

FACTORES SUSTANCIALES Y PROCESALES DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL FRENTE AL DERECHO INTERNO*

SUBSTANTIAL AND PROCEDURAL
FACTORS OF THE JURISDICTION OF
THE ICC, OVER DOMESTIC LAW

FATORES SUBSTANCIAIS
E PROCESSAIS DA COMPETÊNCIA
DA CORTE PENAL INTERNACIONAL
ANTE O DIREITO INTERNO

JAIME ALBERTO SANDOVAL-MESA**

- * Artículo avance de un proyecto de investigación que cursa en la Universidad Militar Nueva Granada en Bogotá denominado los "Límites de los delitos de lesa humanidad en el derecho penal colombiano".
- ** Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia. jaisandoval@yahoo.com

RECIBIDO 2 DE JUNIO DE 2013. ENVÍO A PARES 15 DE JULIO DE 2013.

APROBADO POR PARES 8 DE SEPTIEMBRE DE 2013. ACEPTADO 4 DE OCTUBRE DE 2013.



Universidad de
La Sabana

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO REFERENCE THIS ARTICLE / PARA CITAR ESTE ARTIGO
SANDOVAL-MESA, JAIME ALBERTO, "FACTORES SUSTANCIALES Y PROCESALES DE LA COMPE-
TENCIA DE LA CPI, FRENTE AL DERECHO INTERNO", EN DÍKAION 22-2 (2013), PP. 333-356.

333

RESUMEN

El presente documento versa acerca del alcance de los factores de competencia de la Corte Penal Internacional, desde el concepto de admisibilidad, frente a los elementos internos tanto sustanciales como materiales y procesales. En tal sentido, se analizan los factores de construcción de la justicia internacional que permitieron la construcción de la CPI, los factores de competencia frente a los principios del orden interno, en especial el artículo 17 sobre admisibilidad, sus repercusiones frente a los elementos determinados por los crímenes internos y las consecuencias respecto de la identidad y el ejercicio de la competencia frente a la posible actuación en virtud de la responsabilidad internacional en el sistema interno colombiano.

PALABRAS CLAVE:

Instrumentos internacionales, crímenes internacionales, competencia, factores, situación, responsabilidad, justicia penal internacional.

ABSTRACT

The scope of the factors establishing the jurisdiction of the International Criminal Court (ICC) are examined in this paper, taking into account the concept of admissibility versus internal features of a substantial, material and procedural nature. The factors in the construction of international justice that allowed for the creation of the ICC are analyzed in this sense, as are those providing for jurisdiction over the principles of domestic law, particularly Article 17 on admissibility, the repercussions on the factors determined by domestic crimes and the consequences with respect to the identity and exercise of jurisdiction in view of possible action in Colombia's internal system on the grounds of international responsibility.

KEY WORDS:

International instruments, international crimes, jurisdiction, factors, situation, responsibility, international criminal justice.

RESUMO

O presente documento versa sobre o alcance dos fatores de competência da Corte Penal Internacional (CPI) a partir do conceito de admissibilidade, ante os elementos internos tanto substanciais quanto materiais e processuais. Nesse sentido, analisam-se os fatores de construção da justiça internacional que permitiram a construção da CPI, os fatores de competência ante os princípios da ordem interna, em especial o artigo 17 sobre admissibilidade, suas repercussões diante dos elementos determinados pelos crimes internos e as consequências a respeito da identidade e do exercício da competência ante a possível atuação em virtude da responsabilidade internacional no sistema interno colombiano.

PALAVRAS-CHAVE:

Instrumentos internacionais, crimes internacionais, competência, fatores, situação, responsabilidade, justiça penal internacional.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. LOS FUNDAMENTOS PREVIOS DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL DE LA CPI; 1.1. PRECEDENTES PARA LA PERSECUCIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES DESDE EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL; 1.2. PRECEDENTES DE JUSTICIA INTERNACIONAL, DESDE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES ORIGINADOS EN LOS TRIBUNALES AD HOC; 2. DESARROLLO EN EL DERECHO INTERNO DE LA CPI (DEL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2001 A LA LEY 742 DEL 5 DE JUNIO DE 2002); 3. FACTORES DE COMPETENCIA DEL INSTRUMENTO DE ROMA Y ADMISIBILIDAD; 3.1. EFECTOS CONCRETOS DE LA COMPETENCIA DE LA CPI FRENTE A LOS PRINCIPIOS INTERNOS; 3.2. ANÁLISIS DEL FACTOR OBJETIVO DE COMPETENCIA DE LA CPI; 4. CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Desde la noción de justicia penal internacional se logra indudablemente juntar el ámbito sustancial originado desde el sistema de protección universal y regional de los derechos humanos que en más o menos doscientos instrumentos permite determinar los bienes jurídicos que luego son parte de la competencia de la Corte Penal Internacional (CPI). Así mismo, este proceso permitió inicialmente configurar la responsabilidad de los Estados en las violaciones de tales derechos, para que fueran sancionados y reprimieran y adoptaran medidas para detener las violaciones, sus efectos, etc. Igualmente permitió que las obligaciones generadas en tal virtud tuviesen el carácter de reparación de los daños causados o, cuando no fuera posible restablecer el derecho violado, se reconociera la indemnización a las víctimas¹. Este presupuesto en la justicia internacional originó un tratamiento especial a las víctimas y una obligación de enjuiciamiento procesal que si bien no tenía efectos punitivos específicos a nivel internacional, originó una dinámica procesal cuando el objeto material de las conductas tuviese el carácter suficiente para acudir ante tales instancias.

Así mismo, la justicia internacional en materia penal también permitió la protección con respecto a las graves infracciones al derecho internacional humanitario (DIH) que, dada su naturaleza, su ámbito de protección descansaba en la voluntad de los Estados, y la obligación de desarrollo de las graves infracciones en el derecho penal interno en muchos casos no aseguraba tal necesidad de protección.

De esta manera, de las dos vertientes principales, así como de los desarrollos de los Tribunales Ad Hoc y los Tribunales Internacionales de Protección de los Derechos Humanos se pudo establecer la justicia penal internacional como el instrumento real del ejercicio tanto de los derechos humanos como del derecho internacional humanitario. Todo esto conlleva una revisión constante del sistema penal interno, dado el escenario del conflicto armado que tiene como protagonistas a las más graves conductas punitivas internacionales que de hecho se presentan en Colombia. Así, a partir de un contexto propicio, se observa el ejercicio del principio de complementariedad en la situación interna, toda vez que el mismo cons-

1 Jaime CORDOBA TRIVIÑO, *Derecho Penal Internacional. Estudio de los delitos de Genocidio, de Lesa Humanidad y de los Crímenes de Guerra con referencia al nuevo Código Penal Colombiano*, Bogotá D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001, p. 28.

tituye uno de los principios fundantes del edificio penal internacional que precisa y diseña una modalidad de relación entre la CPI y las jurisdicciones nacionales de los Estados parte² que en situaciones como las del Estado colombiano no dejan duda de su presencia y efectos cercanos.

