos en algún tiempo, la preocupación de intervención de la justicia internacional en el caso nacional. No obstante, tal y como se observa en el último reporte de noviembre de 2012, aparecen elementos concretos de actuación y motivaciones determinantes a examinar la situación colombiana para convertirla en un caso bajo la competencia de la CPI. Es decir, si no existen mecanismos eficaces en el caso nacional para los eventos tratados ante el organismo examinado, estamos cerca de una posible actuación de la jurisdicción internacional analizada, toda vez que los factores de compe-

tencia traducidos en los elementos de contexto no tienen ninguna duda sobre su ocurrencia en el caso nacional para su admisibilidad.

CONCLUSIONES

En primer lugar, el concepto de persecución internacional de crímenes ha derivado entre el principio de justicia universal y los criterios de justicia internacional establecidos con el advenimiento de la CPI para investigar y sancionar las más graves conductas contra la humanidad. Frente a este aspecto, el contexto de conflicto armado colombiano, con sus 60 años de permanencia en el tiempo, genera un factor propicio para la activación de la competencia de la CPI; sin embargo, la definición de los actores, dada su mixtura, tanto en actores del conflicto como en agentes del crimen organizado, afectan la decantación de sus actividades frente a los crímenes objeto de competencia de la CPI. Con respecto a este punto, la actuación de la CPI se dirige al análisis de la naturaleza de estos grupos emergentes para determinar si corresponde su actuación a sujetos que pueden ser perseguidos por la instancia internacional analizada.

Por otro lado, para activar la competencia de la CPI, máxime si se trata del caso colombiano, es necesario tener en cuenta las siguientes situaciones del test de complementariedad y análisis de factores de impunidad, conforme al art. 17 ER: (i) que el estado parte no va a llevar a cabo o no puede hacer la investigación; que no se ha ejercido la acción penal y no se está dispuesto a ejercerla; (ii) se reiteran aspectos de incapacidad o colapso en la administración de justicia penal; (iii) no hay independencia e imparcialidad conforme a garantías internacionales de DD HH; (iv) en el caso no es compatible con la acción de someter a la persona a la Justicia; (v) se presenta una demora injustificada en el juicio, y (vi) el proceso no fue sustanciado o no está siendo adelantado de manera imparcial o finalmente esto es incompatible para hacer comparecer a la persona a la acción de la justicia.

Estos elementos en el momento son objeto de análisis en el más reciente informe sobre actividades en el caso colombiano, y manifiestan que si bien existen actuaciones de la justicia colombiana, mantendrán comunicaciones con el Gobierno Nacional sobre los avances en los procedimientos judiciales en estas materias, sin que se adopte todavía una decisión al respecto.

De todas formas, se reitera que la situación colombiana en todo caso contiene los elementos de intervención de la CPI en el derecho interno y las conductas obedecen a la naturaleza de las situaciones objeto de su competencia. Pese a lo anterior, se conserva por parte de la CPI cierto nivel de confianza en las instituciones judiciales y en los procesos de justicia internos que han impedido decisiones del organismo al respecto. Así mismo, todavía faltan aspectos que, dada su generalidad, no permiten actuaciones de acuerdo con los exámenes preliminares publicados por la CPI.

REFERENCIAS

- Ambos, K. (2006). *La Parte General del Derecho Penal Internacional, Bases para una elaboración dogmática*. Bogotá: Fundación Honrad-Adenauer-Stiftung E.V. y Editorial Temis S.A.
- Ambos, K. (2002). *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*. Madrid: Marcial Pons.
- Andrés, A. (2006). *Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Anello, C. (2003). *Corte Penal Internacional*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Aponte, A. (2011). *Persecución Penal de Crímenes Internacionales. Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibañez y Fundación Konrad Adenauer Stiftung.
- Congreso de la República. (2008). *Ley 1268 de 2008. Capítulo 3.º De la Competencia y Admisibilidad, reglas 44 a 62, Reglas de Procedimiento*

y Prueba del ER. Diciembre 31 de 2008. DO. N° 47.219.

Estatuto de Roma de 1998 Nota: Documento A/conf. 183/9 de 17 de julio de 1998. Enmendado por los *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998. 12 de julio de 1999. 30 de noviembre de 1999. 8 de mayo de 2000. 17 de enero de 2001. 16 de enero de 2002. El estatuto entró en vigor el 1º de julio de 2002. Disponible en [http://legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf). Consultada el 28 de marzo de 2013.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2004). Compilación de Derecho Internacional de los derechos humanos. Bogotá: Naciones Unidas.

Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia C-004 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett).

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-578 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda).

Colombia. Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos. (2009) Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. A/HRC/13/72. Extraído de www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/Informe2009_esp.pdf

Corte Penal Internacional (2011) Informe Preliminar Colombia. Extraído de http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/E278F5A2-A4F9-F3D7-38D2-A2C9CF5D7D7/282515/OTP_Draftpolicyaparsonpreliminaryexaminations04101.pdf. en octubre 11 de 2012.

Corte Penal Internacional (2011). Informe Examen Preliminar Colombia CPI, Extraído de http://www.iccnow.org/documents/otp_-_colombia_-_public_interim_report_-_november_2012.pdf en enero 21 de 2013.

Corte Penal Internacional (2012). Informe Exámenes Preliminares CPI. Extraído de http://www.iccnow.org/documents/otp_-_colombia_-_public_interim_report_-_november_2012.pdf en enero 21 de 2013.

www.iccnow.org/documents/otp_-_colombia_-_public_interim_report_-_november_2012.pdf en enero 21 de 2013.

Ferre, J. et al. (2010). *Derecho Penal Colombiano. Parte General. Principios fundamentales y sistema*. Bogotá: Ed. Ibañez.

Gómez, J. (2003). *El Tribunal Penal Internacional: Investigación y Acusación*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Guerrero, A. & Galindo, J. (2010, Marzo). Implicaciones de la Corte Penal Internacional en el Caso Colombiano: Notas a propósito del Encuentro “Retos y Perspectivas de la Competencia de la Corte Penal Internacional”. *Revista de Derecho Público*, 24.

Hoyos, M. A. (2012). *El umbral de gravedad suficiente del artículo 17 (1) (d) del Estatuto de Roma*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

Olásolo, H. (2003). *Corte Penal Internacional. Donde Investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch y Cruz Roja Española.

Olasolo, A. H. (2012). El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la corte penal internacional en la fase de examen preliminar. *Revista Via Vivendi Et Iudicandi*, 7, 2. Extraído de www.viei.usta.edu.co en noviembre 11 de 2012.

Penagos, S. & Sánchez Juan Carlos. (2007). *El non bis in ídem y la Cosa Juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Naciones Unidas ILC (2008). Resolución 95 (I) UN de 23 de octubre de 1946. Audiovisual Library of International Law. Disponible en http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_ph_s.pdf. Consultada el 26.09.2012.

Sánchez, A. (2004). *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.