Teniendo en cuenta lo anterior, el presente trabajo tiene por objeto determinar la naturaleza y los conceptos especiales de las conductas que se configuran como crímenes de competencia de la CPI y su ejercicio procesal en el criterio de la Corte Penal Internacional frente a la situación colombiana. A partir de este trabajo de investigación de tipo hermenéutico analítico y de análisis jurisprudencial se pretende establecer los efectos en el caso nacional con respecto a la gravedad de las conductas que se presentan y su correspondencia con los crímenes de competencia de la CPI. Es decir, se requiere determinar sus límites tanto de competencia en relación con los crímenes, como sus posibilidades reales de ocurrencia.

1. LOS FUNDAMENTOS PREVIOS DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL DE LA CPI

Sin realizar un análisis a profundidad de los elementos que conllevaron los fundamentos de persecución de crímenes internacionales, dado que no corresponde al objeto de estudio del presente trabajo, inicialmente se tratará en una síntesis apretada de señalar los principales elementos para la conformación de la justicia internacional de la CPI a lo largo de los últimos cincuenta años, desde los fundamentos del principio universal de justicia y los aportes de los tribunales penales internacionales *ad hoc*.

1.1. Precedentes para la persecución de crímenes internacionales desde el principio de justicia Universal

En este orden, desde varios episodios internacionales se pueden tomar como base inicial, además de los precedentes de los Tribunales de *Nüremberg*, los fundamentos del principio de justicia universal ejercido en algunas situaciones por tribunales como el de Bélgica o España, en donde los jueces nacionales podían iniciar diligencias penales, conducir una investigación, buscar los elementos de prueba e incluso extender una orden de arresto en contra de presuntos responsables de crímenes internacionales³. Se trata de un principio complementario al de territorialidad cuya finalidad última es impedir la impunidad del delincuente⁴. El mismo ha sido ejercido a través de las normas de *ius cogens* como fundamento de persecución internacional, toda vez que se trataba de normas válidas en la comunidad internacional, de carácter universal, que prohibían los crímenes de

2 Emanuela FRONZA, *El principio de complementariedad. Introducción al Derecho Penal Internacional*, Bogotá, Editorial Universidad Libre, 2009, p. 63.

3 Antonio CASSESE y Mireille DELMAS-MARTY, *Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales*, Bogotá, Norma, trad. de Horacio Pons, 2004..

4 Cfr. LOPJ, artículo 23.4, Mod. Ley orgánica 3 de 8 de julio de 2005. Mod. Ley 1/2009, artículo 23.4. LOPJ.

guerra, los crímenes contra la humanidad, el genocidio, la tortura y las manifestaciones graves del terrorismo internacional⁵.

Bajo este presupuesto es viable citar precedentes como el ocurrido en Francia a instancias del caso Barbie, en el cual la Cámara del Tribunal Superior declaró que los crímenes contra la humanidad no competen solo al derecho interno francés sino también a un orden represivo internacional en donde la frontera entre las normas de extradición derivadas de ella son fundamentalmente ajenas⁶. Este mecanismo, por ejemplo, sirvió de instrumento para perseguir los episodios de las dictaduras en Argentina y Chile, además de que permitió el enjuiciamiento de los fenómenos asociados a graves conductas internacionales, sobre todo en muchos casos en donde la consecuencia se traducían en impunidad, como por ejemplo en el caso del señor Adolfo Scilingo (hechos 1976-1983) requerido por la justicia española sobre peticiones en términos de justicia material⁷.

Es decir, a partir de este principio de justicia universal se originan dos conceptos importantes en la construcción de la justicia penal internacional; uno asociado a la materialidad de los crímenes debido a la violación de fundamentos de *ius cogens* que se traducen en los crímenes más graves contra la humanidad, junto con todas sus consecuencias sustanciales y dogmáticas, y otro en el criterio de impunidad, debido a la ausencia de su eficaz persecución. Frente a este último aspecto ZAFFARONI indica que este se representaba en las acciones de la justicia penal, en donde el poder judicial se encontraba dividido en dos sistemas paralelos en los cuales uno se encargaba de las detenciones y los juzgamientos al margen del sistema penal formal y el otro, de tipo clandestino, que mediante la forma de empresa criminal, de manera sistemática se encargaba de la práctica de esos crímenes. Al final ningún acto de los anteriores fue objeto de enjuiciamiento, por lo que sus consecuencias se prolongan hasta el tiempo actual. Finalmente, para hacer tan solo unas anotaciones sobre este principio universal, también se pueden citar otras causas abiertas en países europeos contra sus perpetradores, como por ejemplo, las condenas en Francia contra oficiales argentinos también en razón de las víctimas entre otros casos de similar importancia⁸. No obstante la popularidad de este concepto en Europa, con los avances de la CPI ha perdido su eficacia y aun se cuestiona si era necesaria su validez dada su carencia de fuerza vinculante. Sin embargo, el concepto de persecución internacional de los graves crímenes servía de base para generar consecuencias internacionales a la competencia actual de la CPI, tanto para su persecución como para la valoración dogmática de las conductas.

5 Antonio CASSESE y Mireille DELMAS-MARTY, *Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales*, op. cit., p. 29.

6 Ibid., p. 29.

7 Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera, Sumario 19/97, Juzgado Central de Instrucción Número Cinco, Madrid, España, M. P. D. Francisco Castro Meije *et al.* Decisión del 4 de noviembre de 1998.

8 Antonio CASSESE y Mireille DELMAS-MARTY, *Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales*, op. cit., pp. 34-35.

En este contexto, los criterios expresados constituyen la base de las fuentes del Estatuto de Roma (ER) que implica la creación de un organismo supranacional y no estatal, que además posee la fuerza vinculante de sus cláusulas sobre todo en los Estados Parte. Así mismo, permite generar el concepto de lesión de bienes jurídicos que interesan a la comunidad internacional⁹ el cual constituye el fundamento más relevante de la jurisdicción universal concebida en el artículo 1 ER y, al mismo tiempo, le confiere a la CPI la potestad de lucha en abstracto contra la impunidad en el plano internacional, bajo las condiciones que el ER establece para el ejercicio de su competencia, es decir, conforme al objeto material protegido en los crímenes descritos en el artículo 5º ER.

1.2. Precedentes de justicia internacional desde los crímenes internacionales originados en los tribunales ad hoc

Por otro lado, en cuanto a las consecuencias materiales, sin duda la Segunda Guerra Mundial representó en esta construcción las acciones objeto de persecución traducidas en el plan en contra de los judíos europeos y la comisión de crímenes de gran magnitud dirigidos o encubiertos por el Estado que tradujo ausencia de voluntad política para sancionar tales conductas¹⁰. Este plan es el que posteriormente origina un nuevo delito denominado genocidio que permite identificar una conducta transversal que puede concurrir bien en tiempos de paz o en tiempos de guerra y, al mismo tiempo, también genera un elemento dogmático adicional para su persecución como es el contexto de dicho plan.

En estricto sentido, desde Nüremberg se generan los aportes que fundamentalmente se expresaron en los principios establecidos en el Tribunal, que bajo la observación actual han tenido un profundo desarrollo e influencia en las instituciones internacionales para el establecimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Los mismos conservan casi en su integridad el destino obligado para la protección de los bienes jurídicos universalmente reconocidos que se desarrollan en las conductas que aparecen descritas en la declaración citada, en particular frente a los delitos de lesa humanidad —Principio VI. a) Delitos contra la paz. b) Delitos de guerra. c) Delitos contra la humanidad—¹¹.

Adicionalmente, como desarrollo posterior a Nüremberg, es viable citar en la posguerra la Ley 10 sobre el castigo de personas que fueran culpables de haber cometido crímenes de guerra, crímenes contra la paz o crímenes contra la humanidad de 20 de diciembre de 1945 (Ley 10 del Consejo de Control Aliado). Esta normatividad, en relación con los crímenes de lesa humanidad, generó efectos que

9 Andrés DOMÍNGUEZ, ANA CRISTINA, *Derecho Penal Internacional*, Tirant Monografías 456. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2006, p. 177.

10 Gerhard WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, trad. María Gutiérrez Rodríguez *et al.*, 2ª ed., 2005, p. 37.

11 Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Compilación de Instrumentos Internacionales, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*, Bogotá, 3ª ed., 2002.

permanecen hasta hoy, como los de dejar de exigir una conexión con crímenes de guerra o crímenes contra la paz, como la prevista en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional¹².

En este contexto también resulta pertinente destacar, en la construcción de la justicia penal internacional, el Tribunal del Lejano Oriente que estableció el estándar de la “Responsabilidad del superior jerárquico” originado en la valoración de la conducta del general Yamashita. En este caso se determinó en su condena que si bien él mismo no había ordenado ningún crimen y en su mayoría tales delitos fueron cometidos por sus subordinados, en el proceso se pudo establecer su responsabilidad como superior jerárquico, por no haber adoptado las medidas tendentes a evitar un gran número de atrocidades contra la población civil, conforme al anexo cuarto, artículos 1º y 43 de la Convención de La Haya de 1907¹³.

En todo caso, pese a las críticas y a los límites que posteriormente se han fijado a nivel jurisprudencial a este tipo de responsabilidad del superior jerárquico, es una previsión internacional que ha subsistido a los cambios evolutivos y hoy aparece consagrada en el artículo 33 del Estatuto de Roma de 1998, con las diferencias de interpretación que en la era actual deben ser atendidas, más si después del denominado estándar Yamashita fueron aprobados los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 con sus dos protocolos adicionales y demás normativa actual, tanto en materia de DIH como del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

De igual forma, los precedentes de los tribunales *ad hoc* para la ex-Yugoeslavia y Ruanda permitieron desarrollar las figuras actuales de la justicia internacional que confluye en el Estatuto de la CPI que entró en vigencia en el 2002, y que sin duda constituye la primera codificación del derecho penal internacional que implica la responsabilidad procesal individual en el primer foro de justicia penal internacional¹⁴. En el caso del Tribunal para la ex-Yugoeslavia, la competencia se dispuso en el ámbito de las graves infracciones al DIH; previsiones para perseguir las violaciones de las leyes y prácticas de la guerra (Art. 3º); los crímenes de Genocidio (art. 4º); crímenes contra la humanidad (art. 5º), etc., factor de competencia *rationae materiae*, que implica la noción según la cual el Tribunal reconocía que en el escenario del conflicto armado de la ex-Yugoeslavia se podrían haber cometido toda suerte de crímenes internacionales, además de los delitos ordinarios. Así mismo, frente a los crímenes de lesa humanidad, el Tribunal permitió el establecimiento de conductas en conexión con un conflicto armado de carácter internacional o interno, fórmula que obedece a los criterios y precedentes derivados de Nüremberg que permitieron el análisis de un sinnúmero de comportamientos internacionales. Finalmente, en el caso del concepto de persona protegida también se observan aportes del Tribunal, así como criterios y precedentes relevantes para la consideración de los crímenes de guerra y de lesa humanidad contemporáneos.

12 Gerhard WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 37.

13 Alejandro APONTE CARDONA, *Persecución Penal de Crímenes Internacionales (Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional)*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Fundación Konrad Adenauer, Stiftung, Grupo Editorial Ibáñez, Colección Profesores, 48, 2011, pp. 214-215.

14 Gerhard WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, op. cit., pp. 36-37.

Por su parte, el Tribunal de Ruanda, además de los crímenes de odio racial que permitieron los criterios del genocidio (Tutsi vs. Utus), determinó en la existencia del conflicto la fundamentación suficiente para la imputación de las conductas, al tener en cuenta los criterios de intensidad del mismo, lo cual resultó relativamente sencillo en razón de la naturaleza, los motivos y los acontecimientos analizados en el caso particular¹⁵.

En síntesis, los esfuerzos de las Naciones Unidas en torno a la codificación de algunos crímenes derivados de las graves infracciones del DIH y de los precedentes de los tribunales analizados con anterioridad, para la consolidación de una justicia penal internacional, como se puede ver a través de los precedentes examinados, en forma definitiva comenzó desde el año 1946 hasta 1996, y su alcance solo pudo ser asumido por un organismo de carácter internacional e independiente que, finalmente, terminó siendo constituido por la Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998.

2. DESARROLLO EN EL DERECHO INTERNO DE LA CPI (DEL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2001 A LA LEY 742 DEL 5 DE JUNIO DE 2002)

En primer lugar conviene mencionar que en el Estatuto de Roma finalmente se establecieron los principios que verifican y complementan el alcance de las conductas más graves (art. 5º ER) en el terreno de la jurisdicción internacional y que se estructuran como lo señala ANDRÉS DOMÍNGUEZ¹⁶ de la siguiente manera: principio de legalidad de los delitos y de las penas (arts. 22 a 24 ER); normas relativas a la responsabilidad penal (arts. 25, 27, 28, 29 y 30) y normas referentes a la exclusión de la responsabilidad penal (arts. 26, 31, 32 y 33).

Todo este sistema descrito en las cláusulas mencionadas permite dar lugar a un complejo normativo que finalmente se integró al sistema jurídico nacional, mediante la reforma constitucional del artículo 93 de la Constitución Política y, a su turno, generó múltiples consecuencias frente al sistema penal vigente más aún si se tiene en frente la posibilidad de intervención de la CPI en el derecho interno.

A grandes rasgos, la incorporación del proyecto de acto legislativo que inicialmente se denominó proyecto de acto 014, luego de su decisión y aprobación final obtuvo la calificación de Acto legislativo 02 de 27 de diciembre de 2001, por medio del cual se modificó el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia que integró en su inciso tercero las consecuencias del ER en el derecho interno.

En este proceso la Corte Constitucional, además de reiterar en su providencia el señalamiento referido a la posibilidad constitucional que otorgó el Acto legislativo 02 de 2001, al incluir en el artículo 93 de la Constitución Política la facultad para

15 Alejandro APONTE CARDONA, *Persecución Penal de Crímenes Internacionales*, op. cit., pp. 48 y 49.

16 ANA CRISTINA, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Penal Internacional*, ob. cit.

aprobar el Estatuto de Roma, estableció una cláusula especial según la cual, para todos los efectos, los aspectos controvertidos del Estatuto de Roma, examinados con anterioridad, se entenderán únicamente bajo el ámbito de la competencia regulada por él y no dentro del ámbito de los que traten materias similares en el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución. Por el contrario, los mismos se entenderán ampliados en atención a dicho concepto¹⁷.

Los demás instrumentos adicionales al Estatuto de Roma fueron adoptados mediante la Ley 1268 del 31 de diciembre de 2008, es decir, tienen plena vigencia en la actualidad en el derecho interno, con las consecuencias que dicha normativa genera. Con fundamento en las anteriores consideraciones, y atendiendo las precisiones anotadas, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad tanto del tratado examinado como de la Ley 742 del 5 de junio de 2002, "Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)". El Gobierno Nacional, el 5 de agosto de 2002, envió el canje de notas a las Naciones Unidas declarando la ratificación del Estatuto de Roma con el uso de la cláusula descrita en el artículo 124 examinado con anterioridad, y con ello se iniciaron las consecuencias en el derecho interno de los elementos objeto de estudio en el presente trabajo. Esta cláusula dejó de tener efectos el día 1º de noviembre de 2009 debido al cumplimiento del término fijado para su establecimiento que correspondía a siete años para los crímenes de guerra. Por ello se establece la plena vigencia de la Corte Penal Internacional debido a que todos los crímenes comprendidos en el artículo 5º se encuentran vigentes para Colombia.

Igualmente resulta necesario reiterar que precisamente a través de dicho examen comienza a perfilarse la forma de adaptación de los diferentes condicionamientos de la jurisdicción universal del ER en el derecho interno, así como su forma de intervención y competencia en la jurisdicción nacional que presenta los fenómenos que se analizan en el siguiente punto. Sin embargo es necesario comentar que, de cualquier forma, el hecho de hacer parte del Estatuto compromete la responsabilidad a partir de su puesta en vigencia lo cual implica el cumplimiento de las obligaciones contenidas en él y la inevitable revisión de asuntos que, dado el contexto nacional, tienen el interés suficiente de justicia para intervenir en el caso colombiano.

17 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, sentencia C-578 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda. El texto definitivo del acto legislativo fue el siguiente:

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

El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

Artículo 2 . El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación" (*Diario Oficial*, 44663 del 31 de diciembre de 2001, p. 2).

3. FACTORES DE COMPETENCIA DEL INSTRUMENTO DE ROMA Y SU ADMISIBILIDAD

En el marco de la comunidad internacional, en casos como los relatados en nuestro contexto colombiano, la CPI diseña un plan de acción con respecto a cada una de las situaciones bajo examen que, según el doctor Olásolo, ha producido a través de la Fiscalía de la CPI tres documentos de análisis de las distintas situaciones bajo examen, incluso uno especial para Colombia¹⁸. En este sentido, dependiendo de sus principales características, de los fines últimos del mandato de la CPI y de su política criminal se desarrolla un documento en torno a los exámenes preliminares que inicialmente apareció en 2010, denominado “Borrador de Políticas sobre Exámenes Preliminares”, de 4 de octubre de 2010. Es decir, al igual que en las situaciones relatadas por el doctor Olásolo, 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.

En el caso de la situación nacional ante la CPI, Colombia es Estado parte desde noviembre de 2002 y las diferentes denuncias presentadas ante dicho organismo han promovido la actuación del fiscal conforme al artículo 12 (1,2,) del ER y en el momento, dicha oficina analiza si se cumplen las condiciones para ejercer la competencia de la Corte, conforme a los artículos 13 (c) y 15 ER. De esta forma, la situación colombiana se encuentra bajo el examen preliminar de acuerdo con los informes rendidos en noviembre de 2011 y noviembre de 2012 respectivamente, de donde se verifican los siguientes puntos de análisis¹⁹.

3.1. Efectos concretos de la competencia de la CPI frente a los principios internos

En definitiva, salvo lo dispuesto en las situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la Corte debe resolver sobre los asuntos sometidos a su examen, de conformidad con el artículo 17 (ER), tributario del principio de complementariedad; de acuerdo con esto, los tribunales nacionales conservan competencia exclusiva respecto de ciertos hechos que no excedan de cierto umbral de gravedad²⁰.

Por esta razón, para analizar si las situaciones que activan la competencia complementaria —que en último término residen en la voluntad y la capacidad del Estado para adelantar las investigaciones que superen precisamente el umbral de gravedad que se refleja en el factor material de competencia (artículo 5º ER)— im-

18 Héctor OLÁSULO ALONSO, “El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar”, en *Revista Via Vivendi Et Iudicandi*. 7 2 (2012), p. 3.

19 Corte Penal Internacional, Informe situación Colombia, 2011; Corte Penal Internacional, Informe situación Colombia, 2012.

20 Gerhard WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 172.

plican frente al derecho interno que en el caso colombiano se cuente con normas de referencia que permitan este reenvío de competencias y, por tanto, de la competencia por parte de la CPI. Esta posibilidad no solo se verifica mediante la figura del bloque de constitucionalidad, sino también en una serie de principios del sistema penal que así lo prevén.

En efecto, en primer lugar, con respecto a los fundamentos trazados en los numerales 1 y 2 del artículo 20 ER, en el sistema penal se desarrolla el principio de *non bis in idem*, que de igual forma se establece en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y que en el artículo 8 del Código Penal, en principio, prohíbe la doble incriminación²¹.

Lo anterior, además, puede verificarse en el orden interno, en asocio con lo dispuesto en el artículo 2º del Código Penal denominado principio de integración, que guarda armonía con la salvedad establecida en el artículo 8º según la cual: "A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales". Es decir, que desde este fundamento aparecen elementos de activación de competencias internacionales en el caso nacional, lo cual aparece coordinado con la competencia internacional analizada. Sin duda, la activación solamente podría darse con decisiones de su aceptación desde la autoridad central designada en el tratado que corresponde a la Cancillería colombiana, junto con las decisiones de los poderes judiciales respectivos, atendiendo incluso las normas sobre cooperación internacional destacadas en el artículo 484 del Código de Procedimiento Penal colombiano y demás normas de cooperación internacional que faculden tal coordinación de competencias.

Atendiendo esta premisa, la norma comentada del artículo 8º del Código Penal, y antes de la reforma al artículo 93 de la Carta, siguiendo la exposición del profesor Alejandro APONTE, establecía la posibilidad de introducir excepciones absolutamente limitadas al principio de *non bis in idem*²². Se trata, como en otras materias tan polémicas como la imprescriptibilidad, la irretroactividad o, en general, el principio de legalidad, de normas que deben interpretarse de manera restrictiva. Según la postura de Alejandro APONTE, este principio debe entenderse en función de la necesaria armonía con los artículos 17 y 20 del ER y, con mayor razón, con las nociones de competencia, admisibilidad y en función de las reglas sobre cosa juzgada²³.

Sin embargo, pese a esta interpretación restrictiva que señala APONTE, lo cierto es que en la actualidad las cortes internas tienen en claro el alcance de esta relatividad de la cosa juzgada material y la posibilidad de su ruptura interna por virtud de la intervención de instancias internacionales de protección de derechos humanos, para ello basta con citar ejemplos claros del sistema interamericano que han

21 Alejandro APONTE CARDONA, *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Instituto Max Planck, 2003, p. 234.

22 *Ibid.*, p. 234.

23 *Idem.*

intervenido en el derecho interno como las masacres de la Rochela y Mapiripán entre otras decisiones proferidas en el caso colombiano.

Adicionalmente deben observarse en detalle las condiciones exigidas por la Corte Penal para investigar conductas previamente juzgadas, a fin de evitar formas eventuales de uso arbitrario de su competencia²⁴. En general, el procedimiento de admisibilidad de una situación ante la Corte se encuentra regulado por los artículos 18 y 19 del ER. De igual forma, se observa que en todo caso se presenta en la práctica una prevalencia de los fundamentos del propio Estatuto de Roma por encima de los principios de derecho interno, aunque de todas maneras para efectos de la competencia de la justicia internacional resultan de apoyo a esta competencia las normas internas que permiten articular las obligaciones internacionales del Estado colombiano para tales supuestos.

De la misma manera, en torno al principio analizado, la Corte Constitucional destaca 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 (art. 18). En tal caso, se debe determinar que la decisión de la CPI no se encuentra dentro de las circunstancias autorizadas en los artículos mencionados, y por consiguiente se pueden apelar ante la Sala de Cuestiones Preliminares las decisiones que sobre el ejercicio de su competencia tome la Corte Penal o el fiscal²⁵. Precisamente este fundamento, tal y como lo manifiesta Emanuela FRONZA²⁶, obedece a que desde el mismo preámbulo es claro el mandato de la CPI como organismo de juzgamiento que posee una competencia complementaria, es decir, secundaria. Frente a este punto Fronza precisa que debido a esta naturaleza subsidiaria no se debe confundir un sistema de ejecución indirecta puesto que una vez efectuado el juicio de admisibilidad a nivel internacional, la Corte puede intervenir y de ninguna forma su actuación se subordina a la de los Estados nacionales.

En segundo lugar, la Corte como suplementaria es distinta de un juez de apelación o de última instancia o como las cortes de derechos humanos que pueden intervenir cuando se hayan agotado todos los recursos internos²⁷. En tal virtud resultan con mayor razón convenientes los recursos de apelación que realice el Estado sobre la competencia, dado que una vez definida la admisibilidad se pierde toda potestad judicial por parte de la jurisdicción intervenida. De allí en adelante la responsabilidad individual penal será objeto de persecución por otra instancia, en este caso internacional.

24 *Idem*.

25 Corte Constitucional, sentencia C-578 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda.

26 Emanuela FRONZA, *El principio de complementariedad. Introducción al Derecho Penal Internacional*, ob. cit., p. 64.

27 *Ibid.*, p. 64.

En este sentido, la CPI puede ejercer su competencia mediando condiciones para adoptar decisiones de procedibilidad, de acuerdo con lo señalado en los artículos 17 y 20, cuando se trate de situaciones que estén bajo una de las cuatro categorías de crímenes de su competencia (art. 5 ER) en 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 (art. 17.1 ER)”.

Este primer aparte no se refiere a elementos materiales que impidan la actuación del Estado en una situación objeto de la competencia de la CPI en el derecho interno. En este caso se trata de actos de omisión deliberada cuando a pesar de que no existan tales elementos materiales, el mismo Estado no promueva la investigación correspondiente. Así mismo se destacan en este punto las relaciones entre el nivel jurisdiccional nacional y el supranacional bajo dos requisitos que deberán ser analizados por la CPI, uno respecto de la voluntad del Estado y otro frente a la capacidad para juzgar los crímenes de su competencia²⁸.

En segundo lugar se desarrolla la siguiente cláusula:

“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 (art. 17.3 ER)”.

En estos casos se observa una debilidad manifiesta del sistema judicial que bien presenta niveles de impunidad intolerables que no puede asumir o, definitivamente, no existe capacidad del mismo para asumir la competencia judicial.

De acuerdo con Emanuela FRONZA²⁹, esta evaluación de la CPI deberá asumirse en cuanto al objeto de la evaluación y la comprobación de la voluntad del Estado de una parte, y de otra frente a la capacidad respecto del ejercicio de procedimientos adecuados y sin condicionamientos de las debidas investigaciones y procesos en curso. Se trata de una averiguación positiva en este punto específico, en donde la CPI debe analizar esta falta de voluntad o capacidad que no atiende los índices normativos del artículo 17 (ER) para juzgar los crímenes que además corresponden al ámbito de su competencia³⁰.

Esta situación especial también puede predicarse para casos en los que no exista gobierno o que el Estado se encuentre en situación de caos o crisis seguida de un

28 Estatuto de Roma, Numeral 1º Art. 17

29 FRONZA Emanuela, Ob. cit. p. 71.

30 Estatuto de Roma, Numeral 1º Art. 17

conflicto en que no haya un sistema judicial en grado de poder juzgar a los sujetos acusados de los crímenes de competencia de la Corte³¹.

En tercer lugar, el artículo en mención desarrolla el siguiente presupuesto:

“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 (art. 20.3, literal a) ER)”.

Esta causal se refiere a la falta de imparcialidad en las actuaciones judiciales, de tal forma que se denota beneficio a los procesados para evadir su responsabilidad penal e incluso se coadyuva para que tal circunstancia se presente. Es una causal que también se refiere a la falta de garantías judiciales, en este caso para la sociedad que exige un debido proceso y una reparación a las víctimas. Se trata de una averiguación negativa que demuestre que el Estado no está indagando o procediendo en debida forma, también desde la voluntad del mismo para cumplir con su función jurisdiccional³². En este caso, también en virtud de la averiguación negativa, puede suceder que bien haya procedido a archivar las diligencias o la *notitia criminis* sin mayores consideraciones e incluso haya juzgado en forma definitiva (arts. 17 y 20 ER)³³.

Por último se desarrolla el siguiente factor:

“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 (art. 20.3, literal b) ER)”³⁴.

Pues bien, de los factores analizados se extrae que los fundamentos de competencia de la CPI indagan en primer lugar la actuación en el Estado parte, que corresponde en principio a unos hechos jurídicamente relevantes que deben ser definidos hacia una entidad jurídica, que también tiene que ser valorada en el derecho interno bajo el concepto de impunidad.

En este punto la carga de la prueba le corresponde al ente investigador, pero en todo caso en asocio con el Estado intervenido para efectos de la cooperación judicial y probatoria; sin embargo, este punto es bastante relativo dada la complejidad que para algunos Estados objeto de persecución por la CPI se tiene para asegurar su efectividad³⁵. En el caso colombiano este factor no evidencia falta de voluntad para cooperar si se dieran todos los criterios analizados, debido al factor

31 Idem.

32 Idem.

33 Idem.

34 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, sentencia C-578 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda.

35 Emanuela FRONZA, *El principio de complementariedad. Introducción al Derecho Penal Internacional*, ob. cit., p. 74.

legal que asegura los mecanismos de cooperación judicial con las autoridades respectivas. Sin embargo, todavía se presentan vacíos legales para asegurar tales instrumentos, sobre todo en el campo de la cooperación judicial probatoria, la entrega y la extradición.

Este ejercicio se debe realizar de acuerdo con una legislación específica que regula tales conceptos, que en el caso de Colombia sigue la definición tradicional del derecho continental de la ley escrita cierta y precisa en las actuaciones que motivan las investigaciones de carácter penal. Al partir de esta base se debe realizar un ejercicio efectivo, tanto para las medidas punitivas necesarias que se deben imponer al procesado, como las medidas de reparación y restablecimiento del derecho de las víctimas, más si se trata como en estos casos de graves conductas contra la humanidad.

En segundo lugar, el reconocimiento de la competencia de la CPI, de acuerdo con la Corte Constitucional, establece un principio general de ejercicio autónomo y primigenio de las jurisdicciones nacionales para el juzgamiento de los crímenes definidos en la Parte II de la misma, con lo cual se reafirma la soberanía de los Estados parte para el ejercicio de competencias judiciales en su territorio³⁶.

Así mismo, el primer examen viable que se debe realizar, debe necesariamente contrastar con los avances de la indagación que realiza en la actualidad la CPI en el caso de la situación colombiana, los avances en justicia y paz, al igual que los resultados en los casos de valoración internacional y si los mismos producen resultados de justicia efectiva, en términos de justicia transicional y su entorno. Así mismo, en el caso colombiano también se analizan actualmente las situaciones relacionadas con los denominados “falsos positivos”, conductas relacionadas con el conflicto armado (crímenes de guerra de actores del conflicto desde noviembre de 2009 y de lesa humanidad), al igual que las situaciones asociadas a las bandas emergentes denominadas Bacrim, el marco jurídico para la paz, las reformas al fuero penal militar que en la actualidad no ha superado el umbral de constitucionalidad interna, entre otros aspectos susceptibles de estudio en la situación bajo examen de la oficina del fiscal de la CPI³⁷.

3.2. Análisis del factor objetivo de competencia de la CPI

Si el análisis descrito anteriormente revela situaciones especiales de ámbitos de impunidad conforme a las exigencias analizadas del artículo 17 ER comentado anteriormente, 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 que la justicia interna de los Estados no puede o no quiere hacer la investigación o no va a fallar el proceso en debida forma³⁸. Es de-

36 Cfr. Capítulo 3. De la competencia y admisibilidad, reglas 44 a 62. Reglas de Procedimiento y Prueba del ER. Ley 1268 de 31 de diciembre de 2008. *Diario Oficial*, 47.219 del 31 de diciembre de 2008.

37 Corte Penal Internacional, Informe situación Colombia, 2012.

38 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-578 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda.

cir, lo que se define es si la competencia de la CPI de naturaleza complementaria se puede activar en el derecho interno de los Estados. Frente a este punto se observa que en el caso colombiano no solo ello es posible sino que además existen cláusulas especiales que permiten el ingreso de las instancias internacionales al derecho interno.

Definido este aspecto resulta conveniente determinar si la identidad del derecho interno incide en esta competencia internacional. Frente a este punto, según el criterio esbozado por la Corte Constitucional, en principio los factores objetivos de competencia se refieren a crímenes descritos en el derecho interno, los cuales inicialmente deben guardar identidad con los descritos en el Estatuto de Roma, para que a su turno se genere el ejercicio de la jurisdicción tanto nacional como internacional.

3.2.1. Identidad frente al factor *ratione materiae* (crímenes CPI)

Se refiere a los crímenes objeto de competencia del máximo tribunal penal adoptado por la comunidad de naciones. En concreto se trata, en los términos del reconocimiento interno comentado anteriormente, del acto mediante el cual el Estado colombiano, sin más requisitos, acepta la jurisdicción complementaria de la CPI respecto de los crímenes estipulados en el artículo 5º que corresponden a la siguiente denominación:

En primer lugar respecto del genocidio (art. 6º ER), que se refiere a la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. En el caso del derecho interno hay identidad con los tipos descritos en los artículos 101 y 102 —apología del genocidio y genocidio que, adicionalmente, incluye el genocidio político—. Igualmente, existe una referencia de contexto en esta tipología que incluso aparece mayormente protectora de los bienes colectivos protegidos, si tenemos en cuenta que se incluye al genocidio político entre sus fundamentos. Sin embargo, en el caso nacional es difícil que se presente esta conducta si tenemos en cuenta las situaciones particulares que se analizan en la CPI en el momento, en las cuales ninguna corresponde a este comportamiento³⁹.

En segundo lugar, frente a los crímenes de lesa humanidad la conducta determinada en el artículo 7º ER que se configura por los elementos de contexto, a saber: ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, todavía no tienen desarrollo legal en el orden interno; sin embargo, para la competencia de la CPI esto no es inconveniente como se verá más adelante de acuerdo con el sistema de fuentes del instrumento analizado que privilegia para tales efectos las cláusulas desarrolladas en el tratado y no en la ley interna. Por ejemplo, esto se observa en el análisis del informe de la situación de Colombia que determina a los falsos positivos como un crimen tanto de guerra como de lesa humanidad independiente de que pertenezca a una u otra naturaleza⁴⁰.

39 Corte Penal Internacional, Informe situación Colombia, 2012.

40 Corte Penal Internacional, Informe situación Colombia, 2012. (hace falta parte de la referencia).

En todo caso, frente al tema es viable comentar que en la situación de análisis actual ante la CPI se analizan crímenes de lesa humanidad, mientras tanto en el orden interno se han tratado de adicionar fórmulas interpretativas desde la jurisprudencia para suplir tal ausencia al declarar ciertas conductas de lesa humanidad; sin embargo, esta declaratoria todavía no está criminalizada sobre todo en sus elementos de contexto, con lo cual tales declaraciones resultan simplemente factores de *obiter dicta* que no generan efectos sustanciales directos en la sanción punitiva, al menos internamente.

Por último, en cuanto a los crímenes de guerra (art. 8º ER), la Corte tendrá competencia en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes, conforme a las modalidades establecidas en el artículo 8º del ER de 1998. En este caso, de los elementos comunes establecidos en el artículo mencionado, a pesar de que el mismo establezca múltiples situaciones relacionadas tanto con los crímenes cometidos en el contexto del conflicto armado interno o internacional, uso de métodos y medios prohibidos en el DIH, así como símbolos, bienes y personas protegidas, en el caso colombiano poseen un desarrollo amplio en el nivel interno, a partir de la Ley 599 de 2000 que permitió establecer en el Código Penal el Título II denominado de las “Personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”. Se puede decir que esta base legal es suficiente, aunque puede ser complementada con la Ley de Justicia y Paz o el Marco Jurídico para la Paz, etc.

En cuanto a la agresión, por ahora una vez se cumplan los requisitos de su definición desarrollados en las Asambleas de Estados partes de 2010 y 2013, podrá determinarse su alcance actual. Mientras tanto no es objeto de preocupación en el orden interno.

En todo caso es importante determinar que todas las situaciones analizadas respecto de los crímenes mencionados, de acuerdo con las condiciones de vigencia del tratado en el caso colombiano, tienen efectos sobre las conductas y las personas que incurran en ellas, a partir del día de la entrada en vigor del Estatuto conforme al artículo 11 ER, es decir, a partir del 1º de noviembre de 2002 para los crímenes de genocidio y lesa humanidad y para los crímenes de guerra a partir del 1º de noviembre de 2009 en el caso nacional.

3.2.2. El factor de fuentes y otros aspectos en la competencia y los límites de la CPI

Sin embargo, dado el sistema de fuentes del artículo 21 del ER, tal vez la exigencia de identidad respecto de crímenes no va a impedir los efectos de la jurisdicción de la CPI en caso de que se active la cláusula complementaria comentada. Sin duda, este primer fenómeno interpretativo de superposición de fuentes, en donde el derecho interno queda relegado a una tercera categoría de valoración, va a generar efectos de transformación del caso nacional y de las valoraciones jurídicas del sistema.

En este caso se observa que hay prevalencia de la valoración internacional en el derecho interno, pues tal y como se reconoció constitucionalmente, el Tratado de Roma se presenta en el ámbito nacional, como lo menciona Kelsen, como un fenómeno de subordinación en el cual se reconoce que un sistema puede estar fundado en el derecho internacional y, por tanto, los Estados y sus sistemas nacionales están subordinados al derecho internacional⁴¹, como en este caso el sistema del Estado colombiano creado a partir del artículo 93 de la Constitución Política. En este aspecto, la CPI posee legitimidad internacional e injerencia en el derecho interno, en donde lo que resulte de esta valoración sin duda va a significar la propuesta de un nuevo derecho válido y legítimo, pese a las contradicciones que se presenten con el derecho interno.

Sobre el particular, la Corte Constitucional⁴² reitera igualmente que si bien es cierto que los Estados son soberanos para definir las sanciones y los procedimientos penales internos que resulten más adecuados para impedir la impunidad frente a crímenes tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra existe un consenso internacional en torno a que tal regulación debe hacerse de manera compatible con el deber de protección de los derechos humanos y de respeto al derecho internacional humanitario. Por lo tanto, las limitaciones a la soberanía en estas materias han sido aceptadas por los Estados como parte de su compromiso de garantizar la efectividad de tales derechos, con lo cual se reafirma el consenso internacional en la materia⁴³.

En todo caso, si bien no existe un desarrollo legislativo claro en este sentido, sí hay esfuerzos para desarrollar a nivel jurisprudencial conceptos como los exigidos en los crímenes de lesa humanidad para determinar la diferencia de asuntos ordinarios de aquellos que se hayan cometido como parte de políticas sistemáticas y generalizadas, ejemplo: caso Palacio de Justicia en el evento de la desaparición forzada que se discute en dicho proceso. Frente a los asuntos objeto de competencia de la CPI, en los informes preliminares sobre la situación de Colombia se observa una interpretación de consenso que en principio privilegia los factores de protección de derechos humanos en las áreas ya definidas *in extenso* en la justicia internacional⁴⁴.

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 sí más efectivo, por cuanto recoge un anhelo de la comunidad internacional de garantizar que no exista impunidad frente a los crímenes más atroces"⁴⁵. Por ello, los fundamentos sobre los cuales se trazan estos límites tienen que ver con la actuación y el recurso efectivo interno del Estado Parte, tendente a evitar la impunidad y a restablecer los efectos de su producción, que inicialmente

41 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, p. 166.

42 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, sentencia C-578 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda.

43 Idem.

44 Corte Penal Internacional, Informe situación Colombia, 2012.

45 Idem.

se sustentan en la base de la prohibición en principio del doble juzgamiento de una conducta determinada.

El anterior fundamento recoge lo señalado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que en su numeral 7º señala el alcance del *non bis in idem*, al expresar que "...nadie será juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia en firme"⁴⁶.

En este caso se destaca que la prohibición desde esta norma, e incluso en los condicionamientos del artículo 20 ER, se inclina por la postura relacionada con la prohibición de doble juzgamiento de una conducta punible, para este caso, de un delito en particular y no solamente de los hechos como acontecer fáctico indeterminado. Al respecto, las situaciones bajo examen de la CPI en el caso colombiano, que se refieren a las cuatro situaciones fácticas reseñadas y que tienen cierto carácter de identificación, deberán ser precisadas y diferenciadas respecto de aquellas que tengan condenas efectivas y responsables específicos, frente a aquellas que no hayan cumplido este margen de recurso efectivo como primer examen de protección de los derechos humanos desde el punto de vista penal.

Este efecto se reitera en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reconoce la necesaria relación entre la prohibición de condena por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Según este razonamiento, tales límites solo pueden ser rebasados ante el incumplimiento reseñado del Estado parte de su misión y deber tanto nacional como internacional de investigar y juzgar las conductas punibles que sean objeto de su conocimiento y jurisdicción, más si se trata de graves atentados como los previstos en el Estatuto de Roma (factor *rationae materiae*).

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 (art. 12.3 ER). Por ejemplo, en el caso de Costa de Marfil, mediante decisión del 18 abril de 2003, dicho Estado se acogió a la declaración de aceptación de la competencia de la CPI conforme al artículo 12(3) del Estatuto de Roma, por los crímenes cometidos en su territorio desde el 19 de septiembre de 2002, en este caso el Estado mencionado acogió la competencia sin ser parte, lo que después sirvió de base para la apertura del caso concreto que cursa ante la CPI⁴⁷.

46 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Compilación de derecho internacional de los derechos humanos*, Bogotá, OACNUDH, 2004, pp. 343, 344.

47 Documento ICC-02/11 del 3 de octubre de 2011. Situation in the Republic of Cote D'Ivoire. Decision Pursuant to article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Pre-Trial Chamber III, <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1240553.pdf>. Fecha de consulta: 29 de enero de 2013. El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: más allá de lo "positivo", http://www.iccnw.org/documents/asf_rapport-espagnol--complementarity_and_colombia.pdf. Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2013.

Igualmente, la Corte también es competente frente a las facultades del Consejo de Seguridad cuando remite un asunto actuando con arreglo al capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas (art. 13 ER) (p. ej., Libia, Sudán, Darfur, etc.)⁴⁸.

Una vez analizado brevemente este aspecto de admisibilidad y las condiciones en que es viable la ruptura de la cosa juzgada, y la situación especial de los crímenes de su competencia como factores reales de protección tanto internacional como interna, es viable considerar que todo este análisis deberá contar primero con una evaluación real de los contextos en que se enmarcan los cuatro crímenes objeto de persecución que se analizan en la situación colombiana para dar paso a la procedencia internacional en el fuero interno, todo lo cual deberá ser analizado en una evaluación tanto positiva como negativa de los factores de voluntad, capacidad y competencia del Estado para asumir tales consecuencias. Así mismo, es indudable que todas estas relaciones presentan nuevos campos de interpretación tanto en el derecho interno como en el derecho específico de la CPI.

CONCLUSIONES

Los factores de competencia de la Corte Penal Internacional han tenido una construcción que parte sin duda de los avances de Nüremberg y Tokio, en donde se afianzan los primeros acercamientos a los conceptos de la justicia internacional, crímenes internacionales y de un juicio penal internacional.

En segundo lugar, la creación de una Corte Penal Internacional, como resultado de los precedentes analizados, se observa como una instancia inevitable en el caso nacional, que presenta factores de competencia tanto en su ámbito material como procesal que pueden devenir en asuntos puntuales ante la CPI, conforme al artículo 17 ER sobre admisibilidad, si no se adoptan fórmulas para asegurar la eficacia en su juzgamiento y evitar la impunidad necesaria para la activación de la justicia internacional objeto de estudio.

Por otro lado, dado el sistema de fuentes de la CPI que desarrolla diversos niveles de interpretación, se observa una supremacía del derecho especial concebido en la CPI que seguramente va a generar fenómenos de transformación del derecho interno.

BIBLIOGRAFÍA

ABOGADOS SIN FRONTERAS, El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: más allá de lo “positivo”, en http://www.iccnw.org/documents/asf_rapport-espagnol--complementarity_and_colombia.pdf. Fecha de consulta: 1 de febrero de 2013.

Andres Dominguez, Ana Cristina, Entre modernidad y globalización, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.

⁴⁸ Resolution 1970 (2011), adopted by the Security Council at its 6491st meeting, on 26 February 2011. Decides to refer the situation in the Libyan Arab Jamahiriya since 15 February 2011 to the Prosecutor of the International Criminal Court, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/081A9013-B03D-4859-9D61-5D0B0F2F5EFA/0/1970Eng.pdf>. Fecha de consulta: 29 de febrero de 2013.

- CASSESE, Antonio y DELMAS-MARTY, Mireille, *Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, trad. Horacio Pons 2007.
- CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime, *Derecho Penal Internacional. Estudio de los delitos de Genocidio, de Lesa Humanidad y de los Crímenes de Guerra con referencia al nuevo Código Penal Colombiano*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001.
- CPI, Informe Preliminar 2011, en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/63682F4E-49C8-445D-8C13-F310A4F3AEC2/284116/OTPreportonPreliminaryExaminations13December2011.pdf> Fecha de consulta: 11 de octubre de 2012.
- CPI, Informe Examen Preliminar Colombia 2012, en http://www.iccnw.org/documents/otp_-_colombia_-_public_interim_report_-_november_2012.pdf. Fecha de consulta: 21 de enero de 2013.
- CPI, Informe Exámenes Preliminares 2012, en http://www.iccnw.org/documents/otp_-_colombia_-_public_interim_report_-_november_2012.pdf. Fecha de consulta: 21 de enero de 2013.
- CPI, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case IT-94-1-D, Decision of the Trial Chamber on the Application by the Prosecutor for a Formal Request for Deferral, 8 November, 1994. Case IT-94-1-Tbis-R117, 11 November, 1999, 18, en <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts991111e.pdf>. Fecha de consulta: 6 de febrero de 2013.
- CPI, Prosecutor vs. Francis Kirimimuthaura, Uhuru Mũigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. Documento ICC-01/09-02/11 OA 4, 24 May 2012, en http://www.iccnw.org/documents/Decision_on_the_appeal_of_Mr_Francis_Kirimi_Muthaura.pdf. Fecha de consulta: 6 de febrero de 2013.
- CPI, Situación de Colombia. Reporte Intermedio, 2012. The Office of the prosecutor, en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCF-D2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivodelReporteIntermed.PDF>. Fecha de consulta: 29 de enero de 2013.
- FRONZA, Emanuela, *El principio de complementariedad. Introducción al Derecho Penal Internacional*, Bogotá, Editorial Universidad Libre, 2009.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 4^a. ed., 2009.
- Lybia, Situation-Resolution 1970 2011. Adopted by the Security Council at its 6491st meeting, on 26 February 2011, en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/081A9013-B03D-4859-9D61-5D0B0F2F5EFA/0/1970Eng.pdf>
- Lybia - Casos y situación, en www.iccnw.org/?mod=lybia. Fecha de consulta: 6 de febrero de 2013.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Compilación de Instrumentos Internacionales. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*, 3 edición, Bogotá, OACNUDH, 2002.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Compilación de derecho internacional de los derechos humanos*, Bogotá, OACNUDH, 2004.

OLASOLO ALONSO, Héctor, “El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar, en *Revista Via Vivendi Et Iudicandi*, 7 (2012), en www.viei.usta.edu.co

Situación Costa de Marfil, en <http://www.iccnw.org/?mod=ivorycoast>. Fecha de consulta: 6 de febrero de 2012.

WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia, Tirant lo Blanch, trad. María del Mar Díaz Pita *et al.*, 2005.

WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, trad. María del Mar Díaz Pita *et al.*, 2^a ed., 2011.

PÁGINAS WEB

www.icc-cpi.int/EN_Menus/ICC/Pages/default.aspx

www.icty.org/

www.unictr.org/